

**III.**

**Zivil- und  
Zivilprozessrecht**



## **VOB/B 2002 und neues Schuldrecht – Ende der Privilegierung?**

von Rechtsanwalt Justizrat Dr. Manfred Birkenheier

### **I. Allgemeines zur Reform des Schuldrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts und zur Anpassung der VOB/B**

Die zum 01.01.2002 auf Grund des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts<sup>1</sup> in Kraft getretene Änderung zahlreicher Vorschriften des BGB geht in weiten Teilen zurück auf die Anforderungen, die das europäische Recht an das nationale Recht stellte. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>2</sup> vom 25.05.1999 war für den deutschen Gesetzgeber der Anlass, wesentliche Teile des Kaufrechts, insbesondere das Gewährleistungsrecht, zu ändern. Der Geltungsbereich dieser Richtlinie erstreckt sich auf Kaufverträge über Verbrauchsgüter mit Verbrauchern, wobei nach den Begriffsdefinitionen in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie unter „Verbraucher“ jede natürliche Person zu verstehen ist, die im Rahmen der unter die Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der

1 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138).

2 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12).

nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Verbrauchsgüter sind neben Wasser, Gas und Strom „bewegliche körperliche Gegenstände“. Als Kaufverträge im Sinne der Richtlinie gelten nach Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter.

Diese Umschreibung des Geltungsbereichs der Richtlinie macht deutlich, dass sie in erster Linie auf Kaufverträge im engeren Sinne abzielt. Soweit sie jedoch in dem vorstehend zitierten Abs. 4 ihres Art. 1 auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter in den von ihr verwendeten Begriff des Kaufvertrages einbezieht, dehnt sie den Begriff des Kaufvertrages auf Sachverhalte aus, die nach der begrifflichen Abgrenzung der Vertragstypen des BGB dem Werkvertragsrecht unterliegen können. Daher war es konsequent, dass sich der deutsche Gesetzgeber im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nicht auf Änderungen des Kaufrechts beschränkt, sondern auch das Werkvertragsrecht einer Überarbeitung unterzogen hat, wobei die Absicht verfolgt wurde, die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen bei diesen Vertragstypen zu vereinheitlichen<sup>3</sup>.

Allerdings erstreckt sich der Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts in der Praxis auf Verträge höchst unterschiedlicher Ausgestaltung und Leistungsbilder. Zwischen einem Vertrag über die Herstellung, Lieferung und Montage eines Einbauschranks und einem Vertrag über Lieferung und Montage eines Großbauwerks (Kläranlage, Kraftwerk) liegen Welten. Gerade an Verträgen über Bauwerke sind nicht selten keine Verbraucher betei-

3 Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 4; Thode, Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme, NZBau 2002, 297, 298, weist darauf hin, dass die verbreitete These, das Gewährleistungsrecht des Werkvertragsrechts sei an das Kaufrecht angeglichen worden, unzutreffend sei; umgekehrt sei das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts dem des Werkvertragsrechts angeglichen worden zugleich. betont er mit Recht, dass das Werkvertragsrecht auch nach der Schuldrechtsreform auf Grund seiner Besonderheiten seine Eigenständigkeit gegenüber dem Kaufrecht bewahrt habe.

ligt. Es ist daher nicht ohne weiteres einsichtig, dass eine gesetzliche Regelung über Mängelhaftung, die eine Richtlinie über Kaufverträge umsetzen will, die mit Verbrauchern über Verbrauchsgüter („bewegliche körperliche Gegenstände“) geschlossen werden, gleichzeitig geeignet sein soll, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Parteien eines Werkvertrages zu schaffen, die weder Verbraucher sind noch Verbrauchsgüter zum Gegenstand ihrer Vereinbarungen gemacht haben, wie dies gerade bei Verträgen über Bauwerke, also im Bereich des privaten Baurechts der Fall ist. In der Literatur werden denn auch verschiedene Regelungen des neuen Mängelhaftungsrechts der §§ 634 ff. BGB n.F. als nicht geeignet für einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragspartnern im Bereich des privaten Baurechts angesehen.

Umstritten ist die Bewertung der Tragweite der Änderungen, die das Werkvertragsrecht des BGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts erfahren hat. Während ein Teil der Literatur die Änderungen, insbesondere was den neu formulierten Begriff des Sachmangels bzw. der Mangelfreiheit in § 633 Abs. 2 BGB n.F. und die Regelung der Mängelansprüche des Bestellers in § 634 ff. BGB n.F. betrifft, als eher geringfügig und unproblematisch einstuft<sup>4</sup>, wird mit zunehmender Geltungsdauer und vertiefter Überprüfung des neuen Rechts von anderen Literaturstimmen speziell des privaten Baurechts verstärkt auf Unterschiede gegenüber dem bisherigen Recht, Auslegungsprobleme, unausgewogene Ergebnisse sowie Unklarheiten des neuen Rechts hingewiesen.

Im Hinblick auf die Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, aber auch im Hinblick auf das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen<sup>5</sup> hat der Deutsche Vergabe- und

4 Vgl. Peters, Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht, NZBau 2002, 113, 118; Schudnagies, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 396, 397.

5 Vom 30.03.2002 (BGBl. I S. 330).

Vertragsausschuss (DVA) mit Beschlüssen vom 16./17.04.2002 zahlreiche Änderungen in der VOB/B vorgenommen. Die daraus resultierende Neufassung wird in der Literatur und ihr folgend auch im vorliegenden Beitrag als VOB/B 2002<sup>6</sup> bezeichnet. Hinsichtlich des Inhalts, der Analyse und kritischen Würdigung aller darin gegenüber der Vorgängerversion, der VOB/B 2000, enthaltenen Änderungen kann an dieser Stelle nur auf die bereits erschienenen ausführlichen Darstellungen<sup>7</sup> verwiesen werden, da der Umfang den Rahmen des vorliegenden Beitrags überschreiten würde. Erwähnt sei nur, dass die Änderungen in erheblichem Umfang auch den bisher mit „Gewährleistung“ überschriebenen § 13 VOB/B betreffen. Dessen Wortlaut wurde demjenigen der neuen BGB-Bestimmungen angepasst. Die Überschrift wurde in „Mängelansprüche“ geändert, da das BGB den Begriff „Gewährleistung“ nicht mehr verwendet. Eine der wichtigsten Änderungen ist dabei die Verlängerung der in § 13 Nr. 4 VOB/B geregelten Verjährungsfristen. Ist für Mängelansprüche im Vertrag keine Verjährungsfrist vereinbart, so beträgt sie jetzt für Bauwerke vier Jahre statt bisher zwei Jahre, für Arbeiten an einem Grundstück zwei Jahre statt bisher ein Jahr<sup>8</sup>.

6 Abgedruckt im Bundesanzeiger Nr. 202a vom 29.10.2002; siehe auch den Abdruck in NZBau 2002, 661 ff.

7 Kratzenberg, Der Beschluss des DVA-Hauptausschusses zur Neuherausgabe der VOB 2002(Teile A und B), NZBau 2002, 177 - 184; Kiesel, Die VOB 2002 - Änderungen, Würdigung, AGB-Problematik, NJW 2002, 2064 - 2071; Tempel, Ist die VOB/B noch zeitgemäß?, NZBau 2002, 465-474 und 532-539; Vygen/Döring/Wirth/Locher/Joussen, Kommentierung der mit der Fassung 2002 geänderten Vorschriften der VOB/B, BauR Sonderausgabe Heft 11a/2002; Schwenker/Heinze, Die VOB/B 2002, BauR 2002, 1143 - 1160; Kemper, Die Neuregelung der Mängelansprüche in § 13 VOB/B-2002, BauR 2002, 1613 - 1620.

8 Die abweichenden Regelungen des § 13 Nr. 4 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B für Feuerungsanlagen bzw. maschinelle und elektrotechnische/elektronische Anlagen sollen hier nicht behandelt werden. Die Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei Bauwerken auf vier Jahre trägt der langjährigen Kritik an der bisher nur zwei Jahre betragenden Frist und damit deren erheblicher Abweichung von der gesetzlichen Regelung Rechnung, vgl. Kratzenberg, NZBau 2002, 177, 181; auch die neue Regelung verstößt jedoch nach Auffassung eines Teils der Literatur gegen die EG-Richtlinie 93/13, vgl. Kiesel, NJW 2002, 2064, 2066 f.

