

Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar VOB Teil C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)

von
Prof. Dr. Klaus Englert, Prof. Dr.-Ing. Rolf Katzenbach, Prof. Dr. Gerd Motzke

3. Auflage

Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar VOB Teil C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) – Englert / Katzenbach / Motzke

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61343 2

Die DIN 18299 sowie die speziell auf bestimmte Bauleistungen zugeschnittenen DIN-Vorschriften ab DIN 18300ff. untergliedern sich jeweils in die **Abschnitte 0 bis 5** mit folgenden Inhalten:

- 0 – Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung
- 1 – Geltungsbereich
- 2 – Baustoffe, Bauteile
- 3 – Ausführung
- 4 – Nebenleistungen, Besondere Leistungen
- 5 – Abrechnung

Legen die Parteien eines Bauvertrags die VOB/B wirksam zugrunde, sollen nach § 1 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/B auch die Bestimmungen der VOB/C gelten, so dass nachfolgend zu untersuchen ist, welche technischen und juristischen Bedeutungen die Bestimmungen der VOB/C haben können.

Die VOB/C verweist zum einen auf technische Normen; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹ wird insoweit ein technischer Mindeststandard festgelegt. Zum anderen verweist die VOB/C auch auf Aufmass, Abrechnungsmodalitäten, vergütungspflichtige oder mitvergütete Leistungen. Ihr kommt also auch eine gewisse **vertragsrechtliche Bedeutung zu**.²

Das Verhältnis der VOB/C, früher zu dem AGB-Gesetz, nun zu dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB, ist noch nicht vollständig geklärt.³

Der Bundesgerichtshof hat erstmals am 17.6.2004 entschieden, dass es sich bei den Abrechnungsregelungen der VOB/C in Abschnitt 5 der DIN 18332 um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt.⁴ Aufgrund der Urteile vom 10.5.2001⁵ und vom 28.2.2002⁶ war dies nicht überraschend. Es ist sogar zu vermuten, dass der VII. Senat des Bundesgerichtshofs den AGB-Charakter der VOB/C insgesamt bejahen wird.⁷

Eine Vertragsbedingung ist eine Bestimmung, die Inhalt einer vertraglichen Regelung wird und rechtliche Wirkung entfalten soll.⁸

Zu dem Rechtscharakter von den Abschnitten in den einzelnen DIN-Normen von 0 bis 5:

I. Abschnitt 0

Der Abschnitt 0 wird zuweilen als weitgehend unbedeutend angesehen.⁹ Man wertet diesen Abschnitt als **Richtlinie und Checkliste zur Konkretisierung der Ausschreibungsregelungen**. Diese Auffassung dürfte unzutreffend sein.¹⁰ Sie stützt sich auf den Wortlaut, wonach die Hinweise nicht Vertragsinhalt werden, was indes schief ist.¹¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Ausschreibung anhand der Vorgaben des § 9 VOB/A a.F. (heute: § 7 VOB/A), insbesondere nach den Entscheidungen „Wasserhaltung I und II“,¹² kann sich zugunsten des anbietenden Auftragnehmers ein **Vertrauens-**

¹ Zuletzt BGH NJW 2013, 1226 Rdn. 9.

² *Grauwogl* in: *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch Baurecht 1998, S. 315, 316.

³ *Vögel/Vögel* BauR 2000, 345 ff.

⁴ BGH BauR 2004, 935 = NZBau 2004, 324 = ZfR 2004, 667 m. Anm. *Vögel*.

⁵ BGH BauR 2001, 1254 = NZBau 2001, 446 = NJW 2001, 2167.

⁶ BGH BauR 2002, 1247 m. Anm. *Asam, Keldungs und Quack* = NZBau 2002, 324 = NJW 2002, 1954, dazu EWiR 2002, 502 m. Anm. *Schwenker*.

⁷ In diese Richtung OLG Celle ZfR 2003, 508 m. Anm. *Turner*; vgl. *Kuffer* Syst VII Rdn. 28.

⁸ *Larenz/M. Wolf* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 43 Rdn. 9. *Eichberger* in: *Kleine-Möller/Merl* Handbuch des privaten Baurechts § 6 Rdn. 35; *Pfeiffer* in: *Wolf/Horn/Lindacher* BGB § 305 Rdn. 7.

