

# 100 JAHRE VOB/B: BESTANDSAUFNAHME DIECKERT/BACH

## Warum die Untätigkeit des DVA die VOB/B zunehmend entwertet

### I. Nicht die VOB/B ist das Problem – sondern ihr Stillstand

Die VOB/B ist seit Jahrzehnten das prägende Regelwerk des deutschen Bauvertragsrechts. Ihr Anspruch ist hoch und im Grundsatz überzeugend: Sie soll als ausgewogener, von Auftraggeber- und Auftragnehmerseite gemeinsam getragener Musterbauvertrag die Bedürfnisse der Baupraxis besser abbilden als das geltende Zivilrecht, welches bis Anfang 2000 durch das allgemeine Werkvertragsrecht des BGB geprägt war und nur geringe bauspezifischen Regelungen enthielt. Noch heute wird sie auf amtlicher Seite in eben diesem Sinne beschrieben; das BMWSB bezeichnet die VOB/B weiterhin als „partnerschaftlich ausgerichteten Musterbauvertrag“, der vom paritätisch besetzten Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) erarbeitet und fortgeschrieben werde.

Sinn und Zweck eines solchen Musterbauvertrages war und ist es, für die öffentlichen Auftraggeber einfach zu verwendende und einheitliche Regelungen für Sachverhalte zu schaffen, die im Gesetz entweder nicht geregelt sind oder wo die gesetzlichen Regelungen von den Vertragsparteien als unpassend angesehen werden. Die VOB/B ist nicht deshalb in die Krise geraten, weil dieser Grundgedanke überholt wäre. Ihr Problem ist vielmehr, dass mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, das im Jahr 2000 verabschiedet wurde, dem Forderungssicherungsgesetz von 2009 und vor allem dem Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018 schrittweise spezielle Regelungen für Bauverträge in das BGB aufgenommen worden sind, wodurch sich der Regelungsbedarf für einen Muster-Bauvertrag geändert hat. Während das BGB-Bauvertragsrecht die Maßstäbe des privaten Baurechtes grundlegend verändert und die Rechtsprechung die VOB/B zunehmend – und vollkommen zurecht – an diesen Maßstäben misst, verharrt die VOB/B in der Fassung von 2016. Das beschädigt ihre praktische Autorität.

Vor diesem Hintergrund droht die VOB/B irrelevant zu werden, wenn der DVA seiner Reformverantwortung nicht endlich gerecht wird. Der eigentliche Adressat der Kritik ist somit weniger das Regelwerk selbst als das Gremium, das es pflegen, modernisieren und funktionsfähig halten soll – woran es seit Jahren fehlt.

### II. Untätigkeit des DVA trotz erkannten Anpassungsbedarfs

Dass Reformbedarf besteht, ist weder neu noch überraschend. Bereits Ende April 2017 bat der DVA-Vorstand seinen Hauptausschuss Allgemeines, die VOB/B vor dem Hintergrund des zum 1. Januar 2018 in Kraft tretenden gesetzlichen Bauvertragsrechts auf Aktualisierungsbedarf zu prüfen. Der Hauptausschuss beschloss sodann am 18. Januar 2018 mehrheitlich, die VOB/B zunächst unverändert zu belassen. Zur Begründung hieß es, die Praxis solle sich nicht gleichzeitig auf das neue BGB-Bauvertragsrecht und eine neue VOB/B einstellen müssen; außerdem müsse zunächst die Diskussion in Fachwelt und Rechtsprechung beobachtet werden.

Diese Entscheidung war im Januar 2018 durchaus vertretbar. Sie konnte als vorläufige Zurückhaltung verstanden werden, um ein noch junges gesetzliches Regelungssystem nicht vorschnell durch eine gleichzeitige Überarbeitung der VOB/B zu überlagern. Aus einer Übergangsentcheidung ist jedoch inzwischen ein Dauerzustand geworden. Was 2018 als vorsichtiges Abwarten begründet werden konnte, wirkt 2026 wie ein Eingeständnis struktureller Reformunfähigkeit. Denn die angekündigte Beobachtung von Literatur und Rechtsprechung hat bis heute nicht zu einer tragfähigen Neufassung der VOB/B geführt.