## II. Erneuerung des Meinungsstreits um die Privilegierung der VOB/B

Die Änderungen des BGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts haben jedoch nicht nur zu inhaltlichem Anpassungsbedarf in der VOB/B geführt, dem der DVA mit der VOB 2002 gerecht werden wollte, sondern weit darüber hinaus in der Literatur die Grundsatzdiskussion über die Privilegierung der VOB/B, d.h. über deren Freistellung von der Inhaltskontrolle anhand der gesetzlichen Vorschriften über die Kontrolle der Rechtswirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder aufleben lassen. Dies beruht auf der Einbindung der Bestimmungen des bisherigen AGB-Gesetzes in das BGB sowie der unstrittigen<sup>9</sup> Rechtsnatur der VOB als Allgemeine Geschäftsbedingungen. Es geht dabei um die Frage, ob die VOB/B auch nach dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BGH in ihrer Gesamtheit ein privilegiertes Regelwerk darstellt, sofern sie „als Ganzes“, also in ihrer Gesamtheit, zum Vertragsinhalt gemacht worden ist .

Während ein Teil der Literatur im Rahmen dieser Diskussion bereits das Sterbeglöcklein für die VOB/B läuten hört<sup>10</sup> und ihr ein „Massaker“ voraussagt<sup>11</sup>, halten andere Autoren dagegen,

9 Die Bestimmungen der VOB/B stellen nach allgemeiner Meinung AGB dar, vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 62. Aufl. 2003, § 307, Rdnr. 159; Jousen, Die Privilegierung der VOB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, 1759 mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung in Fn. 2.

10 So schon Hoff, Die VOB/B 2000 und das AGB-Gesetz - Der Anfang vom Ende der Privilegierung?, BauR 2001, 1654, 1659 zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts; Preussner, Das neue Werkvertragsrecht im BGB 2002, BauR 2002, 231, 241 f.; ders., Die VOB/B ist tot!, BauR 2002, 1602; Schwenker/Heinze, Die VOB/B 2002, BauR 2002, 1143 ff.; Kemper, Die Neuregelung der Mängelansprüche in § 13 VOB/B-2002, BauR 2002, 1613 f.; schwankend Frikell, Mögliche Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Rechtsprechung zur „VOB als Ganzes“, BauR 2002, 671.

11 Peters, NZBau 2002, 113, 115.

dass sich durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts an der Rechtslage nichts geändert habe<sup>12</sup>.

Von der aktuellen Diskussion zu trennen und nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen ist die bereits auf der Grundlage der früheren Rechtslage geführte Grundsatzdiskussion<sup>13</sup> über die Berechtigung der Privilegierung der VOB/B und die entsprechende Rechtsprechung des BGH.

Worum geht es bei der Streitfrage um die Privilegierung der VOB im Einzelnen?

### **III. Die Problematik der Privilegierung**

Allgemeine Geschäftsbedingungen unterlagen bis Ende 2001 der Inhaltskontrolle durch das AGB-Gesetz, d.h. ihre Rechtswirksamkeit hing davon ab, ob sie den Anforderungen standhielten, die die Vorschriften des AGB-Gesetzes an den Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellten. Dies hätte vom Grundsatz her auch für die einzelnen Bestimmungen der VOB/B gelten müssen, wenn nicht der BGH das Gegenteil entschieden hätte: Nach seiner Rechtsprechung sind die einzelnen Bestimmungen der VOB/B von der Rechtmäßigkeitskontrolle nach den Maßstäben des AGB-Gesetzes befreit, in dieser Hinsicht also „privilegiert“ unter der Voraussetzung, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit, „als Ganzes“ ohne substantielle Eingriffe in ihr Gesamtgefüge zum Inhalt des jeweiligen Vertrages gemacht wurde.

12 Tempel, Ist die VOB/B noch zeitgemäß? NZBau 2002, 465, 469, der aber die Privilegierung nicht für sachlich gerechtfertigt und rechtswidrig hält; Weyer, Die Privilegierung der VOB/B: Eine – nur vorerst? – entschärfte Zeitbombe, BauR 2002, 857; ders., Totgesagte leben länger: Die VOB/B und ihre Privilegierung, BauR 2002, 1894; Jousen, Die Privilegierung der VOB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, 1759.

13 Siehe hierzu z.B. Tomic, § 13 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B – eine „tickende Zeitbombe“?, BauR 2001, 14 m.w.N.; Hoff, BauR 2001, 1654 f. m.w.N.; Tempel, NZBau 2002, 465, 466 ff. m.w.N.



In seiner grundlegenden Entscheidung vom 16.12.1982<sup>14</sup>, in der es um die Frage ging, ob die Regelung des § 16 Nr. 3 VOB/B über die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung nach § 9 AGBG wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam sei, erklärte der BGH eine isolierte Betrachtung der VOB-Vorschrift für verfehlt mit der Begründung, die VOB/B sei anders als der Normalfall von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kein Regelwerk, das den Vorteil nur einer der beiden Vertragspartner verfolge. Bei ihrer Ausarbeitung seien Interessengruppen der Besteller wie der Unternehmer beteiligt gewesen, sie enthalte einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, „im ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen“. Auf der gleichen Erwägung beruhe es ausweislich der damaligen Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum AGB-Gesetz, dass nach § 23 Nr. 5 AGBG die §§ 10 Nr. 5, 11 Nr. 10 f. nicht auf Leistungen anzuwenden seien, für die die VOB/B Vertragsgrundlage sei. Würden einzelne, die Interessen einer Vertragsseite bevorzugende Bestimmungen der VOB/B im Rahmen einer Einzelkontrolle für unwirksam erklärt, so würde das mit der Inhaltskontrolle nach dem AGBG verfolgte Ziel verfehlt, weil dadurch der von der VOB/B im Zusammenwirken sämtlicher Vorschriften erstrebte billige Ausgleich der Interessen gestört würde. Das Normgefüge der VOB/B sei daher als Ganzes zu prüfen. Als solches halte es den Maßstäben von § 9 AGBG stand, vorausgesetzt, der Verwender habe die VOB/B „ohne ins Gewicht fallende Einschränkung übernommen“, so dass sie im Kern Vertragsgrundlage geblieben und der von ihr verwirklichte Interessenausgleich nicht wesentlich beeinträchtigt sei.<sup>15</sup>

14 NJW 1983, 816 ff., 818.

15 Seither ständige Rechtsprechung, vgl. BGH NJW-RR 1991, 535,727; OLG Stuttgart NJW-RR 2000, 546; Palandt-Heinrichs, 62. Aufl.2003, § 307, Rdnr. 160; darauf, dass die Privilegierung der VOB/B in der Praxis eher den Ausnahmefall darstellt, da nach der Rechtsprechung infolge abweichender Vertragsklauseln bereits relativ geringfügige Eingriffe als solche in den Kernbereich VOB/B gewertet wurden, weist Tomic, BauR 2001, 14, 16 zutreffend hin; ebenso Hoff, BauR 2001, 1654, 1658 und Weyer, BauR 2002, 857, 858; auf den

Diese relativ ausführliche Wiedergabe der tragenden Argumentation der BGH-Rechtsprechung ist zum besseren Verständnis des heutigen Meinungsstreits über den Fortbestand der Privilegierung der VOB/B und zur Gewichtung der dabei vorgetragenen Argumente erforderlich.

#### **IV. Der Meinungsstand nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts**

Das AGB-Gesetz wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts aufgehoben, die in ihm enthaltenen Regelungen über die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einen Vertrag und über die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurden in den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, und zwar in die §§ 305 ff. BGB, integriert. Die VOB/B wird dabei nur in zwei Vorschriften genannt, nämlich in § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b ff) BGB, die inhaltlich dem früheren § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG entsprechen. Diese Vorschriften betreffen zum einen fingierte Erklärungen, zum anderen die Erleichterung der Verjährung von Ansprüchen, insbesondere Mängelansprüchen, durch Klauseln über die Verkürzung der Verjährungsfristen. Sie gelten nicht für Verträge, „in die Teil B der *Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist*“.

Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber in den §§ 307 ff. BGB n.F., also in den Vorschriften über die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, nur an zwei Stellen bestimmte Regelungskomplexe der VOB/B ausdrücklich angesprochen und von der Inhaltskontrolle und dem Verdikt der Unwirksamkeit ausgenommen, also hierfür die Privilegierung angeordnet hat, wird von den Verfechtern des Wegfalls der Privilegierung der VOB/B gefolgert, dass es nach dem „klaren Wortlaut der Norm

Verursacher und die Art und Weise des Eingriffs in den Kernbereich kommt es nach h.M. ebenso wenig an wie darauf, ob die den Eingriff in den Kernbereich enthaltenden Regelungen ihrerseits der Inhaltskontrolle standhalten, vgl. Tomic, BauR 2001, 14, 16, 17 m.w.N. und kritischen Einwänden hierzu.

als auch den Gesetzen der Logik“<sup>16</sup> zu einer Beschränkung der Privilegierung gekommen sei. Auf Grund eines Umkehrschlusses stehe fest, dass die übrigen Klauseln der VOB/B, die nicht unter § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F. fallen, mangels einer entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Regelung nicht mehr privilegiert seien.<sup>17</sup> Zu diesem Schluss müsse man insbesondere deshalb kommen, weil dem Gesetzgeber des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts die Rechtsprechung des BGH zur Privilegierung der VOB/B bekannt gewesen sei und es deshalb nahe gelegen hätte, diese Rechtsprechung in den Abschnitt des BGB über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff.) zu integrieren durch eine ausdrückliche Regelung dahingehend, dass die VOB/B in vollem Umfang von der Inhaltskontrolle ausgenommen sei, sofern sie ohne ins Gewicht fallende Einschränkung Vertragsinhalt geworden sei.<sup>18</sup> Zwar sei der Begründung des Gesetzentwurfs zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts zu entnehmen, dass die Privilegierungs-Rechtsprechung des BGH ohne inhaltliche Änderung im Gesetzeswortlaut ihre Entsprechung habe finden sollen.<sup>19</sup> Diese Absicht des Gesetzgebers komme jedoch nicht im Gesetzeswortlaut zum Tragen, weil eine (teilweise) Privilegierung der VOB/B – wie vorstehend beschrieben – nur noch für zwei bestimmte Regelungsbereiche, jedoch nicht für alle Bestimmungen der VOB/B vorgesehen sei. Von der Rechtsprechung des BGH weiche der neue Gesetzeswortlaut auch bei der Umschreibung der Voraussetzung der Privilegierung der beiden bestimmten Regelungsbereiche ab, weil dort verlangt werde, dass die VOB/B in den Vertrag „insgesamt einbezogen“ sein müsse. Dies sei eine Verschärfung der Voraussetzungen<sup>20</sup>; denn nach der Rechtsprechung des BGH brauche die VOB/B nur „ohne ins Gewicht fallende Einschränkung übernommen“ zu werden,

16 Preussner, BauR 2002, 1602, 1603.

17 Peters, NZBau 2002, 113, 115; Preussner, BauR 2002, 1603; ähnlich Schwenker/Heinze, BauR 2002, 1145; hierzu tendierend auch Quack, VOB/B als Ganzes und die Modernisierung des Schuldrechts, ZfBR 2002, 428 f.

18 Frikell, BauR 2002, 671, 672; Preussner, BauR 2002, 1603.

19 BT-Drucks. 14/6040, S. 154 zu § 308.

20 Preussner, BauR 2002, 1603; ders., BauR 2002, 242.

damit sie im Kern Vertragsgrundlage und der von ihr verwirklichte Interessenausgleich nicht wesentlich beeinträchtigt sei. Aus den in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommenen Vorstellungen oder Absichten des Gesetzgebers könne der Fortbestand der Privilegierung aller Regelungen der VOB/B nicht hergeleitet werden, weil nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung maßgebend nur der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers sei, so wie er sich aus dem Wortlaut der Norm und dem Sinnzusammenhang ergebe, in den sie hineingestellt sei. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift komme für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätige oder anderweitig nicht ausräumbare Zweifel behebe.<sup>21</sup> Hinzu komme ohnehin, dass die Begründung des Regierungsentwurfs zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nicht die gesamte Rechtsprechung des BGH zur Privilegierung der VOB/B erwähne, sondern nur solche Entscheidungen, in denen der BGH restriktiv lediglich die isolierte Vereinbarung des § 13 Nr. 4 VOB/B als Verstoß gegen § 9 AGBG beurteilt habe. Gerade die „extensive“ Rechtsprechung des BGH, beginnend mit der oben dargestellten Leitentscheidung vom 16.12.1982, werde in der Begründung nicht erwähnt<sup>22</sup>.

Wäre diese Auffassung zutreffend, würde sie bedeuten, dass alle nicht in § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F. angesprochenen Bestimmungen der VOB/B der inhaltlichen Einzelkontrolle nach §§ 307 ff. BGB n.F. unterzogen werden müssten und in zahlreichen Fällen den gesetzlichen Anforderungen nicht standhalten würden<sup>23</sup>, wie dies in der Rechtsprechung für den Fall, dass die VOB/B nicht „als Ganzes“ vereinbart war, bereits entschieden wurde<sup>24</sup>.

21 So zur Gesetzesauslegung BVerfGE 1, 299 ff., 312; vgl. Preussner, BauR 2002, 1604.

22 So Preussner, BauR 2002, 1603 f.

23 Die VOB/B wäre dann als „ausgewogenes Regelwerk“ praktisch „tot“, so Joussen, BauR 2002, 1760.

24 Siehe hierzu die Übersicht bei Frikell, BauR 2002, 671, 672.

Dieser Argumentation hält die Gegenmeinung, die den Fortbestand der Privilegierung der VOB/B auch unter der Geltung des neuen Schuldrechts bejaht, nachdrücklich die Begründung des Entwurfs des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts entgegen, in der ausdrücklich erklärt werde, dass die Rechtsprechung zur Privilegierung „ohne inhaltliche Änderungen“ im Gesetzeswortlaut ihre Entsprechung finden solle.<sup>25</sup> Die Entwurfsbegründung enthalte die authentische Wiedergabe der Vorstellungen und Absichten des Gesetzgebers<sup>26</sup>. Hätte der Gesetzgeber eine Abkehr von der ihm bekannten Rechtsprechung zur Privilegierung der VOB/B vollziehen wollen, hätte er von der Übernahme des Inhalts von § 23 Abs. 2 Nr. 5 ABGB in das BGB abgesehen und dies auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht<sup>27</sup>.

Hinzu komme, dass die BGH-Rechtsprechung zur Privilegierung der VOB/B ausweislich der grundlegenden Entscheidung vom 16.12.1982 nicht auf § 23 Abs. 2 Nr. 5 ABGB beruhe, so dass von einer von dieser Vorschrift ausgehenden Ausweitung der Privilegierung, wie sie die Gegenmeinung unterstelle, nicht gesprochen werden könne. Der BGH habe nämlich die Privilegierung unabhängig von der gesetzlichen Regelung in § 23 Abs. 2 Nr. 5 ABGB aus der besonderen Eigenschaft der VOB/B als einem in sich ausgewogenen Regelwerk und damit deren wesentlichem Unterschied gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen hergeleitet.<sup>28</sup> Aus dem veränderten Standort der ausdrücklichen Privilegierungsregelung – jetzt § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F., früher § 23 Abs. 2 Nr. 5 ABGB – könne ohnehin nichts im Sinne einer sachlichen Einschränkung der Privilegierung hergeleitet werden, da der Gesetzeswortlaut für eine

25 So insbes. Weyer und Jousen, vgl. das ausführliche Zitat aus der Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drucks. 14/6040, S. 154 zu § 308) bei Weyer, BauR 2002, 858 und Jousen, BauR 2002, 1763; Kratzenberg, NZBau 2002, 177, 178 f.

26 Weyer, BauR 2002, 858; vgl. auch Vygen, Einleitung zur VOB/B 2002, BauR Heft 11a/2002, 17 - 19.

27 Kratzenberg, NZBau 2002, 177, 179.

28 Weyer, BauR 2002, 859 f.; ders., BauR 2002, 1895; Jousen, BauR 2002, 1765.

inhaltliche Änderung gegenüber der früheren gesetzlichen Regelung nichts hergebe<sup>29</sup>.