⁹ *Grauwogl* in: *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch Baurecht 1998, S. 315, 323; *Völkel* S. 31 f.

¹⁰ Ebenso und näher jetzt *Kapellmann/Schiffers* Rdn. 127; bereits *Siegburg* Rdn. 132.

¹¹ Zutreffend *Quack* BauR 2008, 1204, 1207.

¹² BGH BauR 1992, 759 „Wasserhaltung I“; BGH BauR 1994, 236 „Wasserhaltung II“; zuletzt BGH Urt. v. 21.3.2013 – VII ZR 122/11 Rdn. 16.

Syst V

Die VOB Teil C und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

tatbestand dahin ergeben, dass die Ausschreibung VOB/A-konform ist und dem Bieter keine ungewöhnlichen Wagnisse auferlegt. Dies gilt auch für die Regelungsbereiche der einschlägigen Abschnitte 0, selbstverständlich nur dann, wenn der Bieter auf die Übereinstimmung der Ausschreibung mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben sowie der einschlägigen DIN-Normen vertraut hat und auch vertrauen durfte. Eine Ausschreibung in Übereinstimmung mit dem Abschnitt 0 der einschlägigen DIN-Vorschriften kann also dazu führen, dass die vom Auftraggeber mitgeteilten Umstände der Leistungserbringung, die baubetrieblich oft unscharf als Kalkulationsgrundlagen bezeichnet werden, Vertragsinhalt werden. Die Befolgung der Hinweise in den Abschnitten 0 durch den Auftraggeber kann zur Risikozuweisung zu seinen Lasten für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben in der Ausschreibung führen.¹³ Dies kann zudem zur Folge haben, dass nicht mehr entsprechend der gesetzlichen Risikozuweisung¹⁴ der Auftragnehmer als Sachleistungsschuldner, sondern kraft Vereinbarung der Auftraggeber das Risiko von Leistungerschwerungen trägt. Sämtliche Fragen sind mittels Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) zu lösen; ein abweichendes Auslegungsergebnis, nämlich dass fehlende Angaben entbehrlich sind, kommt nur in Betracht, wenn sich aus den besonderen Umständen klar und eindeutig bestimmte Risiken (konkret unterschiedlich entschieden für Bodenkontamination, je nach dem, ob mit ihnen eindeutig zu rechnen ist oder nicht) ergeben.¹⁵

II. Abschnitt 1

- 5 Der Abschnitt 1 legt den **Geltungsbereich** der jeweiligen DIN-Norm fest. Er ist zur Abgrenzung der anzuwendenden ATV von Bedeutung.

III. Abschnitt 2

- 6 Vertragsbedingungen sind auch die in dem jeweiligen Abschnitt 2 aufgeführten Regelungen.¹⁶ Hier werden die jeweiligen **technischen Anforderungen an die Beschaffenheit der Baustoffe und Bauteile** festgelegt.

Soweit die leistungsspezifischen DIN-Vorschriften, zum Beispiel die DIN 18304 – Ramm-, Rüttel- und Pressarbeiten, Abschnitt 2.2 – die weiter anzuwendenden DIN-Normen nur unverbindlich aufzulisten scheinen, wird über die DIN 18299 Abschnitt 2.3.2 die Verwendung normgerechter Stoffe und Bauteile verbindlich gefordert. Daneben definiert etwa die DIN 18318 – Verkehrswegebauarbeiten – Pflasterdecken und Plattenbeläge, Einfassungen in Abschnitt 2.1 die normativen Mindestvorgaben für Stoffe und Bauteile, wie z.B. für Bodenplatten und Stufenbeläge; ergänzend wird auf die TL Plaster-StB und TL Flug-StB verwiesen. Diese Vorgaben muss man als **Standard- und Qualitätsvorschriften** bewerten.¹⁷

Ein weiteres Beispiel für die vertragliche Wirkung: Die DIN 18300, die in Abschnitt 2.2 Boden und Fels beschreibt, bestimmt in Abschnitt 2.1.1: „Gelöster Boden und Fels gehen nicht in das Eigentum des Auftragnehmers über.“ Abschnitt 2.1.2 legt fest: „Zu den Leistungen gehört nicht die Lieferung von Boden und Fels.“ Damit treffen diese ATV eine Bestimmung zur **dinglichen Rechtslage** bzw. eine **Regelung des geschuldeten Leistungsumfanges**.