Dabei kann dem DVA nicht vorgeworfen werden, er habe gar nichts unternommen. Ende 2020 legte das damalige BMI als Vorsitz und Geschäftsstelle des DVA dem zuständigen Ausschuss den Entwurf einer überarbeiteten VOB/B vor. Die amtliche Darstellung ist bemerkenswert deutlich. Der Entwurf sollte gerade sicherstellen, dass das Anordnungsrecht sowie die daran anknüpfende Vergütungs- und Abschlagsberechnung auch außerhalb der Privilegierung des § 310 BGB einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten können. Als Leitplanken wurden ausdrücklich ein AGB-festes Anordnungsrecht, praxisgerechte Nachtrags- und Abschlagsregeln sowie eine Vergütung nach tatsächlich erforderlichen Kosten mit Vermutungsregeln benannt. Problematisch war aus unserer Sicht, dass das BMI sich nur auf die Nachtragsvorschriften konzentrierte, und andere regelungsbedürftige Themen (Teilkündigung, Regelverjährung der Mängelansprüche, Schlusszahlungsfälle usw.) ausblendete. Außerdem war vorgesehen, dass die 80 %-ige Abschlagsforderung für Nachträge nur gegen Sicherheit zu leisten ist. Unter anderem deshalb war der Vorschlag des BMI für die Auftragnehmerseite nicht akzeptabel.

Auf Seiten der Auftragnehmer blieb es nicht bei bloßer Kritik. Neun Verbände der Auftragnehmerseite legten einen Gegenvorschlag vor, der die VOB/B an das seit 2018 geltende Bauvertragsrecht und die neuere Rechtsprechung anpassen, zugleich aber ihre praktischen Stärken erhalten sollte. Schon diese Gegenüberstellung von ministeriellem Entwurf und Verbände-Gegenentwurf zeigt, dass der Reformbedarf im DVA keineswegs verkannt wurde. Das Scheitern liegt nicht in fehlender Problemerkennung, sondern in fehlender Einigungsfähigkeit. So war etwa im Gegenvorschlag der Auftragnehmerseite vorgesehen, dass die 30-Tage-Frist aus § 650b BGB, die Regelung zur fiktiven Abnahme in § 12 Abs. 5 und die 4 Jahre Regelverjährung für Mängelansprüche beibehalten werden sollten.

Wenn man einvernehmlich einen neuen Muster-Bauvertrag schaffen will, braucht es Verständnis für die Gegenseite. Wenn beide Seiten nicht bereit sind, auch die Probleme der jeweils anderen Vertragspartei angemessen zu berücksichtigen, dann gibt es keine Einigung.

### III. Die Rechtsprechung entwickelt das Bauvertragsrecht fort – am DVA vorbei

Die Untätigkeit des DVA wäre weniger gravierend, wenn die VOB/B dogmatisch weiterhin als geschlossenes, ausgewogenes System funktionieren würde. Genau dies ist jedoch nicht mehr der Fall. Vielmehr wird die VOB/B seit Inkrafttreten der §§ 650a ff. BGB zunehmend vom gesetzlichen Bauvertragsrecht, vom AGB-Recht und von der

Rechtsprechung überlagert.

Besonders deutlich zeigt sich dies im Nachtragsrecht. Jahrzehntlang war die Praxis von der Vorstellung geprägt, die Preise für geänderte oder zusätzliche Leistungen seien im Grundsatz anhand der ursprünglichen Preisermittlungsgrundlagen fortzuschreiben; zugespitzt formuliert: schlechter Preis bleibt schlechter Preis, guter Preis bleibt guter Preis. Spätestens seit der Entscheidung des BGH vom 8. August 2019 zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B (VII ZR 34/18) trägt diese Formel nicht mehr. Die Rechtsprechung hat sich von einer schematischen Bindung an die Urkalkulation gelöst und die Vergütung stärker an den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ausgerichtet. In der Literatur und weiteren obergerichtlichen Entscheidungen wird daraus mit guten Gründen gefolgert, dass die herkömmliche Auslegung der Nachtragsvorschriften der VOB/B am gesetzlichen Leitbild des § 650c BGB nicht mehr vorbeikommt.