Schließlich wird der Fortbestand der Privilegierung der VOB/B auch auf den Gesichtspunkt der „Einheitlichkeit der Rechtsordnung“ gestützt: Bei öffentlichen Ausschreibungen oberhalb der EU-Schwellenwerte sehe § 97 Abs. 6 GWB<sup>30</sup> in Verbindung mit §§ 7 ff. der Vergabeverordnung (VgV) zwingend die Ausschreibung und Vergabe der Bauleistung nach der VOB/A vor. Über § 10 Abs. 2 VOB/A seien die Auftraggeber verpflichtet, in den von ihnen abzuschließenden Bauverträgen die VOB/B zum Vertragsinhalt zu machen. Würde die VOB/B im Hinblick auf die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB n.F. weitgehend aus unwirksamen Bestimmungen bestehen, würde dies bedeuten, dass öffentliche Auftraggeber im Geltungsbereich der Vergabeverordnung kraft Gesetzes zur Vereinbarung unwirksamer Vertragsbestimmungen verpflichtet würden. Dieser Widerspruch zur Einheit der Rechtsordnung könne nur aufgelöst werden, wenn man vom Fortbestand der Privilegierung der VOB/B auch nach In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts ausgehe<sup>31</sup>. Die Privilegierung stehe allerdings unter dem Vorbehalt, dass die VOB/B auch weiterhin ein ausgewogenes Klauselwerk im Sinne der Rechtsprechung des BGH darstelle. Ob diese Prämisse weiterhin zutreffe, sei jederzeit von der Rechtsprechung zu überprüfen<sup>32</sup>.

Soweit bereits unter der Geltung des früheren Rechts Bedenken gegen die Privilegierung der VOB/B im Hinblick auf europarechtliche Vorschriften, nämlich im Hinblick auf die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klau-

29 Weyer, BauR 2002, 860; Jousen, BauR 2002, 1762, 1763.

30 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

31 Kratzenberg, NZBau 2002, 177, 179; Jousen, BauR 2002, 1767.

32 Weyer, BauR 2002, 861, 862; Jousen, BauR 2002, 1767, 1768, 1771; ähnlich bereits zur Rechtslage vor 2002 Kutschker, BauR 1999, 454 und Tomic, BauR 2001, 14, 22.

seln in Verbraucherverträgen<sup>33</sup> geäußert<sup>34</sup> worden seien, sei entgegenzuhalten, dass Art. 4 Abs. 1 dieser Richtlinie durchaus erlaube, bei der Beurteilung der Frage der Missbräuchlichkeit einer Klausel eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen und dabei auch weitere Klauseln des Bedingungswerkes zu berücksichtigen<sup>35</sup>, so dass für die Frage der Privilegierung nach europäischem Recht nichts anderes gelte als nach der in der Rechtsprechung des BGH festgestellten Rechtslage nach deutschem Recht<sup>36</sup>. Daher liege bei Vereinbarung der VOB/B „als Ganzes“ auch nach der Richtlinie keine „ungebührliche“ Benachteiligung des Verbrauchers vor. Erst recht gelte dies für § 13 Nr. 4 VOB/B in der Fassung der VOB/B 2002, da dort die Gewährleistungsfrist für Bauleistungen verdoppelt, nämlich von zwei auf vier Jahre verlängert worden und damit der gesetzlichen Frist bis auf ein Jahr angenähert ist. Auch im übrigen enthalte die VOB/B 2002 nur Verbesserungen zugunsten von Verbrauchern. Damit sei den europarechtlichen Einwänden der Boden entzogen<sup>37</sup>.

## V. Stellungnahme zu den in der Literatur vertretenen Meinungen

Unterzieht man die beiden kontroversen Auffassungen zur Frage des Fortbestands der Privilegierung der VOB/B einer kritischen Betrachtung, muss man zunächst mit Weyer und Jousen feststellen, dass in der Tat die Befürworter des Wegfalls der

33 EG-Amtsblatt vom 21.04.1993 Nr. L 95, 29; in der Verkürzung der Verjährung der Mängelgewährleistungsansprüche durch § 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B wurde eine unzulässige Einschränkung der Verbraucherrechte im Sinne der Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 i.V.m. Nr. 1 b des Anhangs der Richtlinie gesehen, so dass § 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B jedenfalls in Verträgen mit Verbrauchern trotz § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG nicht anzuwenden sei, vgl. hierzu Jousen, BauR 2002, 1762 m.w.N.

34 Siehe zu den europarechtlichen Bedenken speziell bei Verbraucherverträgen und zum Meinungsstand die Übersicht bei Tomic, BauR 2001, 14, 23; vgl. auch Quack, ZfBR 2002, 428, 429.

35 Tomic, BauR 2001, 14, 26; Jousen, BauR 2002, 1770, 1771.

36 Voppel, NZBau 2003, 6, 9; ablehnend Tempel, NZBau 2002, 465, 468.

37 Jousen, BauR 2002, 1770, 1771.

Privilegierung hinsichtlich der einschlägigen Rechtsprechung des BGH von einer unzutreffenden Prämisse ausgehen: Denn nach der oben ausführlich wiedergegebenen Grundsatzentscheidung des BGH vom 16.12.1982 ist es eindeutig, dass der BGH seine Rechtsprechung nicht auf die frühere Regelung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG gestützt bzw. hieraus abgeleitet hat, sondern den wesentlichen Unterschied der VOB/B gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen für ausschlaggebend erklärt hat, nämlich ihre besondere Eigenschaft, ein auf das Bauvertragsrecht abgestimmtes ausgewogenes Regelwerk zu sein, das auf Grund der Mitwirkung der beteiligten Interessengruppen zu einem „im Ganzen“ angemessenen Ausgleich der Interessen der Vertragspartner führe. § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG wird in der Grundsatzentscheidung des BGH zwar erwähnt, jedoch nicht als maßgebliche Stütze der Entscheidung; es heißt dort lediglich, es beruhe „auf der gleichen Erwägung“, dass nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG die §§ 10 Nr. 5, 11 Nr. 10f. AGBG nicht anzuwenden seien auf Leistungen, für die die VOB/B Vertragsgrundlage sei. § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG war für den BGH somit nicht Ausgangspunkt und Geltungsgrundlage seiner Privilegierungs-Rechtsprechung, sondern nur eine gesetzgeberische Bestätigung der eigentlichen Grundlage, die der BGH aus Zielsetzung sowie Sinn und Zweck der Generalklausel des heute inhaltlich unverändert in § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. fortbestehenden § 9 AGBG abgeleitet hat. Eine „unangemessene Benachteiligung“ des Vertragspartners des Verwenders „entgegen den Geboten von Treu und Glauben“ im Sinne der Generalklausel liegt nach der Entscheidung des BGH in Anbetracht der vorstehend beschriebenen Besonderheiten der VOB/B nicht vor, wenn sie „als Ganzes“ Vertragsinhalt ist. Daher wäre es mit Zielsetzung sowie Sinn und Zweck der Generalklausel nicht vereinbar, die Vorschriften der VOB/B isoliert zu betrachten und einer isolierten Inhaltskontrolle zu unterziehen.

Der BGH kam zu diesem Ergebnis, obwohl schon in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG ebenso wie jetzt in §§ 308, 309 BGB n.F. lediglich für zwei bestimmte Klauseltypen, nämlich Klauseln im Sinne von § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 f. AGBG, der Ausschluss ihrer Geltung



vorgesehen war für den Fall, dass die VOB Vertragsgrundlage war. Der Wortlaut von § 308 Nr. 5 BGB n.F. stimmt vollständig mit demjenigen von § 10 Nr. 5 AGBG überein. Bei § 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F. ist zwar nicht der Wortlaut mit demjenigen von § 11 Nr. 10 f) AGBG identisch, jedoch der Inhalt: Beiden Vorschriften ist der Sache nach gemeinsam, dass die Erleichterung der Verjährung von Mängelansprüchen bei Bauwerken oder Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür (§ 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.) für unwirksam erklärt wird. Dies soll jedoch nicht gelten „für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist“. Damit regelt dieser Zusatz in den neuen Bestimmungen ebenso wie § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG nichts anderes als den sachlichen Geltungsbereich der beiden genannten Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB n.F., d.h. er nimmt die einschlägigen Bestimmungen der VOB/B ebenso wie die Vorgängerregelung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG vom Geltungsbereich dieser Klauselverbote aus.