¹³ OLG Celle, Urt. v. 21.4.2010 – 14 U 134/09; Quack ZfBR 2007, 211, 212; ähnlich auch Voit ZfBR 2007, 157, 161.

¹⁴ BeckOK BGB/Unberath BGB § 313 Rdn. 31; Palandt/Grüneberg BGB § 313 Rdn. 31.

¹⁵ BGH NJW 2012, 518 Rdn. 21 ff., dazu Pützenmacher LMK 2012, 329/686; BGH, Urt. v. 21.3.2013 – VII ZR 122/11 Rdn. 16 ff.

¹⁶ Ebenso Siegburg Rdn. 133; Völkel S. 30.

¹⁷ Mantschaff FS Korbion S. 295, 299; Grauwogl in: Kapellmann/Vygen Jahrbuch Baurecht 1998, S. 315, 324.

Für die Einordnung als Allgemeine Geschäftsbedingungen ist es unerheblich, ob diese Abschnitte der ATV von der gesetzlichen Rechtslage abweichen; auch eine mit den Rechtsvorschriften übereinstimmende,¹⁸ eine gesetzliche Bestimmung bloß wiederholende, also deklaratorische¹⁹ Klausel, kann AGB sein, auch wenn sie der Inhaltskontrolle entzogen ist.²⁰

Zum Teil werden in diesem Abschnitt auch Untersuchungspflichten des Auftragnehmers bei bestimmten Bauteilen, Baustoffen sowie Grund und Boden oder sonstige Pflichten (z. B. Abschnitt 2.1.2 der DIN 18299 oder Abschnitt 2.1.2 der DIN 18309) festgelegt. Insofern liegen ebenfalls originäre vertragliche Regelungen vor.

IV. Abschnitt 3

Auch bei diesem Abschnitt handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen.²¹ 7

So bestimmt etwa Abschnitt 3.1.2 der DIN 18336 – Abdichtungsarbeiten: „Für die Verarbeitung der Stoffe gilt DIN 18195-3:2011-12 „Bauwerksabdichtungen – Teil 3: Anforderungen an den Untergrund und Verarbeitung der Stoffe.“ Dort heißt es wiederum unter Abschnitt 5.1. – Allgemeines: „Für die Verarbeitung flüssiger Massen muss die Bauteiloberflächentemperatur und Umgebungstemperatur mehr als + 5°C betragen.“ Abschnitt 5.2 enthält weitere Verarbeitungsanleitungen, z. B. die für Grundierungen pro m² aufzutragende Harzmenge, die Art und Weise der Abstreuerung, und dass Versiegelungen zweilagig herzustellen sind. *Grauwogl*²² führt aus, in Abschnitt 3 überwiege der technische Charakter. Dies mag zutreffen. Allerdings enthalten diese „**technischen**“ **Anweisungen** zusätzlich **konkrete Ausführungsanweisungen für die Durchführung der Bauleistung**. Dem Auftragnehmer wird vorgeschrieben, auf welche Art und Weise er die Bauleistung zu erbringen hat (z. B. für geeignete klimatische Ausführungsbedingungen in Abschnitt 3.1.1 der DIN 18338 und Abschnitt 3.1.1 der DIN 18339). Diese Anweisungen haben vertraglichen Charakter, wobei dahingestellt bleiben soll, ob es sich bei den einzelnen Pflichten um Haupt- oder Nebenpflichten handelt. Auf jeden Fall sind es **Pflichten, die den jeweiligen Vertragsumfang maßgeblich mitbestimmen**. Deutlich erkennen lässt sich dies etwa anhand des Abschnittes 3.10 der DIN 18350 – Putzarbeiten, worin es heißt: „Dämmstoffe sind über die gesamte Fläche gestoßen zu verlegen und mit dem Untergrund zu verkleben. In den Putz ist vollflächig ein Gewerbe einzubetten.“

Dies wirft im Rahmen des Abschnittes drei **Fragen** auf: 8

- Führt die Nichteinhaltung der technischen Ausführungsvorschriften zur Mangelhaftigkeit des Werkes?
- Ist das Werk abnahmefähig, wenn trotz Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik ein zweckentsprechendes Werk vorliegt?
- Ist die in der konkreten DIN vorgeschriebene Herstellungsweise eine garantierte Eigenschaft, vertragliche Sollbeschaffenheit oder keines von beidem?

