

## Totgesagte leben länger – zur VOB/B nach Einführung des neuen Baurechts

Niklas Langguth, Rechtsanwalt und Mitgründer der Kanzlei Langguth & Burbulla  
Rechtsanwälte PartG mbB

**Wenn Gesetze sich ändern, sind Berater nicht weit, die gleich das ganze Fachgebiet neu erfinden wollen.**

Viele Juristen haben das neue Baurecht des BGB zum Anlass genommen, die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) grundlegend infrage zu stellen. Teilweise werden nur einzelne Klauseln, teilweise sogar die VOB/B insgesamt für AGB-rechtswidrig gehalten (und wären damit im Verhältnis zum Verwender unwirksam), weil ein Widerspruch zum gesetzlichen Leitbild des neuen Baurechts bestünde. Statt der bis vor kurzem üblichen modifizierten VOB/B, werden zunehmend modifizierte BGB-Werkverträge empfohlen. Dieser Abgesang auf die VOB/B scheint verfrüht, wenn man die Alternativen in den Blick nimmt und die Vor- und Nachteile gegeneinander abwägt.

**Zwei Alternativen zur modifizierten VOB/B stehen im Raum.**

Der Bund hat sich entschieden, künftig nur noch auf Basis der VOB/B im Ganzen auszusprechen (frei jeglicher Modifikation). Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass die Einzelklauseln aufgrund gesetzlicher Privilegierung nicht mehr der AGB-Kontrolle unterliegen (vgl. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB). Das mag zwar für den Bund funktionieren. Im kaufmännischen Rechtsverkehr ist eine solche Gestaltung aber in der Regel zu unflexibel; denn schon kleinste Änderungen, die sich bei Bauverträgen nur schwer vermeiden lassen, führen zu einer modifizierten VOB/B und damit zu einem Verlust der gesetzlichen Privilegierung. Zudem wird die VOB/B von vereinzelt Autoren auch im Ganzen infrage gestellt, so dass auch diese radikale Lösung keine letzte Sicherheit bietet.

Für den Rechtsverkehr jenseits öffentlicher Aufträge wird daher vielfach vorgeschlagen, modifizierte BGB-Werkverträge nach neuem Recht zu vereinbaren. Das ist zwar grundsätzlich machbar, aber auch dieser Weg ist mit rechtlichen und operativen Risiken verbunden.

Zum einen ist bei solchen modifizierten BGB-Klauseln (die ihrerseits in der Regel auch als AGB zu qualifizieren sind) ebenfalls nicht gesichert, dass sie später vor Gericht halten. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird zu den wenigen Paragraphen des neuen Baurechts nahezu alles vertreten, was sich argumentieren lässt. Eine gefestigte Rechtsprechung gibt es zu den allermeisten Fragen noch nicht und es wird noch viele Jahre dauern, bis sich eine halbwegs verlässliche Rechtsprechung dazu entwickelt hat. Ein modifizierter BGB-Werkvertrag birgt deshalb nur scheinbar einen Sicherheitsvorteil gegenüber einem modifizierten VOB/B-Vertrag. Hinzu kommt, dass man zur VOB/B auf eine zwar im Kontext des alten Rechts ergangene, aber immerhin über Jahrzehnte hinweg entwickelte Rechtsprechung zurückgreifen kann.

Zum anderen sollten juristische Berater nicht aus den Augen verlieren, wie tief die VOB/B in der Baubranche verwurzelt ist. Die Praktiker vor Ort, die Nachträge schreiben, Fristen setzen und Mängel rügen, kennen die VOB/B und werden sie voraussichtlich noch lange anwenden, erfahrungsgemäß unabhängig davon, ob die VOB/B vertraglich vereinbart worden ist oder nicht. Ein in der Branche über Jahrzehnte erlerntes und allseits angewandtes Wissen wird man nicht mit ein paar Mitarbeiterschulungen aus den Köpfen bekommen. Die VOB/B bietet damit den Vorteil, dass sie auf der Baustelle oft bis hinunter zum Polier angewandt und gelebt wird und dort auf praktische Erfahrung und Akzeptanz trifft. Das ist aus Sicht der Praxis nicht selten sogar wichtiger als die Frage, ob die Klausel letzten Endes hält. Letzteres entscheidet sich nämlich oftmals erst nach fünf Jahren Prozess vor dem Oberlandesgericht, wenn das Bauwerk längst eröffnet ist. Zudem nützt auch die schönste BGB-Werkvertragsklausel im Prozess nichts, wenn sie auf der Baustelle nicht oder – oft noch schlimmer – falsch angewendet wird.