Diese Entwicklung ist keine bloße akademische Feinjustierung. Sie berührt das Selbstverständnis der VOB/B in ihrem Zentrum. Wenn ihre Nachtragsregeln entweder im Lichte des § 650c BGB neu gelesen werden müssen oder bei herkömmlichem Verständnis AGB-rechtlich ins Wanken geraten, dann ist die VOB/B nicht mehr das eigenständige Ordnungsmodell, als das sie lange behandelt wurde. Sie wird dann entweder BGB-konform umgedeutet oder im Streitfall durch das gesetzliche Leitbild korrigiert. Beides untergräbt ihre Eigenständigkeit.

Dasselbe Bild zeigt sich bei der mängelbedingten Kündigung. Wenn die VOB/B nicht privilegiert als Ganzes vereinbart ist, hält die aus § 4 Abs. 7 und § 8 Abs. 3 VOB/B hergeleitete Kündigungsmöglichkeit vor Abnahme nach der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht mehr stand (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2023 – VII ZR 34/20). Auch insoweit setzt sich der gesetzliche Maßstab des wichtigen Grundes gegen die ältere VOB/B-Mechanik durch. Nicht der DVA hat die Klausel an das neue Leitbild angepasst; vielmehr wird sie von der Rechtsprechung auf den Boden des BGB zurückgeführt.

#### **IV. Die VOB/B lebt mehr vom Ruf als von ihrer Gegenwartstauglichkeit**

Das vielleicht gravierendste Problem der gegenwärtigen Lage ist der Vertrauenseffekt. Die VOB/B wird in Ausbildung, Vertragsmustern und Baupraxis nach wie vor als bewährtes Standardwerk behandelt. Das ist historisch verständlich. Es wird aber rechtlich immer riskanter. Denn die Verkehrserwartung, mit der Vereinbarung der VOB/B eine stabile, ausgewogene und verlässliche Vertragsgrundlage zu schaffen, trifft immer weniger auf die tatsächliche Rechtslage. Gerade in den in der Praxis häufigen Fällen, in denen die VOB/B nicht unverändert als Ganzes vereinbart wird, entfällt das Privileg ihrer pauschalen Ausgewogenheitsvermutung; dann werden Einzelklauseln am BGB und am AGB-Recht gemessen. Selbst offensichtlich unpraktikable Regelungen wie z.B. das Erfordernis, dass eine Teilkündigung nur für in sich abgeschlossene Teile der Leistungen zulässig ist, was ohne vertragliche Regelung dazu führt, dass Ersatzmaßnahmen wegen einzelner Mängel vor Abnahme nicht möglich sind, werden nicht an die gesetzlichen Regelungen angepasst.

In dieser Lage droht die VOB/B zu einem Regelwerk zu werden, dessen symbolische Autorität größer ist als seine rechtliche Belastbarkeit. Das ist keine vollständige Entwertung; die VOB/B bleibt weiterhin praktisch bedeutsam, sie verliert aber ihren Charakter als selbstverständlich verlässliches Ordnungsmodell. Ein Standardregelwerk, das nur noch unter fortlaufender richterlicher Korrektur, BGB-konformer Auslegung und AGB-rechtlicher Relativierung funktioniert, kann auf Dauer weder denselben Vertrauensvorsprung beanspruchen wie früher, noch dieselbe Rechtssicherheit gewähren.

Gerade darin liegt die Verantwortung des DVA. Nicht die Gerichte haben die VOB/B „beschädigt“. Sie tun nur das, was ihnen aufgegeben ist: Sie messen Vertragsklauseln am geltenden Gesetzesrecht. Wenn dabei sichtbar wird, dass zentrale Bestimmungen der VOB/B nicht mehr bruchlos zum Bauvertragsrecht des BGB passen, dann liegt es am DVA, das Regelwerk anzupassen. Unterbleibt dies über Jahre hinweg, wird nicht nur die VOB/B entwertet; es wird auch das Vertrauen der Baupraxis in die Verlässlichkeit kollektiv entwickelter Vertragsstandards beschädigt.