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes²³ können die DIN-Vorschriften als private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter diesen zurückbleiben. Wie oben ausgeführt, geben die **DIN-Vorschriften** regelmäßig nur den **Mindeststandard** vor. **Entscheidend** für die vertragsgemäße Herstellung des Werkes bleibt aber immer die **konkrete Beschaffenheitsvereinbarung**.²⁴ Gleichwohl hat die Verletzung der Vorgaben in einer gewer-

¹⁸ BGHZ 121, 13, 18 = NJW 1993, 721.

¹⁹ BGHZ 91, 55, 57 = NJW 1984, 2161; BGH NJW 1985, 623, 624.

²⁰ *Vögel* BauR 2007, 224, 228.

²¹ Ebenso MünchKomm./*Busche* BGB § 631 Rdn. 197; *Siegburg* Rdn. 133; *Völkel* S. 30.

²² *Grauwogl* in: *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch Baurecht 1998, S. 315, 325; abweichend jetzt *ders.* in: *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch Baurecht 2003, S. 29, 43 (erhebliche Risikoverlagerung!).

²³ BGH BauR 1998, 872 = NJW 1998, 2814.

²⁴ BGH BauR 1998, 872 = NJW 1998, 2814; OLG Hamm NJW-RR 1995, 17; zum Verhältnis der allgemein anerkannten Regeln der Technik zur VOB/C siehe auch Beck'scher VOB-Kommentar/*Motzke* Teil B Einl. I Rdn. 91 ff.

Syst V

Die VOB Teil C und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

kespezifischen DIN-Vorschrift erhebliche bauprozessuale Auswirkungen zugunsten des Auftraggebers, weil vermutet wird, dass gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen wurde.²⁵ Ein Werk ist etwa bereits dann mangelhaft, wenn der in den anerkannten Regeln der Technik vorgesehene Gebrauchstauglichkeitsnachweis nicht geführt werden kann.²⁶ Eine weitere Frage ist, wenn die VOB/C vertraglich einbezogen ist, ob ein Werk dann, wenn es der betreffenden DIN, aber nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht, auf Grund Parteivereinbarung mängelfrei ist. Dies ist zu verneinen.²⁷

9 In diesem Zusammenhang sind auch die **Benachrichtigungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers**,²⁸ z.B. geregelt in DIN 18305 – Wasserhaltungsarbeiten – Abschnitt 3.1.3., bedeutsam: „Boden- und Wasserverhältnisse, die von den Angaben in der Leistungsbeschreibung abweichen, sind dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen.“ Kommt der Auftragnehmer einer solchen Mitteilungspflicht nicht nach, verletzt er, sofern die ATV wirksam vereinbart wurden, § 4 Abs. 3 VOB/B, der auch für den BGB-Vertrag gilt.²⁹ Er wird nach § 13 Abs. 3 VOB/B nicht von der Sachmängelhaftung frei und er ist gem. § 10 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B verantwortlich für den entstandenen Schaden. Die Bestimmungen dieses Abschnittes dürften allerdings teilweise über die gesetzliche und vertraglich sowieso geltende Rechtslage hinausgehen. So legt z.B. DIN 18301 – Bohrarbeiten, Abschnitt 3.3.2. fest, dass bei „außergewöhnlichen Feststellungen, z.B. in der Beschaffenheit (...) des Bodens“ diese „dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen“ und „die weiteren Maßnahmen gemeinsam festzulegen sind.“ Im Verhältnis zu den Anordnungsrechten des Auftraggebers in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B wird **zwischen den Vertragsparteien** so eine **Kooperationsverpflichtung** begründet.³⁰ Dem Abschnitt 3 dürfte demzufolge auch insofern ein **Regelungs- und Vertragscharakter** zukommen.³¹