Insoweit hat sich also in der Tat gegenüber der früheren Rechtslage nichts verändert. Die bloße Veränderung des Standorts der gesetzlichen Regelungen, d.h. deren Integration in das BGB, belegt in keiner Weise eine inhaltliche Veränderung, wie Weyer und Jossen zutreffend dargelegt haben. Der Ausgangspunkt für die Beurteilung durch die Rechtsprechung ist – abgesehen von der inhaltlich unerheblichen Änderung des Standorts der gesetzlichen Regelung – derselbe geblieben. Von daher ist kein Ansatzpunkt für die Schlussfolgerung ersichtlich, die Privilegierungs-Rechtsprechung des BGH könne jetzt nicht mehr gelten. Da sowohl Zielsetzung wie Sinn und Zweck der Generalklausel des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. dieselben sind wie diejenigen von § 9 AGBG, gelten die Erwägungen, die den BGH zu seiner Grundsatzentscheidung vom 16.12.1082 veranlasst haben, unverändert weiter.

Die Vertreter des Wegfalls der Privilegierung der VOB/B müssen deshalb zusätzliche Argumente bemühen: Ausgehend von der Erwägung, dass der Gesetzgeber die Privilegierungs-Rechtsprechung des BGH gekannt habe, behaupten sie, der Gesetzgeber

habe im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts eine Beschränkung der Privilegierung der VOB/B vorgenommen, da er nur die Klauseln über verkürzte Verjährung von Mängelansprüchen und fingierte Erklärungen ausdrücklich im Gesetz als privilegiert genannt habe. Daraus ergebe sich im Umkehrschluss, dass alle übrigen Bestimmungen der VOB/B von der Privilegierung ausgenommen sein sollten.

Die Vertreter dieser Auffassung sind sich offenbar nicht bewusst, dass sie mit dieser Argumentation genau dasselbe tun, was sie denjenigen unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gesetzesauslegung als unzulässig vorhalten<sup>38</sup>, die den Fortbestand der Privilegierung der VOB/B im Hinblick auf die Gesetzesbegründung verteidigen. Denn sie stellen entscheidend auf die Kenntnis des Gesetzgebers vom Stand der Rechtsprechung und damit auf die „subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder“ ab. Von daher unterstellen sie die Intention des Gesetzgebers, die Privilegierung einschränken zu wollen, weil angesichts der Kenntnis des Gesetzgebers von der einschlägigen Rechtsprechung zu erwarten oder gar zu fordern gewesen wäre, dass er ausdrücklich die Privilegierung *aller* Vorschriften der VOB/B im Gesetzeswortlaut hätte vorsehen müssen, wenn er diese Rechtsprechung zum Inhalt des Gesetzes hätte machen wollen.

Die Argumentation mit dem Umkehrschluss greift jedoch zu kurz, weil sie die Zusammenhänge allzu sehr vereinfacht. Der Umkehrschluss ist keineswegs zwingend. Denn bei der Integration des AGBG in das BGB wurde – wie oben aufgezeigt – hinsichtlich der Struktur und des Inhalts der hier relevanten Vorschriften nichts geändert. Dies lässt sich – unabhängig von der Kenntnis von den konkreten Vorstellungen des Gesetzgebers – ohne weiteres auch in dem Sinne interpretieren, dass der Sache nach nichts

<sup>38</sup> Siehe insbesondere Preussner, BauR 2002, 1602 ff.

geändert werden sollte<sup>39</sup>. Dies gilt aber auch dann, wenn man – unabhängig von der Gesetzesbegründung – davon ausgeht, dass der Gesetzgeber die einschlägige Privilegierungs-Rechtsprechung des BGH gekannt hat. Gerade weil der BGH diese Rechtsprechung – wie oben aufgezeigt – unabhängig von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG entwickelt hat, konnte der Gesetzgeber ohne weiteres davon ausgehen, dass sich an dieser Rechtsprechung nichts ändern werde, wenn er bei der Integration des AGBG in das BGB sich darauf beschränkte, den Inhalt von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG in das BGB zu übernehmen. Einer ausdrücklichen Regelung dahingehend, dass sämtliche Bestimmungen der VOB/B privilegiert sein sollten, wenn die VOB/B insgesamt in den Vertrag einbezogen wird, bedurfte es von daher nicht.

Für den Fortbestand der Privilegierung der VOB/B spricht darüber hinaus auch folgende Überlegung: In den §§ 308 Nr. 5 und 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F. hat der Gesetzgeber die Einbeziehung der VOB/B insgesamt in den Vertrag als Rechtfertigung dafür angesehen, einzelne Bestimmungen der VOB/B, die bei isolierter Betrachtung wegen Verstoßes gegen die gesetzlichen Klauselverbote unwirksam wären, nämlich die Bestimmungen über fingierte Erklärungen und die Verkürzung der Verjährungsfristen für Mängelansprüche, von den gesetzlichen Klauselverböten auszunehmen.

Die VOB/B in ihrer Gesamtheit als geschlossenes Regelwerk wird damit zum Geltungsgrund, d.h. zur Rechtsgrundlage für die

<sup>39</sup> Voppel, NZBau 2003, 6, 7 sieht in der Gesetzesbegründung, wonach „die Formulierung der Ausnahme an dieser Stelle... dem Rechtsanwender die Zuordnung leichter“ machen soll, einen Hinweis darauf, dass die Zuordnung der Ausnahmeregelungen zu den konkreten Klauselverböten statt – wie bisher in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG – ihrer Zusammenfassung in einer für das gesamte AGB-Recht geltenden, den Anwendungsbereich betreffenden Regelung dafür spreche, dass sich die Privilegierung nur noch auf die ausdrücklich genannten Klauseltypen beziehe. Für die Absicht der Privilegierung der VOB/B insgesamt spreche andererseits, dass die bei den Klauselverböten vorgesehene Privilegierung einzelner VOB-Bestimmungen von der Einbeziehung der gesamten VOB/B in den Vertrag abhängig gemacht wird.

Wirksamkeit einzelner ihrer Bestimmungen erhoben und als solche anerkannt, wenn sie in einen Vertrag einbezogen wird. Dies wäre aber widersinnig, wenn die VOB/B nicht in ihrer Gesamtheit privilegiert wäre, weil dann der Gesetzgeber als Geltungsgrund einzelner VOB/B-Bestimmungen verlangen würde, dass mit der VOB/B auch andere Klauseln mitvereinbart werden müssten, die selbst nicht privilegiert wären, der AGB-Inhaltskontrolle unterlägen und ihr nicht standhalten<sup>40</sup>. Weder das AGBG noch jetzt das BGB 2002 enthalten im übrigen irgendeinen Hinweis darauf, dass der VOB/B die vorstehend beschriebene Funktion bzw. rechtliche Wirkung nur im Verhältnis zu einem Teil ihrer Vorschriften zukommen solle, im Verhältnis zu dem anderen Teil ihrer Vorschriften jedoch nicht. Das Gesetz gibt auch keinen Hinweis darauf, dass es graduelle Abstufungen des Ausmaßes oder des Schweregrades der Unwirksamkeit zwischen den Bestimmungen der VOB/B geben könnte, die eine unterschiedliche rechtliche Wirkung der Vereinbarung der VOB/B „als Ganzes“ im Verhältnis zu ihren einzelnen Bestimmungen begründen könnten. Dies spricht dafür, dass der Vereinbarung der VOB/B „als Ganzes“ die geltungserhaltende Wirkung gegenüber den gesetzlichen Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verhältnis zu jeder einzelnen Bestimmung der VOB/B zukommt, die bei isolierter Betrachtung gemessen an den §§ 307 ff. BGB n.F. unwirksam wäre.

In diesem Sinne kann der für die Gesetzesauslegung maßgebliche „objektive Wille des Gesetzgebers“, wie er sich aus Wortlaut und Sinnzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergibt<sup>41</sup>, mit größerer Plausibilität festgestellt werden als nach der Auffassung der Vertreter des Wegfalls der Privilegierung. Selbst wenn jedoch beide Auslegungsergebnisse gleichwertig vertretbar nebeneinander stünden, käme der Entstehungsgeschichte des Gesetzes bei der Klärung der Richtigkeit der einen oder der anderen Ausle-

40 So zutreffend Voppel, NZBau 2003, 6, 7 f. im Anschluss an Ingenstau/Korbion/Locher, VOB, 14. Aufl. 2001, AGB-Gesetz Rdnr. 58, S. 529 f.

41 BVerfGE 1, 299, 312.

gung und bei der Behebung entsprechender Zweifel<sup>42</sup> ausschlaggebende Bedeutung zu. Denn dass die Gesetzesbegründung für den Willen des Gesetzgebers spricht, die Privilegierung der VOB/B im Sinne der Rechtsprechung fortbestehen lassen zu wollen, ist eindeutig<sup>43</sup>.