#### **V. Reformvorschläge**

Der Überarbeitungsbedarf einiger VOB/B-Regelungen liegt auf der Hand. Um dem Anspruch gerecht zu werden, ein ausgewogenes Regelwerk zu schaffen, muss es Verbesserungen sowohl zugunsten der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer geben, und zwar in den Bereichen, wo die bisherigen Regelungen unbefriedigend oder lückenhaft sind. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit, sollen nachfolgend einige Themen benannt werden, bei denen wir Regelungsbedarf sehen.

**Anordnungsrecht § 1:** Es bedarf einer Regelung für ein sofortiges Anordnungsrecht des Auftraggebers in bestimmten Fällen, da die generelle 30-Tage-Frist im BGB nicht sinnvoll ist. Dabei wären die Auswirkungen eines sofortigen Anordnungsrechtes auf die „80-Prozent-Regel“ und Möglichkeit der Einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB zu bedenken. Abgesehen davon gibt es keinen erkennbaren Bedarf nach einer vom Gesetz abweichenden Regelung, vielleicht abgesehen davon, dass die Vermutung der Richtigkeit der hinterlegten Kalkulation nach § 650c Abs.2 BGB auch vom Auftraggeber geltend gemacht werden kann.

Die Modifizierung der 30-Tage-Frist und der Wegfall der Beschränkungen in § 1 Abs. 4 VOB/B auf erforderliche Zusatzleistungen wären für die Auftraggeberseite positiv. Die Auftragnehmerseite würde von einer Klarstellung profitieren, dass 80 % der Nachtragsvergütung auch dann vorläufig geltend gemacht werden können, wenn der Auftraggeber ohne ein Nachtragsangebot des Auftragnehmers abzuwarten eine sofortige Leistungsänderung angeordnet hat.

**Nachtragsangebote § 2 Abs. 5 und 6:** Statt der bisherigen Regelungen könnten folgende Eckpunkte für den notwendigen Inhalt von Nachtragsangeboten aufgenommen werden: *Die Erstellung des Nachtrags-LV ist Sache des Auftragnehmers. Das Nachtragsangebot soll auf der Basis von Einheitspreisen und voraussichtlich auszuführenden Mengen aufgestellt werden. Auf Verlangen des Auftraggebers sind die verlangten Einheitspreise näher zu erläutern.* Bei Leistungsänderungen ist ausgehend von den vereinbarten Preisen der bisherigen Leistung (Bezugspositionen) der tatsächliche Mehr- oder Minderaufwand der geänderten Leistung zu erläutern. In diesem Zusammenhang sollte klargestellt werden, dass die Anforderungen an den Inhalt des Nachtragsangebotes dazu dienen, besser über dessen Höhe verhandeln zu können, und keine Fälligkeitsvoraussetzungen für die Zahlung der Nachtragsvergütung nach Ausführung der Nachtragsleistungen sind. Gegebenenfalls Verpflichtung des Auftragnehmers, innerhalb einer Frist mitzuteilen, ob für die Erstellung des Nachtragsangebotes eine geänderte Planung erforderlich ist.

**Planungsverantwortung nach § 3 Abs. 1:** Hierbei handelt es sich um eine Vertragspflicht des Auftraggebers. Formulierungsvorschlag: *Erkennt der Auftragnehmer nach Vertragsabschluss, dass die gemäß Nr. 1 zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht ausreichend sind, hat er dies dem Auftraggeber rechtzeitig mitzuteilen. Geschieht dies nicht, hat der Auftragnehmer keinen Anspruch auf Bauzeitverlängerung und Entschädigung aufgrund fehlender oder unzutreffender Unterlagen. Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer die Unvollständigkeit bei Prüfung der Unterlagen*

*hätte erkennen müssen.* Es erscheint jedenfalls sinnvoll, eine ausgewogene Regelung zum Thema Planungsverantwortung zu schaffen, die einerseits die Planungsverantwortung als Vertragspflicht des Auftraggebers definiert, und gleichzeitig strenge Forderungen an den Auftragnehmer hinsichtlich der rechtzeitigen Prüfung der Planung stellt.