10 Die DIN 18195-3:2011–12 Abschnitt 5.4.4 enthält etwa eine detaillierte Anweisung zur Schichtenkontrolle von Bauwerksabdichtungen nach DIN 18195-5 und DIN 18195-6, sowie eine korrespondierende Dokumentationsverpflichtung. Weitere Beispiele zu Dokumentations- und Überlassungspflichten finden sich etwa im Abschnitt 3.1.4 der DIN 18356 oder im Abschnitt 3.7 der DIN 18358. Diese Prüfungs- und Dokumentationsanweisungen sind als „Verhaltenspflichten“ gefasst – „hat zu erfolgen“ – und „sind zu dokumentieren“. Die Rechtsfrage, welche **Folge** eine **Nichteinhaltung dieser „Verhaltenspflichten“** nach sich zieht, ist in der Rechtsprechung und in der Literatur noch nicht abschließend beurteilt worden. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes³² spricht dafür, dass solche Prüfungs- und Dokumentationspflichten dann Hauptleistungspflichten sind mit der Konsequenz, dass bei Nichteinhaltung der Verpflichtung die Abnahme wegen eines wesentlichen Mangels verweigert werden kann, wenn die Prüfung und Dokumentation für den vertragsgemäßen Gebrauch (z.B. Nutzung, Instandhaltung, Veränderung) erforderlich ist. Diese Rechtsproblematik ist bislang wenig diskutiert worden. Sie dürfte jedoch in der Baupraxis eine wesentliche Rolle spielen.

Schlussendlich legen z.B. die Abschnitte 3.3 der DIN 18318 und 3.3.1.5 bis 3.3.1.6 der DIN 18317 sog. **Toleranzgrenzen** fest, in deren Rahmen die Leistung noch vertragsgemäß sein soll. Diese Regelungen haben einen **originären vertraglichen Inhalt**.

²⁵ OLG Stuttgart BauR 1977, 129; *Schulze-Hagen* FS Werner S. 355, 360.

²⁶ BGH NJW 2013, 1226 Rdn. 12.

²⁷ BGH NJW 2009, 2439 Rdn. 12; BGH NJW 2007, 2893 Rdn. 24 ff.; jeweils zum Schallschutz.

²⁸ So BGH BauR 2001, 1414 = NZBau 2001, 495 (Hinweispflicht in DIN 18352 Abschnitt 3.1.1 ist nicht abschließend).

²⁹ *Riedl/Mansfeld* in: *Heiermann/Riedl/Rusam* B § 4 Rdn. 46 ff.; *Grauwogl* in: *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch Baurecht 1998, S. 315, 326.

³⁰ *Grauwogl* in: *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch Baurecht 1998, 315, 326.

³¹ Widersprüchlich *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 130 (einerseits AGB, andererseits keine Kollision mit dem AGB-Recht).

³² BGH NJW-RR 1993, 1461; BGH BauR 2004, 337; OLG Stuttgart BauR 2010, 1642.

V. Abschnitt 4

Die mitvergüteten **Nebenleistungen und die Besonderen Leistungen**, die geson- 11
dert vergütungspflichtig sind, werden jeweils im Abschnitt 4 beschrieben. Diese Regelun-
gen sind ebenfalls **Allgemeine Vertragsbedingungen**.³³

Bei den Nebenleistungen und den Besonderen Leistungen wird das Verhältnis zu den 12
§§ 1 Abs. 3, Nr. 4 und §§ 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B verkannt. Diese Klauseln der
VOB/B regeln das einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers bezüglich **Änderungs-
und Zusatzleistungen** und die dafür an den Auftragnehmer zu zahlende Vergütung. Vor-
rangig sind die durch Vertragsauslegung zu beantwortenden Fragen, welche Leistung der
Auftragnehmer schuldet und ob diese mit der vertraglich vereinbarten Vergütung abgegol-
ten sind. Dies bedeutet, dass bezüglich der Vergütungspflicht der Abschnitt 4 allein keine
entscheidende Rolle spielen dürfte. Wenn die „Besonderen Leistungen“ im „Vertragsoll“
beinhaltet sind, kann keine zusätzliche Vergütung gefordert werden.³⁴

Die Vergütung nach dem Abschnitt 4 der DIN-Vorschriften kommt bei einem Einheits-
preisvertrag allenfalls dann in Betracht, wenn in dem Leistungsverzeichnis eine bestimmte
Bauleistung ausgewiesen, die korrespondierende Vergütungsregelung allerdings „vergessen“
worden ist. Für die Abgrenzung zwischen unmittelbar vertraglich geschuldeter und einer
zusätzlichen Leistung kommt es aber primär auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung und
insofern sekundär auf die Unterscheidung in den DIN-Vorschriften zwischen Nebenleis-
tungen und Besonderen Leistungen an.³⁵ Zur Vertragsauslegung vgl. näher unten Rdn. 51.
Diese Vorüberlegungen, die bewusst kurz gefasst worden sind, müssen in Rechtsprechung
und Literatur noch weiter diskutiert werden.