Eine andere Frage ist es, ob sich die Voraussetzungen der Privilegierung der VOB/B dadurch geändert haben, dass nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG die VOB „Vertragsgrundlage“ sein musste, während der Gesetzeswortlaut jetzt verlangt, sie müsse in den Vertrag „insgesamt einbezogen sein“. In dieser geänderten Formulierung sieht Preussner<sup>44</sup> eine Verschärfung der Anforderungen an die Privilegierung. Andere Autoren haben sich zu dieser Frage, soweit ersichtlich, bisher nicht ausdrücklich geäußert<sup>45</sup>. Die Formulierung „insgesamt einbezogen“ könnte in der Tat eine Verschärfung der Anforderungen an die Privilegierung bedeuten, wenn man berücksichtigt, dass der BGH in seiner Grundsatzentscheidung lediglich gefordert hat, die VOB/B müsse „ohne ins Gewicht fallende Einschränkung übernommen“ sein, sie müsse „im Kern Vertragsgrundlage geblieben und der von ihr verwirklichte Interessenausgleich nicht wesentlich beeinträchtigt worden“ sein<sup>46</sup>. Dies führte in der Praxis regelmäßig zur Überprüfung der Frage, ob diese Voraussetzungen im Einzelfall noch gegeben waren oder nicht. Allerdings ergibt sich aus der Gesetzesbegründung kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber mit der geänderten Formulierung der Praxis die manchmal schwierige Entscheidung ersparen wollte, ob die VOB/B „ohne ins Gewicht fallende Einschränkung übernommen“ wurde oder nicht.

Ohnehin hätte er ihr die Prüfung und Entscheidung dieser Frage mit dem geänderten Wortlaut auch nicht ersparen können:

42 So BVerfGE 1, 299, 312.

43 Vgl. die Nachweise bei Weyer, BauR 2002, 857, 858; Jousen, BauR 2002, 1759, 1763 f.; vgl. auch Voppel, NZBau 2003, 6, 8.

44 BauR 2002, 231, 242

45 Voppel, NZBau 2003, 6, 7 spricht die Frage nicht ausdrücklich an, erklärt jedoch, es liege keine inhaltliche Änderung vor.

46 BGH NJW 1983, 816, 818 I. Sp.

Denn selbst dann, wenn es in einem Vertrag heißt, die VOB/B sei „insgesamt“ Vertragsinhalt, macht dies – wie schon bisher – nicht die zusätzliche Überprüfung entbehrlich, ob nicht andere Klauseln desselben Vertrages im Widerspruch zu einzelnen wesentlichen Bestimmungen der VOB/B stehen und diese dadurch außer Kraft setzen, so dass im Ergebnis die VOB/B nicht mehr „ohne ins Gewicht fallende Einschränkung“ Vertragsinhalt ist. Die Prüfung dieser Frage ist also auch nach dem Wortlaut von § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b ff.) BGB n.F. nicht entbehrlich geworden. Dies spricht mehr dafür, dass sich durch die Formulierung „insgesamt einbezogen“ auch hinsichtlich der Voraussetzungen der Privilegierung der VOB/B nichts an der durch die Rechtsprechung des BGH festgestellten Rechtslage geändert hat.

## **VI. Statische oder dynamische oder keine Verweisung?**

Weiterhin umstritten ist auch nach der Schuldrechtsreform die schon nach früherem Recht heftig diskutierte<sup>47</sup> Streitfrage, ob es sich bei der in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG und seinen jetzigen Nachfolgern, den §§ 308 Nr. 5 und 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F., enthaltenen Bezugnahme auf die VOB/B um eine statische, eine dynamische oder um überhaupt keine Verweisung handelt. Im Falle einer statischen Verweisung wäre nur diejenige Fassung der VOB/B privilegiert, von deren Inhalt der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes Kenntnis hatte<sup>48</sup>. Dies wäre in Bezug auf das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts die VOB 2000, so dass die VOB 2002 nicht unter die Privilegierung fallen würde.

47 Vgl. Kraus, BauR 1997, Beilage zu Heft 4, 12 f., Kutschker, BauR 1999, 454 ff, 458 und den Überblick über den Meinungsstand bei Hoff, BauR 2001, 1654 ff., sowie Tomic, BauR 2001, 14, 21 ff.

48 Dafür Kraus, a.a.O., Kutschker, a.a.O. (siehe vorherige Fußnote); Ingenstau/Korbion/ Vygen, VOB, 14. Aufl. 2001, Einl. Rdnr. 17, S. 138; Voppel, NZBau 2003, 6, 9.

Im Falle einer dynamischen Verweisung hingegen wäre die VOB/B in ihrer *jeweiligen* Fassung privilegiert, so dass auch nach der Entscheidung des Gesetzgebers vom DVA beschlossene Änderungen der VOB/B und somit auch die neueste Fassung von 2002 privilegiert wären. Dagegen werden allerdings verfassungsrechtliche Bedenken erhoben dahingehend, dass es dem Gesetzgeber nicht erlaubt sei, von ihm selbst zu treffende Entscheidungen „durch die Hintertür auf nicht demokratisch legitimierte Gremien zu übertragen“. Nach dem Rechtsstaatsprinzip dürfe der Bürger nicht der normsetzenden Gewalt Dritter ausgeliefert werden, die ihm gegenüber weder demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert seien. Dies sei jedoch der Fall, wenn nachträglich von dem nicht demokratisch legitimierten DVA vorgenommene Änderungen der VOB/B, die dem Gesetzgeber zum Zeitpunkt seiner Entscheidung unbekannt waren, unter den Schutz der Privilegierung fallen würden<sup>49</sup>.

Den Streit um statische oder dynamische Verweisung sehen andere Autoren als überflüssig und gegenstandslos an mit der Begründung, diese Alternative bestehe nicht, weil in den in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmungen keine Verweisung und insbesondere keine verfassungsrechtlich bedenkliche Verweisung enthalten sei. Denn der Gesetzgeber habe dort keineswegs die ihm zukommende Normsetzungskompetenz einer demokratisch nicht legitimierten Institution wie dem DVA überlassen. Das Gesetz schreibe bei seiner Bezugnahme auf die VOB/B keineswegs vor, dass die jeweilige Fassung der VOB/B durch den DVA für den Vertragspartner eines Bauvertrages Gesetzeskraft erlange. Die Geltung der VOB/B beruhe vielmehr im privatrechtlichen Rechtsverkehr auf der freiwilligen Unterwerfung der Vertragspartner

49 So Hoff, BauR 2001, 1654, 1656 f.; Tempel, NZBau 2002, 465, 468; Voppel, NZBau 2003, 6, 8; Kiesel, Die VOB 2002 – Änderungen, Würdigung, AGB-Problematik, NJW 2002, 2064, 2070; a..A. mit schlüssiger Begründung Tomic, BauR 2001, 14, 22; zur Vermeidung der angenommenen verfassungsrechtlichen Probleme im Falle einer dynamischen Verweisung bringen Peters, NZBau 2002, 113, 115, und Tempel, NZBau 2002, 532, 539, den Erlass einer „bereinigten“ Fassung der VOB/B als Rechtsverordnung ins Gespräch.

unter dieses Regelwerk. Die freiwillige Unterwerfung unter die VOB/B sei in §§ 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG, 308 Nr. 5 und 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F. lediglich das Tatbestandsmerkmal, an das der Gesetzgeber die Rechtsfolge der Privilegierung geknüpft habe<sup>50</sup>. Diese Rechtsfolge stehe unter der Prämisse, dass die VOB/B – auch künftig – ein in sich ausgewogenes Regelwerk darstelle<sup>51</sup>. Ob diese Prämisse weiterhin erfüllt sei, sei jederzeit von der Rechtsprechung zu überprüfen<sup>52</sup>.

