



Neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (Teil 1):

Die VOB/B 2002

Die aktuellen Änderungen der VOB/B bringen für die Geschäftspraxis den Handwerksbetrieben der Glas-, Fenster- und Fassadenbranche neue Möglichkeiten und Risiken mit sich. Die wichtigsten Neuerungen hat die „glaswelt“ für Ihre Leser in dieser und der nächsten Ausgabe zusammengefaßt.

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuß (DVA) befaßt sich regelmäßig mit dem Klauselwerk der VOB/B, um veränderten technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Die neuesten Änderungen wurden Ende Oktober 2002 im Bundesanzeiger veröffentlicht und ist damit gültig. Sie erfolgten vor dem Hintergrund der Schuldrechtsnovelle des BGB vom 1. 1. 2002 sowie der Entwicklung der Rechtsprechung (siehe „glaswelt“ 8/2002, Seite 52 und 9/2002, Seite 68).

In der Praxis der Glas-, Fenster- und Fassadenbetriebe wird die VOB/B als Vertragsgrundlage nach wie vor ihren festen Platz haben. Es ist allerdings nicht übersehbar, daß die VOB immer wieder Angriffen ausgesetzt ist. Teils richten sich diese Angriffe gegen einzelne Regelungen der VOB, teils gegen die VOB als Ganzes. Erfreulicherweise hat der Ausschuß formuliert: „... die VOB/B werde privilegiertes Regelwerk bleiben“. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie sich die höchstrichterliche Rechtsprechung dazu stellen wird.

Ob die obersten Richter die nunmehr geänderte VOB-Fassung als rechtskonform betrachten, wird sich letztlich erst herausstellen, wenn der BGH über einen Rechtsstreit abschließend entschieden hat. In anbetracht der Prozeßdauer vor deutschen Gerichten wird das wohl nicht vor 3–4 Jahren sein. Solange trägt der auf die Wirksamkeit der VOB/B vertrauende Verwender das Risiko. Die VOB/B 2002 erfährt

eine Reihe von Änderungen mit unterschiedlicher Bedeutung für die Praxis. Bewährtes wird jedoch auch beibehalten. Insofern bietet die Novellierung der VOB/B Anlaß, sich nicht nur mit dem zu beschäftigen, was geändert wird, sondern auch mit dem, was bleibt.

Vorteile eines VOB/B-Vertrages

Nachdem im Vorfeld der Verabschiedung der neuen VOB/B 2002 die nicht unerhebliche Heraufsetzung der Verjährungsfrist für Mangelansprüche (Gewährleistung) auf 4

Jahre bekannt wurde, haben viele Praktiker verlauten lassen, daß damit nunmehr die Vorteile eines VOB/B-Vertrages aufgehoben seien. Insgesamt betrachtet, kann man dieser Argumentation allerdings nicht folgen. Der Unternehmer befindet sich in baurechtlichen



Vertragsangelegenheiten zumeist in der Auftragnehmerposition. Obgleich mit der Schuldrechtsmodernisierung des BGB¹ die Position des Auftragnehmers im Baurecht gestärkt wurde, enthält die VOB/B nach wie vor eine Reihe von für den Auftragnehmer günstigen Bestimmungen. Als Ganzes vereinbart, bietet das Klauselwerk somit die Möglichkeit, Regelungen, die das Werkvertragsrecht des BGB nicht oder nur schlechter kennt, rechtswirksam in den Vertrag mit einzubeziehen. Hier einige Vorteile:

- eine immer noch kürzere Frist für die Verjährung von Mangelansprüchen (§ 13 Nr. 4)

- im Unterschied zum BGB kennt die VOB/B kein für den Auftragnehmer äußerst ungünstiges Rücktritts- bzw. Wandlungsrecht des Auftraggebers, das den Vertrag rückwirkend aufhebt, sondern nur ein Kündigungsrecht für die vom Auftragnehmer noch nicht erbrachten Lieferungen und Leistungen (§ 8 Nr. 3)
- ein verbrieftes Recht auf Teilabnahmen (§ 12 Nr. 2)
- Regelungen zur fiktiven Abnahme durch Inbetriebnahme oder Mitteilung über die Fertigstellung als Alternative zur förmlichen Abnahme (§ 12 Nr. 5)
- Eingeschränkte Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers in der VOB/B bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, (§ 13 Nr. 5–7), im BGB reicht insoweit jedes fahrlässige Verhalten des Auftragnehmers aus
- Recht auf Abschlagszahlungen (§ 16 Nr. 1).