Trotz dieses Hinweises soll der Abschnitt 4 wie folgt kurz anhand von Beispielen be- 13
schrieben werden: Die DIN 18353 – Estricharbeiten – formuliert in dem Abschnitt 4.2.8,
dass die Ausgleichung von Unebenheiten unterhalb bestimmter Toleranzen als Nebenleis-
tung nicht gesondert vergütet wird bzw. dass bei Überschreitung von Toleranzen eine Ver-
gütungspflicht als Besondere Leistung besteht. Die DIN 18317 beschreibt in Abschnitt 4.1
die mit abgeholzten Nebenleistungen – z. B. Abschnitt 4.1.1 – Feststellen des Straßenzu-
standes – und führt in Abschnitt 4.2 Beispiele für vergütungserhöhende Besondere Lei-
stungen an, als Beispiel sei erwähnt Abschnitt 4.2.2 – Herstellen von Befestigungen zur
Aufrechterhaltung des Verkehrs.

Die Regelungen der Abschnitte 4 wollen also gerade den Abgeltungsumfang der ver- 14
traglich vereinbarten Vergütung bestimmen und haben damit unmittelbaren Einfluss auf das
Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.³⁶

VI. Abschnitt 5

Für den Abschnitt 5, der sich mit der **Abrechnung** der erbrachten Leistung beschäftigt, 15
ist durch die Rechtsprechung³⁷ und Literatur der **AGB-Charakter inzwischen aner-
kannt**.³⁸

Als Beispiel fordert die DIN 18299 in Abschnitt 5, dass die Leistung aus Zeichnungen
und, wenn diese nicht den ausgeführten Leistungen entsprechen, durch Aufmaß zu ermit-

³³ Kuffer in: Heiermann/Riedl/Rusam B § 1 Rdn. 82; Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen BGB Anh. § 310 Rdn. 991.

³⁴ BGH NJW-RR 2011, 378 Rdn. 2.

³⁵ BGH BauR 2002, 935 = NZBau 2002, 324 = NJW 2002, 1954; BGH NJW 2006, 3418 Rdn. 24f.

³⁶ Vgl. BGH BauR 2002, 935 = NZBau 2002, 324 = NJW 2002, 1954.

³⁷ OLG Düsseldorf BauR 1991, 772.

³⁸ Vögel/Vögel BauR 2000, 345 m. w. N.; Heiermann/Bauer in: Heiermann/Riedl/Rusam A § 7 Rdn. 42f. in teilweisem Widerspruch zu Kuffer in: Heiermann/Riedl/Rusam B § 1 Rdn. 82; Sienz in: Ingenstau/Korbion Anhang 4 Rdn. 57; Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen BGB Anh. § 310 Rdn. 991.

Syst V

Die VOB Teil C und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

teln ist. Die speziellen DIN-Vorschriften geben je nach Bauleistung spezifische Abrechnungsmodalitäten vor. Zum Beispiel regelt DIN 18300 – Erdarbeiten – im Abschnitt 5.2 die Methode der Berechnung von Aushubtiefe (Abschnitt 5.2.1) und Baugrubensohle (Abschnitt 5.2.2). Für Putzarbeiten, dies als weiteres Beispiel, bestimmt die DIN 18350 in den Abschnitten 5.1.6 bis 5.1.8, dass je nach Bauteil Öffnungen bis zu einer Größe von 2,5 m² übermessen werden können. Vergleichbares gilt z.B. für Maler- und Lackiererarbeiten (siehe DIN 18363, jetzt: Maler- und Lackiererarbeiten – Beschichtungen, Abschnitte 5.1.2 ff.) oder für Tapezierarbeiten (DIN 18366, Abschnitte 5.1.1 und 5.2.1.1).