Die letztgenannte Auffassung zieht mit Recht in Zweifel, dass es sich bei der Bezugnahme auf die VOB/B in §§ 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG, 308 Nr. 5 und 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F. um eine Verweisung im gesetzestechnischen Sinne handelt. Eine Verweisung liegt dann vor, wenn einer Norm, auf die verwiesen wird, unmittelbare Rechtswirkung und Geltung im Rahmen der verweisenden Norm zugemessen wird. Zwar haben Allgemeine Geschäftsbedingungen – darum handelt es sich bei der VOB/B – „normgleiche Wirkungen, aber doch nur in einem soziologischen Sinne. Rechtlich entfalten sie ihre Wirkung erst dann, wenn sie durch Vereinbarung der Vertragsparteien zum Vertragsinhalt gemacht worden sind. Insoweit handelt es sich um Regelungsmodelle ohne unmittelbare Verbindlichkeit“<sup>53</sup>. Deshalb bedeutet die Bezugnahme auf die VOB/B in den genannten Vorschriften keine Delegation gesetzgeberischer Kompetenzen auf den DVA als nichtstaatliche Einrichtung. Denn in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Formulierung und Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ihre Grundlage in der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie haben, die in den Vorschriften der §§ 307 ff. BGB n.F. über die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ein-

50 So Joussen, BauR 2002, 1759, 1766; ähnlich bereits Weyer, BauR 2002, 857, 862.

51 Joussen, BauR 2002, 1759, 1767; Weyer, BauR 2002, 857, 862.

52 Joussen, BauR 2002, 1759, 1767 f. ; Weyer, BauR 2002, 857, 862; Hoff, BauR 2001, 1654, 1657 sieht darin zu Unrecht einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung.

53 So Ossenbühl, Gesetz und Recht, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, § 61, Rdnr. 47, S. 303.



geschränkt wird. Indem der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen – hier der Vereinbarung der VOB/B „als Ganzes“ in Bauverträgen – von einer Inhaltskontrolle der einzelnen Vorschriften absieht, spart er diesen Bereich von der Einschränkung der Privatautonomie aus und überlässt ihn der grundrechtlich geschützten Privatautonomie, d.h. der „Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsleben“<sup>54</sup> im Vertrauen darauf, dass das von ihm als angemessen und geeignet angesehene Regelwerk im Hinblick auf die ihm zukommenden Besonderheiten auch künftig „für den Rechtsverkehr zwischen Individuen ein Höchstmaß beiderseitiger Selbstbestimmung verwirklicht und dabei die Befugnisse der an einem Rechtsgeschäft Beteiligten in einer die Anforderungen des Sozialstaatsprinzips berücksichtigenden Weise verhältnismäßig zuordnet“<sup>55</sup>. Der Verzicht des Gesetzgebers auf die Einschränkung der Privatautonomie bedeutet jedoch keine Übertragung von Normsetzungsbefugnissen auf Private. Die Diskussion über die Frage, ob statische oder dynamische Verweisung, führt daher nicht weiter<sup>56</sup>.

Der Gesetzesbegründung zu den §§ 308 und 309 BGB n.F. lässt sich denn auch unmittelbar entnehmen, dass der Gesetzgeber sich von der Privilegierung der VOB/B in ihrer jeweiligen Fassung hat leiten lassen. Dort heißt es wörtlich:

*„Die Privilegierung erfasst die VOB/B in ihrer jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen Fassung, da davon ausgegangen wird, dass die VOB/B in ihrer jeweils geltenden Fassung einen insgesamt angemessenen Interessenausgleich zwischen den an Bauverträgen Beteiligten schafft...“<sup>57</sup>.*

54 Siehe Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, § 152, Rdnr. 58, S. 1210 im Anschluss an Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd.: Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl. 1979, S.17 f. und Roscher, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, 1974, S. 46 f.

55 Erichsen, a.a.O. (siehe vorherige Fußnote).

56 So im Ergebnis zutreffend Weyer, BauR 2002, 857, 861 f. und Jousen, BauR 2002, 1759, 1764 ff.

57 RegE zum SchuldRModG v. 09.05.2001, BT-Drucks. 14/6040, S. 154.

Dies bestätigt den vorstehend beschriebenen verfassungsrechtlichen Ansatz. Selbst wenn sich die Privilegierung der VOB/B jedoch im statischen Sinne nur auf diejenige Fassung bezöge, die bei Schaffung der gesetzlichen Regelung in Kraft war, könnte die Neufassung der Mängelansprüche in § 13 Nr. 4 VOB/B 2002 nicht zur Unwirksamkeit dieser Bestimmung führen. Denn wenn der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts die in der damals geltenden VOB/B 2000 enthaltene nur zweijährige Verjährungsfrist gebilligt hat, kann nichts anderes gelten für die zugunsten des Vertragspartners des Verwenders nunmehr auf vier Jahre verdoppelte Verjährungsfrist.<sup>58</sup>

Als Ergebnis ist damit festzustellen, dass die Privilegierung der VOB/B im Sinne der Rechtsprechung des BGH auch nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts fortbesteht, sofern die VOB/B insgesamt in den Vertrag einbezogen ist.

## **VII. Zur praktischen Relevanz des Streits um die Privilegierung**

Auch wenn das Ergebnis der vorliegenden Überlegungen im Hinblick auf Wortlaut und systematischen Aufbau der §§ 308, 309 BGB n.F. und deren Vergleich mit der Vorgängerregelung, ferner auch im Hinblick auf die Gesetzesbegründung recht eindeutig erscheint, verbleibt für den Praktiker des privaten Baurechts ein ungutes Gefühl, weil er mit dem Damoklesschwert leben muss, dass es noch keine höchstrichterliche Entscheidung zu der Frage gibt, ob die Privilegierungs-Rechtsprechung des BGH auch nach der Schuldrechtsreform weiterhin gültig ist oder die Verfechter des Wegfalls der Privilegierung am Ende Recht behalten, und dass nicht absehbar ist, wann es zu einer höchstrichterlichen Klärung kommt. Angesichts der Intensität und Heftigkeit,

<sup>58</sup> So zutreffend Joussen, BauR 2002, 1759, 1769 ff., der zu Recht hervorhebt, dass die VOB/B 2002 keine einzige Neuregelung enthält, die eine größere Abweichung vom gesetzlichen Leitbild als die vom Gesetzgeber gebilligte VOB/B 2000 enthält.

mit der in jüngster Zeit die Diskussion um die Privilegierung der VOB/B 2002 geführt wird, kann allerdings vorhergesagt werden, dass diese Diskussion noch nicht zu Ende ist und nicht abgeschlossen werden kann, dass es zu Abstrichen oder gar zur Aufgabe der bisherigen BGH-Rechtsprechung kommen könnte.

Dabei sind zum einen die teils massiven Einwände und Zweifel zu sehen, die in der Literatur nach wie vor und in jüngster Zeit noch verstärkt gegen die Auffassung des BGH von der Ausgewogenheit der VOB/B vorgebracht werden<sup>59</sup>. Dies lässt erwarten, dass der BGH bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit überprüfen und sich dazu äußern wird, ob die seiner bisherigen Rechtsprechung zugrunde liegende Bewertung der VOB/B auch auf deren jüngere und jüngste Versionen noch zutrifft, die bisher noch nicht auf dem Prüfstand gestanden haben, und ob der Gesetzgeber zu Recht die Bewertung als ausgewogenes Regelwerk im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts übernommen bzw. als fortbestehend behandelt hat. Dass die in der inzwischen mehr als zwei Jahrzehnte zurückliegenden Grundsatzentscheidung und den ihr folgenden späteren Entscheidungen vorgenommene Einschätzung der Ausgewogenheit der VOB/B Bestand haben wird, erscheint zwar angesichts der Verbesserungen und Annäherungen an die gesetzlichen Leitbilder, die die VOB/B seither erfahren hat, durchaus denkbar, jedoch nicht sicher. Da nach der bisherigen Rechtsprechung schon mehrere Bestimmungen der VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nicht standgehalten haben, wird zu fragen sein, ob noch eine hinreichende Zahl anderer inhaltlich beanstandungsfreier Regelungen in der VOB/B vorhanden ist, so dass im Ergebnis noch immer die Ausgewogenheit des Regelwerks insgesamt festgestellt werden kann. Auch wären die Kriterien zu verdeutlichen, die die Feststellung der Ausgewogenheit erlauben.

<sup>59</sup> Siehe zuletzt vor allem die sehr kritischen, teilweise jedoch über das Ziel hinaus schießenden Ausführungen von Tempel, NZBau 2002, 465-474 und 532-539.