**Modifizierung von § 4 Abs. 7 VOB/B:** *Der Auftraggeber kann Mangelbeseitigung vor dem vereinbarten Fertigstellungstermin verlangen, wenn durch die vorhandenen Mängel die Weiterarbeit anderer Gewerke behindert wird oder aus anderen wichtigen Gründen das Interesse des Auftraggebers an einer sofortigen Mangelbeseitigung gegenüber dem Interesse des Auftragnehmers, den Zeitpunkt der Mangelbeseitigung selbst zu bestimmen, überwiegt. Hat der Auftraggeber berechtigterweise die Mangelbeseitigung vergeblich gefordert, kann er die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beheben lassen. Einer Teilkündigung des Vertrages bedarf es hierzu nicht.*

**Einfügung in § 6 Abs. 3:** Zur Ausführung von Teilleistungen mit mehrfacher Unterbrechung der Arbeiten ist der Auftragnehmer dann verpflichtet, wenn der Auftraggeber die Tragung der nachweislich entstehenden Mehrkosten für die unwirtschaftliche Auftragsdurchführung zusagt.

**Ergänzung in § 7: Kommt der Auftraggeber seiner Pflicht zur Koordinierung des Zusammenwirkens der verschiedenen Unternehmer nach § 4 Abs. 1 nicht nach, und kommt es dadurch zu Beschädigungen an bereits ganz oder teilweise ausgeführten Leistungen des Auftragnehmers, hat der Auftraggeber die tatsächlich erforderlichen Kosten der Schadensbehebung zu übernehmen, wenn er eine solche verlangt. Hat der Auftragnehmer die Beschädigungen mit zu vertreten, sind die Kosten anteilig nach dem Verschulden zu verteilen.**

**§§ 8 und 9 könnten entfallen:** Damit entfällt gleichzeitig auch das Problem der Teilkündigung für in sich abgeschlossene Teile der Leistung. Ggf. Regelung zur detaillierten Darlegungspflicht des Auftragnehmers bzgl. des Entschädigungsanspruches nach etwaiger freier Kündigung des Auftraggebers. Hier ist die Rechtsprechung für Auftraggeber sehr unbefriedigend.

**§ 12 Deutliche Kürzung der Regelung:** Frist für Aufforderung zur Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB 12 Werktage. Ergänzungsbedarf zum Gesetz besteht nur hinsichtlich stillschweigender Abnahme bei eigentlich vereinbarter förmlicher Abnahme: Ist eine förmliche Abnahme vereinbart, aber nicht durchgeführt worden, gilt die Leistung als abgenommen innerhalb von 3 Monaten nach Bezahlung der Schlussrechnung des Auftragnehmers.

**§ 13 Übernahme der gesetzlichen Verjährungsfrist als Regelfrist:** Klarstellung in § 13 Abs. 4 Nr. 2, dass der Auftraggeber die Wartung auch an eine andere Fachfirma beauftragen kann, ohne dass die Verkürzung auf 2 Jahre eintritt. Klarstellung, dass die Beauftragung der Wartung erst zum des ersten planmäßigen Wartungszeitpunkt erfolgen muss.

**§ 14 Kumulative Abrechnung explizit aufnehmen** sowie Vorgabe, dass die geleisteten Zahlungen einschließlich berechtigter Skonti übersichtlich ausgewiesen werden müssen.

**§ 16 Entweder komplette Streichung der Schlusszahlungsregelung** in § 16 Abs. 3, oder eine ausreichend lang bemessene Ausschlussfrist: *Ist der Auftragnehmer mit Massenkürzungen, Preiskürzungen oder in Abzug gebrachten Gegenforderungen des Auftraggebers nicht einverstanden, hat er seine Ansprüche innerhalb von einem Jahr nach Zugang der Schlussrechnungsprüfung gerichtlich geltend zu machen (Ausschlussfrist). Der Ausschluss weitergehender Ansprüche tritt nur ein, wenn der Auftraggeber bei Übersendung der Schlussrechnungsprüfung hierauf hingewiesen hat.*

**§ 17 Klarstellung:** *Die Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche aufgrund von Unterbrechungs- oder Hemmungstatbeständen hat keinen Einfluss auf die Verpflichtung zur Rückgabe der Gewährleistungssicherheit.* Klarstellung, dass bei unterschiedlich langen Verjährungsfristen für Teile der Leistung eine Gewährleistungssicherheit anteilig nach dem Wert der Teilleistungen zu reduzieren ist.