Bisweilen enthält dieser Abschnitt Bestimmungen zu den wechselseitigen Rechten und Pflichten. So bestimmt Abschnitt 5.11.2 der DIN 18451, dass das Gebrauchsüberlassungsverhältnis frühestens drei Tage nach Zugehen der Mitteilung über die Freigabe beim Auftragnehmer endet; hiermit wird § 545 Satz 1 BGB über die stillschweigende Verlängerung des Vertrags mittelbar abgedungen.³⁹

B. Zwischenergebnis

- 16 Die VOB/C enthält in allen Abschnitten materielle Inhaltsbestimmungen des jeweiligen Bauvertrages. Die Vorschriften der VOB/C haben nicht nur technischen Bestimmungsscharakter, sondern wirken unmittelbar auf den spezifischen Bauvertrag sowie die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien als Allgemeine Geschäftsbedingungen ein.⁴⁰

*Mantscheff*⁴¹ hatte bereits im Jahre 1986 zu Recht darauf hingewiesen, dass die Qualitäts- und Ausführungsvorschriften der Abschnitte 2 und 3 in der Relation zu weiteren DIN-Vorschriften, z.B. DIN 18331 in Verbindung mit DIN 1045 u. s. w., die normale Art und Güte der Ausführung festlegen, also vertragsrelevant sind. Alle Vorschriften der VOB/C bzw. ihrer einzelnen DIN-Vorschriften enthalten also **technische und vertragliche Bestimmungen, die auf den Bauvertrag Wirkungen entfalten.**

- 17 Vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes wurde das AGB-Problem der VOB/C weitgehend übersehen. Die Oberlandesgerichte⁴² bejahten entgegen von Stimmen in der Literatur⁴³ die Überprüfbarkeit der VOB/C anhand des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nämlich insoweit, als durch die jeweilige DIN-Vorschrift das übliche Abrechnungsverfahren, also die Vergütungsberechnung des BGB, geändert und ergänzt wird,⁴⁴ bzw. insoweit, als technische Vorschriften und Vertragsbedingungen sich nicht auf rein technische Vorgänge beschränken, sondern auch Regelungen über Aufmaß, Abrechnung und die nicht zu vergütenden Nebenleistungen enthalten.⁴⁵ Der Bundesgerichtshof ging in einer unveröffentlichten Entscheidung⁴⁶ davon aus, dass die richtige Anwendung der einschlägigen DIN-Normen revisionsrechtlich nachgeprüft werden könne. Damit wurde die VOB/C bereits sehr früh richtigerweise als Allgemeine Geschäftsbedingung beurteilt.

³⁹ Zutreffend *Vygen/Joussen*, Rdn. 896; a. A. KG IBR 2010, 673.

⁴⁰ Ebenso jetzt *Englert/Grauwogl/Maurer*, Handbuch des Baugrund- u. Tiefbaurechts, Anhang D, Rdn. 3804 ff.; *Luz* in: *Glöckner/v. Berg* BGB § 305 Rdn. 2/8 ff.; *Sienz* in: *Ingenstau/Korbion* Anhang 4 Rdn. 58; *MünchKomm./Busche* BGB § 631 Rdn. 197; *Locher*, Das private Baurecht Rdn. 140/147; *Markus/Kaiser/Kapellmann* Rdn. 34; *Moufang/Klein* in: *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch BauR 2004, 73, 77 f.; *Halfmeier/Leupertz* in: *Prütting/Wegen/Weinreich* BGB § 631 Rdn. 30; *Quack* ZfBR 2002, 641; *Quack* ZfBR 2005, 731; *Staudinger/Schlosser* BGB § 305 Rdn. 3; *Tempel/Seydewitz* Materielles Recht im Zivilprozess, S. 203; *Völkel* S. 29 ff.; *Zerr* Rdn. 97.

⁴¹ *Mantscheff* FS Korbion S. 295, 299, ohne sich allerdings der hier gezogenen Konsequenz anzuschließen.

⁴² OLG Köln BauR 1982, 170, 171; OLG Düsseldorf BauR 1991, 772, 774.

⁴³ *Heiermann* DB 1977, 1733, 1735; für AGB-Charakter: *Beck'scher VOB-Kommentar/Ganten* B § 4 Nr. 2 Rdn. 94; *Kaiser* Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozess Rdn. 12; *Putzier* Baurechtliche Schriften Bd. 33, 1997, 109; *Vygen* Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Kapitel 3.5 Rdn. 136; *Tempel* Materielles Recht im Zivilprozess S. 224.