Neben den Vorteilen – und deshalb wird die VOB/B 2002 vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuß auch als für beide Vertragspartner ausgewogen bezeichnet – gibt es im Unterschied zum Werkvertrag nach BGB auch einige Dinge, die für den Auftraggeber günstiger geregelt sind:

- es können Zusatzleistungen beauftragt werden, ohne daß ein neuer Vertrag abgeschlossen werden muß
- eine schriftliche Mangelanzeige unterbricht die Verjährung
- für die Fälligkeit der Schlußrechnung ist die Prüfbarkeit Voraussetzung
- die Prüffrist für die Schlußrechnung beträgt bis zu 2 Monate.

In der Gesamtheit betrachtet dürften dem Unternehmer aus der wirksamen Vereinbarung der VOB/B eher Vorteile erwachsen, so daß es sich nach wie vor lohnt, die VOB/B wirksam in den Vertrag einzubeziehen.

Wirksamkeit eines VOB/B-Werkvertrages

Obwohl es wie eine nicht erwähnenswerte Selbstverständlichkeit klingt: Vertragsklarheit kann nur erreicht werden, wenn man den richtigen Vertragspartner anspricht. Das ist im Zweifelsfall nicht der mit Bauüberwachungspflichten beauftragte Architekt, sondern der oder die Auftraggeber. Bereits vor Vertragsabschluß muß für den Unternehmer eindeutig sein, mit wem er den Bauvertrag abschließen wird und wer in welchem Umfang auf der Seite des Vertragspartners vertretungs- bzw. weisungsbefugt ist. Spätestens bei der Durchsetzung von Werklohnforderungen rächt sich, wenn man nicht klar sagen kann, wer Vertragspartner ist. Bei Verträgen mit Eheleuten, sollte der Unternehmer von Anfang an darauf achten, daß eben beide Eheleute den Vertrag unterzeichnen und seine Schreiben an beide gerichtet werden. Bei zwischen geschalteten Baubetreuern oder Architekten muß die Vertretungsmacht vom Unternehmer erfragt und möglichst dokumentiert werden.

Wenn zum Vertragspartner Klarheit herrscht, geht es um den nicht weniger wichtigen Teil des Inhalts des Vertrages und welche Bestandteile oder Klauseln in die Vertragsbeziehung einbezogen werden sollen.

Die VOB/B sind ihrer Rechtsnatur nach Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Ein VOB/B-Vertrag liegt nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen vor, nämlich dann, wenn die Vertragspartner die Einbeziehung der VOB/B wirksam vereinbart haben. Das trifft erfahrungsgemäß leider seltener zu, als Unternehmer mitunter glauben. Der versteckte Hinweis auf einem Angebot, daß man die VOB/B einbeziehen wolle, genügt in der Regel nicht, zumindest nicht bei einem Vertrag gegenüber Verbrauchern. Einem in Bausachen unkundigen Vertragspartner muß Kenntnis über die VOB/B vermittelt werden, zweckmäßigerweise durch protokollierte Aushändigung der VOB/B. Desweiteren ist das ausdrückliche Einverständnis zur Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag nötig. Der Text hierzu könnte lauten:

Hiermit wird bestätigt, die VOB/B 2002 erhalten und zur Kenntnis genommen zu haben und mit ihrer Einbeziehung in den Bauvertrag vom ... einverstanden zu sein.

Bei gewerblichen oder öffentlichen Auftraggebern ist ein Hinweis auf die VOB/B ausreichend. Falls in den Angebotsunterlagen gewerblicher Auftraggeber auf die VOB/B nicht Bezug genommen wird, sollte der Unternehmer in seinem Angebot auf die VOB/B verweisen. Dies könnte wie folgt lauten:

Ausdrücklich unterbreiten wir nachfolgendes Angebot unter der Voraussetzung, daß die VOB/B in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Bundesanzeiger bekanntgemachten neuesten Fassung in den mit Ihnen abzuschließenden Vertrag einbezogen wird.