**Textform:** Abgesehen von der Kündigung des Bauvertrages sollte für alle Erklärungen der Parteien die Textform als erforderlich aber auch ausreichend vorgesehen werden.

Wie hoffentlich erkennbar ist, machen wir hier Vorschläge, die sowohl Probleme der Auftraggeber adressieren, als auch solche der Auftragnehmer. Beide Seiten müssen erkennen, dass ohne Zugeständnisse keine sinnvolle Weiterentwicklung möglich ist. Die Auftragnehmerseite sollte dabei bedenken, dass die Vorstellung von einem völlig ausgewogenen Bauvertrag derzeit unrealistisch ist. Das ist die geltende VOB/B auch nicht.

## **VI. Nicht Abschied aus Undankbarkeit, sondern aus Verantwortung**

Die VOB/B ist ein Stück Rechtskultur der Baupraxis. Ihr hundertster Geburtstag wäre deshalb eigentlich ein Anlass zur Würdigung. Ein solches Jubiläum verliert aber seinen Glanz, wenn das Regelwerk im entscheidenden Augenblick nicht modernisiert wird. Nicht ihre Geschichte, sondern ihre Gegenwart ist das Problem. Und dieses Gegenwartsproblem ist wesentlich hausgemacht. Es beruht nicht auf einem Bedeutungsverlust des Bauvertragsrechts, sondern auf dem jahrelangen Versäumnis, die VOB/B an das neue gesetzliche Leitbild anzupassen. Dinge die im Bauvertragsrecht ausreichend und zufriedenstellend geregelt sind, müssen in der VOB/B nicht wiederholt werden. Nur solche Sachverhalte bei denen das nicht der Fall ist, sollten ausgewogen geregelt werden, wobei der Auftragnehmerseite klar sein muss, dass auch eine reformierte VOB kein völlig ausgewogenes Regelwerk sein wird, was auch aktuell nicht der Fall ist.

Wer die VOB/B erhalten will, muss den DVA kritisieren. Wer den DVA schont, gefährdet die VOB/B. Genau darin liegt die Pointe des hiesigen Befunds: Nicht die „gute alte“ VOB/B ist der Stein des Anstoßes, sondern ein Gremium, das den Anpassungsbedarf kennt, Reformversuche unternommen hat und dennoch seit Jahren kein tragfähiges Ergebnis hervorbringt, weil es sich aufgrund seiner paritätischen Besetzung selbst blockiert. Den größten Nachteil hieraus haben die öffentlichen Auftraggeber, die verpflichtet sind, die rechtsunsichere VOB/B ihren Ausschreibungen zugrunde zu legen.

Die entscheidende Frage lautet daher nicht mehr, ob die VOB/B eine große Vergangenheit hatte. Das hatte sie. Die Frage lautet vielmehr, ob sie noch eine Zukunft hat. Wenn der DVA nicht endlich handlungsfähig wird und die überfällige Reform entschlossen vorantreibt, könnte die Antwort lauten: Nein. Dann wäre der hundertste Geburtstag der VOB/B tatsächlich weniger ein Grund zum Feiern als ein Anlass, sie mit Respekt in den verdienten Ruhestand zu verabschieden.

(Die Autoren sind Rechtsanwälte der bundesweit tätigen Kanzlei DIECKERT Recht und Steuern, die auf das Bau- und Vergaberecht spezialisiert ist. Die Anwälte der Kanzlei sind Autoren bzw. Kommentatoren diverser Handbücher und Kommentare, die sich mit dem Bau- und Vergaberecht befassen. Hervorzuheben wäre u.a. das im Reguvis Verlag erschienene Werk „VOB für Bauleiter“, 7. Auflage 2021, Kimmich/Bach, welches mangels Reform der VOB/B derzeit auf der Stelle tritt)