Bei Lichte besehen und im Vergleich mit den zur Verfügung stehenden Alternativen spricht deshalb nach wie vor viel für den modifizierten VOB/B-Vertrag.

Dass der Bundesgerichtshof die VOB/B in Bausch und Bogen „kippen“ wird, ist derzeit nicht abzusehen. Im Gegenteil: Bislang scheint der BGH seine Rechtsprechung zur VOB/B so umzustellen, dass die VOB/B nicht mit dem Leitbild des neuen Bauwerkvertragsrechts des BGB kollidiert. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die vielbeachtete und teilweise auch kritisierte Entscheidung aus dem Sommer 2019, in welcher der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Preisbildung von Nachträgen nach der VOB/B mit einem Paukenschlag umgestellt hat: In Abkehr von der bisherigen, über Jahrzehnte gefestigten Rechtsprechung regelt die VOB/B nach neuester Rechtsprechung die Bepreisung von Nachträgen nicht, diese gebe nur vor, dass die Urkalkulation bei der Preisbildung zu berücksichtigen sei (Urteil vom 08.08.2019 – [VII ZR 34/18](#)). Damit hat der Bundesgerichtshof einen der Hauptansatzpunkte der VOB/B-kritischen Stimmen ausgehebelt. Die Entscheidung lässt erahnen, dass der BGH dazu neigt, die VOB/B auch nach Einführung des neuen Baurechts nicht insgesamt infrage zu stellen, sondern allenfalls punktuelle Korrekturen vorzunehmen.

Bedeutet das also, alles bleibt beim Alten? Nicht ganz! An einigen wenigen Stellen hat sich das gesetzliche Leitbild tatsächlich so stark verändert, dass man über eine vertragliche Modifikation einzelner VOB/B-Klauseln nachdenken sollte, um das Risiko der Unwirksamkeit zu umgehen. Auch enthält das neue Baurecht einige Regelungen, die neben der VOB/B anwendbar sind und die überdacht sein wollen, wenn man unter dem Regime des neuen Baurechts einen modifizierten VOB/B-Vertrag schließt. Zum Beispiel fehlt dem nachträglichen Leistungsabruf des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B die Beschränkung auf zumutbare Leistungen im Sinne des § 650 b Abs. 1 Satz 2 BGB. Oder man kann § 12 Abs. 3 VOB/B sicherer gestalten, indem man dem Transparenzgebot Rechnung trägt und das Recht auf Bauzustandsfeststellung gemäß § 650 g Abs. 1 BGB einbezieht. Es gilt also das neue Baurecht zu berücksichtigen, indem man die VOB/B über eine vertragliche Modifikation behutsam nachschärft und die Entwicklung der Anwendungspraxis auf den Baustellen im Auge behält.

Die VOB/B beim jetzigen Stand der Diskussion in Bausch und Bogen abschaffen zu wollen, hieße, die rechtlichen Unsicherheiten der Neuregelung im BGB mit den Unsicherheiten der Neuerung in der Anwendungspraxis zu kombinieren. Davon würden am Ende wohl nur Berater profitieren.

## Niklas Langguth

LANGGUTH & BURBULLA RECHTSANWÄLTE PartG mbB  
Steinstraße 11  
40212 Düsseldorf  
Telefon: +49 (0)211 828 559-0  
Telefax: +49 (0)211 828 559-20  
E-Mail: [Langguth@Langguth-Burbulla.de](mailto:Langguth@Langguth-Burbulla.de)  
[www.langguth-burbulla.de](http://www.langguth-burbulla.de)



Niklas Langguth ist Rechtsanwalt seit dem Jahr 2005. Im Jahr 2017 gründete er zusammen mit Herrn Dr. Rainer Burbulla die Kanzlei Langguth & Burbulla Rechtsanwälte PartG mbB in Düsseldorf. Die Boutique-Kanzlei ist spezialisiert auf das gewerbliche Immobilienrecht. Tätigkeitsschwerpunkt von Rechtsanwalt Langguth ist das private Baurecht.