Die wirksame Einbeziehung dieses Klauselwerkes in einen Bauvertrag hängt häufig weiterhin davon ab, ob die VOB/B als Ganzes vereinbart wurde. Das Herausgreifen einzelner Klauseln nach „Rosinpickermanier“ führt keinesfalls zum wirksamen Abschluß eines VOB/B-Werkvertrages. Treten hier Zweifel auf, gilt grundsätzlich BGB-Werkvertragsrecht. Der Vertragspartner, der sich auf die Geltung der VOB/B beruft, ist für die Einbeziehung der VOB/B in den Werkvertrag beweispflichtig.

Da es inzwischen verschiedene Überarbeitungen der VOB/B gibt, vor der Fassung 2002 zuletzt aus den Jahren 1996 und 2000, kommt es auch darauf an, klar zu definieren, welche VOB/B man in den Vertrag einbeziehen will. Grundsätzlich ist es möglich auch ältere Fassungen zu vereinbaren, nur muß das dann ausdrücklich aus schriftlichen Vereinbarungen hervorgehen. Ist kein konkreter Bezug auf eine bestimmte VOB/B vorhanden, gilt jeweils die bei Vertragsabschluß geltende VOB/B. Hier wäre folgender Text möglich:

Es gilt die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Bundesanzeiger bekanntgemachte neueste Fassung der VOB/B.

Was für den sogenannten großen Werkvertrag (Errichtung eines Werkes) gilt, ist grundsätzlich auch bei kleinen Werkverträgen zu beachten, die z. B. zur Erledigung von Reparaturen abgeschlossen werden. Schwierig wird es mit der Einbeziehung der VOB/B in Reparatur-Werkverträge dann, wenn die Auftragserteilung – was gewöhnlich der Fall ist – mündlich bzw. telefonisch erfolgt. Praktisch wird es unmöglich sein, gegenüber einem Verbraucher bei einem mündlich erteilten Reparaturauftrag die wirksame Einbeziehung der VOB/B nachzuweisen. Wie soll man schließlich per

Telefon dem unkundigen Vertragspartner in zumutbarer Weise Kenntnis von der VOB verschaffen? Sofern es nicht gelingt, noch vor Ausführung der Arbeiten die VOB zu überreichen und – zweckmäßigerweise unterschriebenes – Einverständnis über die Einbeziehung der VOB/B zu erlangen, richtet sich der Inhalt des Vertrages ausschließlich nach BGB-Werkvertragsrecht. Daraus ergibt sich, daß der Unternehmer sorgfältig auf aufwendige Formdetails achten muß, wenn er bei Reparaturaufträgen die VOB/B als Vertragsgrundlage will. Gegenüber gewerblichen Auftraggebern, die regelmäßig Reparaturaufträge auslösen, sollte über Rahmenvereinbarungen geregelt werden, daß die AGB der Firma und die Geltung der jeweiligen VOB/B Grundlage für die dann zu erteilenden Einzelaufträge werden. Im Geschäftsverkehr sollte sich der Unternehmer an die Regel halten, mündlich erteilte Aufträge in jedem Fall mit Hinweis auf die Geltung der VOB/B kurz schriftlich zu bestätigen. Der Text könnte lauten:

Vielen Dank für Ihren Auftrag zur ..., den Sie am ... mündlich/telefonisch gegenüber unserem Herrn ... ausgelöst haben. Grundlage des Auftrags sind unsere AGB sowie die VOB/B neuester Fassung.