Zum anderen wird der BGH, sollte er an der Bewertung der VOB/B als ausgewogenes Regelwerk und damit an der Gültigkeit seiner bisherigen Privilegierungs-Rechtsprechung für die Zeit bis zum In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts festhalten, auch entscheiden müssen, ob dies auch für die Zeit danach noch gilt bzw. welche der in der Literatur vertretenen Auffassungen zu der seit dem 01.01.2002 bestehenden Rechtslage geteilt wird. Unverständlich ist, dass es der Gesetzgeber überhaupt zu einer solchen Situation hat kommen lassen dadurch, dass er es versäumt hat, im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts durch eindeutige, jeden Zweifel vermeidende Regelungen eine Diskussion zur Frage des Fortbestands der Privilegierung der VOB/B zu vermeiden. Bedenklich und bedauerlich ist zudem, dass der Wortlaut der Gesetzesbegründung Zweifel aufkommen lässt, ob bei der Vorbereitung der Gesetzesänderung die Grundlagen und der Inhalt der BGH-Rechtsprechung zur Privilegierung überhaupt vollständig und richtig erfasst wurden<sup>60</sup>. Mit geringem Aufwand wäre in den §§ 307 ff. BGB n.F. eine eindeutige Regelung möglich gewesen, die die Entstehung der jetzigen Diskussion in der Literatur von vornherein vermieden hätte. Angesichts dieser Diskussion wäre der Gesetzgeber gut beraten, wenn er nachbessern und dadurch im Sinne seiner Gesetzesbegründung Klarheit schaffen würde<sup>61</sup>.

Einige Autoren meinen, der Frage der Privilegierung der VOB/B komme in der Praxis keine erhebliche Bedeutung zu, weil die meisten Bauverträge ohnehin Klauseln enthielten, die wesentliche Bestimmungen der VOB/B abändern, so dass diese nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart bzw. nicht mehr in das Vertragsverhältnis „insgesamt einbezogen“ sei<sup>62</sup>. Die zwingende Konsequenz sei dann ohnehin nach der Rechtsprechung des BGH die Inhaltskontrolle jeder einzelnen verbliebenen Klausel der VOB/B. Dies

60 Zweifelnd Tempel, NZBau 2002, 465, 469.

61 So zutreffend die Empfehlung von Vygen in: Vygen/Döring/Wirth/Locher/Joussen, Kommentierung der mit der Fassung 2002 geänderten Vorschriften der VOB/B, BauR Sonderausgabe Heft 11a/2002, S. 19.

62 Vgl. Kiesel, NJW 2002, 2064, 2071.

mag zwar für eine Vielzahl von Verträgen zutreffen, hebt die Bedeutung der Frage der Privilegierung jedoch nicht auf, weil es immer eine erhebliche Zahl von Verträgen geben wird, denen die VOB/B als Ganzes zugrunde liegt. Das Interesse der Vertragspartner, von den für sie vorteilhaften Klauseln der VOB/B zu profitieren und die Inhalts-Einzelkontrolle zu vermeiden, könnte Anreiz sein, künftig bei der Vertragsgestaltung verstärkt – gerade auch in der Beratungspraxis – darauf zu achten, dass die VOB/B insgesamt einbezogen wird.

Auch dann verbleibt jedoch die oben bereits angesprochene Ungewissheit, wie letztlich der BGH entscheiden wird. Der Praktiker, z.B. der Rechtsanwalt, steht – gleichgültig, ob er Befürworter oder Gegner der Fortgeltung der Privilegierung der VOB/B ist – vor einem Dilemma bei der Frage, wie er in der nächsten Zeit im Rahmen streitiger Auseinandersetzungen über Bauverträge vorzugehen hat: Ist er persönlich der Ansicht, die Privilegierung der VOB/B bestehe auch nach der Schuldrechtsreform weiter, muss er in gerichtlichen oder außergerichtlichen Auseinandersetzungen über bereits bestehende, nach dem 01.01.2002 abgeschlossene Bauverträge trotzdem, wenn es die Interessenlage seines Mandanten erfordert, die Gegenposition einnehmen, also den Wegfall der Privilegierung geltend machen und auf dieser Grundlage für seinen Mandanten ungünstige Klauseln der VOB/B mit dem Argument der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB n.F. als unwirksam angreifen. Hierzu wird man ihn im Hinblick auf den mit dem Mandanten abgeschlossenen Anwaltsvertrag, der die optimale Wahrnehmung der Interessen des Mandanten gebietet, als verpflichtet ansehen müssen. Bei der gegenteiligen Interessenlage seines Mandanten muss er die Fortgeltung der Privilegierung der VOB/B verteidigen, um seinem Mandanten nach Möglichkeit die günstigen Rechtsfolgen bestimmter Klauseln der VOB/B, die bei isolierter Betrachtung einer inhaltlichen Einzelkontrolle nicht standhalten könnten, zu erhalten. Für den Rechtsanwalt, der die Privilegierung der VOB/B insgesamt als durch die Schuldrechtsmodernisierung beseitigt ansieht, gelten die vorstehenden Überlegungen umgekehrt.

Besonders schwierig wird es bei der Gestaltung neuer Bauverträge. Wird die Geltung der VOB/B in ihrer Gesamtheit vorgesehen, geht man das Risiko ein, dass es im Falle der Änderung der BGH-Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle jeder einzelnen Bestimmung der VOB/B - mit Ausnahme der in §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 b ff) BGB n.F. ausdrücklich angesprochenen Bestimmungen - kommt und dabei ein Teil der VOB/B-Bestimmungen den Anforderungen nicht standhält. Will man dieses Risiko vermeiden, verbleibt nur die Möglichkeit, schon jetzt die „problematischen“ Bestimmungen der VOB/B durch andere zu ersetzen, die für den Vertragspartner günstiger sind, und auf diese Weise jeden Themenkomplex, soweit dies zusätzlich zu den gesetzlichen Vorschriften überhaupt notwendig ist, mit Regelungen zu versehen, die nach den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB n.F. „unverdächtig“ sind. Dies wiederum würde bedeuten, dass die VOB/B nicht mehr in den Vertrag „insgesamt einbezogen“ wäre, sondern in weiten Teilen durch andere Regelungen ersetzt und damit im Grunde – jedenfalls vorübergehend - überflüssig geworden wäre.

Zwar sind es Rechtsanwälte gewohnt, mit Rechtsunsicherheit zu leben und gleichwohl unter Beachtung des Prinzips des sichersten Weges für ihre Mandanten brauchbare Lösungen anzustreben, die allen Eventualitäten nach Möglichkeit gerecht werden. Die Fragen und Risiken allerdings, die der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform im Zusammenhang mit der Privilegierung der VOB/B durch die Gestaltung der §§ 307 ff. BGB n.F. verursacht hat, sind – auch und gerade unter wirtschaftlichem Aspekt – so gewichtig, dass die oben bereits als notwendig reklamierte Nachbesserung des Gesetzes keinen Aufschub duldet<sup>63</sup>.

Demgegenüber erscheint es jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt (noch) nicht erforderlich, die VOB/B insgesamt so zu überarbeiten und zu ändern, dass jede einzelne Regelung auch bei isolierter Inhaltskontrolle den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB n.F.

63 Für eine Nachbesserung des Gesetzgebers, allerdings im Sinne einer vollständigen Abschaffung der Privilegierung der VOB/B, spricht sich Tempel, NZBau 2002, 532, 539 aus.

entspricht<sup>64</sup>. Abgesehen davon, dass wohl in absehbarer Zeit feststehen wird, ob mit einer baldigen Nachbesserung durch den Gesetzgeber zu rechnen ist, kann man es - wie das Ergebnis dieser Abhandlung auf der Grundlage der jetzigen Gesetzesfassung zeigt - durchaus auf eine Entscheidung des BGH ankommen lassen. Für die Zeit bis zu einer solchen Entscheidung müsste allerdings bei der Gestaltung von Bauverträgen - wie oben bereits angedeutet - Vorsorge getroffen werden, damit wesentliche Regelungen nicht für den Fall einer Einschränkung oder Verwerfung der Privilegierung der VOB/B insgesamt betroffen sind. Dies käme allerdings einem vorübergehenden Teilverzicht auf die Vereinbarung der VOB/B „als Ganzes“ bis zu einer abschließenden Klärung gleich.

64 Dafür Peters, NZBau 2002, 113, 115; Schwenker/Heinze, BauR 2002, 1143, 1160; Dies hält auch Vygen, BauR 2002 Heft 11a, S. 19 für die Konsequenz schon vor einer Entscheidung des BGH, falls der Gesetzgeber keine Nachbesserung im Sinne einer Klarstellung vornehmen sollte.