VOB-Neuregelungen zur Abnahmefiktion

Bekanntlich ist in § 12 Nr. 5 VOB/B die fiktive Abnahme geregelt, wonach eine Leistung mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Fertigstellungsmittelteilung oder mit Ablauf von 6 Werktagen nach Inbenutzungnahme als abgenommen angesehen wird. Diese Regelung bleibt. Allerdings wird in der neuen VOB/B klargestellt (Abs. 2), daß eine Abnahmefiktion durch Inbenutzungnahme nur dann eintreten soll, wenn keine förmliche Abnahme verlangt wird. In diesem Zusammenhang sollte sich der Werkunternehmer zu gegebener Zeit daran erinnern, ob bereits im Vertrag eine förmliche Abnahme vereinbart wurde. Wenn eine förmliche Abnahme vertraglich festgelegt ist, muß diese auch grundsätzlich durchgeführt werden. Übrigens können beide Vertragspartner, auch wenn keine förmliche Abnahme vertraglich vereinbart wurde, eine förmliche Abnahme verlangen.

Fiktive Abnahme

Die fiktive Abnahme, die immer dann in Frage kommt, wenn keine förmliche Abnahme vereinbart und verlangt wurde, ist

Buchtip: „Das neue Vergaberecht“

Das Werk bietet:

- Die wichtigsten Änderungen,
- Rechtssicher Musterschreiben, Anträge etc.,
- Checklisten und Adressen,
- Überblick über die Rechtsschutzmöglichkeiten.

„Das neue Vergaberecht“, 84,- EUR zzgl. Versandkosten, kann unter Art.-Nr. 1116/814 beim Forum Verlag, Tel. (0 82 33) 38 11 23 bestellt werden.

keine Abnahme 2. Klasse, sondern löst in vollem Umfang sämtliche Rechtswirkungen einer Abnahme aus. Die fiktive Abnahmeregelung hatte mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen zum 1. 5. 2000 auch ihren Einzug ins BGB gefunden. Der dort geänderte § 640 Abs. 1 BGB steht nun im Einklang mit der VOB-Regelung. Diese Bestimmung besagt, daß ein Werk als abgenommen gilt, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer von dem Unternehmer gesetzten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

Gewissermaßen durch die Hintertür hat sich mit dieser Regelung allerdings auch eine Gefahr für die Unternehmen eingeschlichen. Der Glaube an die Allmacht einer fiktiven Abnahme kann sich unter Umständen

als handfester und folgenschwerer Irrtum herausstellen. Eine Abnahmefiktion gemäß oben genannter Regelung tritt nämlich nur dann ein, wenn der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet war. Eine Pflicht zur Abnahme ergibt sich unter der Voraussetzung, daß das Werk vertragsgemäß hergestellt ist und keine wesentlichen Mängel bestehen. Es liegt allerdings in der Natur der überwiegenden Zahl der Bauwerksmängel, daß diese zum Zeitpunkt der Abnahme noch nicht erkennbar sind. Wenn ein solcher Mangel nunmehr nach vielen Monaten bzw. Jahren offensichtlich wird, hat das unter Umständen die Folge, daß der Auftraggeber zur Abnahme gar nicht verpflichtet war und demzufolge die Abnahmewirkungen nicht eintreten konnten. Das wiederum führt dazu, daß hier beispielsweise die Gewährleistungsfrist nicht zu laufen begann, die Fälligkeit der Vergütung und damit Verzüge verneint werden, ein Gefahrenübergang nicht stattgefunden hat und die Beweislast für die Erbringung der vertragsgerechten Leistung beim Unternehmer geblieben ist. Diese fatalen Folgen machen deutlich, daß sich der Unternehmer bei der

Frage der Abnahme seiner Leistung nicht ohne weiteres auf die Wirkung einer fiktiven Abnahme (des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB) verlassen sollte.

Fazit: Mit dem Verlangen nach einer förmlichen Abnahme, welches bekanntlich beiden Vertragsparteien zu jeder Zeit offen steht, wird eine größere Rechtssicherheit erreicht. Im zweiten Teil des Artikels wird in der nächsten Ausgabe der „glaswelt“ u. a. die Neuregelung der Gewährleistung und ihre Konsequenzen für die Unternehmen behandelt. ■

Der Autor:

Dr. jur. Michael Dimanski ist Gesellschafter der überörtlichen Rechtsanwaltssozietät Dr. Dimanski & Partner, Tel. (03 91) 6 26 96 57, E-Mail: RA.Dimanski@t-online.de