⁴⁴ OLG Köln BauR 1982, 170, 171.

⁴⁵ OLG Düsseldorf BauR 1991, 772, 773 ff.

⁴⁶ BGH Urt. v. 28.2.1974 – VII ZR 127/71.

C. Wirksame Einbeziehung der VOB/C in den Bauvertrag

Da die Bestimmungen der VOB/C **keine Rechtsnormen** sind, **muss** ihre **Geltung** in dem konkreten Bauvertrag **vereinbart werden**. Ist die **VOB/B wirksam vereinbart**, folgt aus § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B nicht „automatisch“, dass **auch Teil C Vertragsinhalt geworden** ist.⁴⁷ Hierbei handelt es sich nicht etwa um eine Fiktion, sondern vielmehr um eine Auslegungsvorschrift. Die Rechtsfolge des S. 2 tritt also **nicht** ein, **wenn** eine **andere Vereinbarung getroffen** wurde.⁴⁸

Das Oberlandesgericht Saarbrücken⁴⁹ vertritt die Auffassung, dass die VOB/C bei der Abrechnung auch gelte, wenn die VOB/B nicht vereinbart wurde. Die VOB/C bedürfe keiner gesonderten Vereinbarung, die VOB/C sei allgemein gültig und entspräche der gewerblichen Verkehrssitte. Diese Auffassung ist unzutreffend.⁵⁰ Der Hinweis auf eine Verkehrssitte ist nicht durchdacht. Deren Voraussetzungen (vgl. Rdn. 45 ff.) werden verkannt. Das Oberlandesgericht Saarbrücken hat übersehen, dass die **VOB/C ohne vertragliche Einbeziehung nicht Vertragsbestandteil werden kann**.

Die Argumentation einer Einbeziehung durch Handelsbrauch ist dogmatisch bedenklich, da das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine rechtsgeschäftliche Einbeziehungserklärung der Parteien voraussetzt.⁵¹ Sicherlich ist **in Einzelfällen** eine **konkludente Einbeziehung** möglich.⁵² Diese kann bejaht werden, wenn der Verwender in seinem Vertragsangebot auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen verweist und der andere Vertragspartner das Angebot annimmt, ohne der Einbeziehung zu widersprechen.⁵³ Die Überlassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an den Vertragspartner ist dann nicht notwendig, wenn sich der Vertragspartner in zumutbarer Weise Kenntnis von dem Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verschaffen kann.⁵⁴

Wenn der Vertragspartner allerdings **Verbraucher** ist, dann reicht dies nach der ständigen Rechtsprechung des BGH nicht aus.⁵⁵ Bei der Beurteilung der Einbeziehung der VOB/C ist allerdings festzustellen, dass diese Regelung nicht nur bei dem Verbraucher, sondern auch in den entsprechenden Verkehrskreisen teils unbekannt und teils zu wenig bekannt ist. Von einer Branchenüblichkeit dürfte nicht ohne weiteres auszugehen sein.⁵⁶ Dazu sogleich im Einzelnen.

Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Saarbrücken dürfte es einen Handelsbrauch (vgl. hierzu unter Rdn. 45 ff.) nicht geben, so dass ohne ausdrückliche Vereinbarung die VOB/C nicht Vertragsbestandteil sein kann.⁵⁷

Deshalb ist die Einbeziehung der Bestimmungen der VOB/C anhand der allgemeinen Voraussetzungen im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der Verwendereigenschaft zu prüfen. Ungeklärt ist, ob sich im konkreten Einzelfall der Verwender darauf berufen kann, dass er die Einbeziehungsvoraussetzungen nicht eingehalten hat.⁵⁸

⁴⁷ Zutreffend jetzt *Kuffer* in: *Heiermann/Riedl/Rusam* B § 1 Rdn. 79; a. A. *Keldungs* in: *Ingenstau/Korbion* B § 1 Abs. 1 Rdn. 7; *Langen/Schiffers* Rdn. 242 (ohne Begründung); *Staudinger/Peters/Jacoby* BGB Vorbem zu §§ 631 ff. Rdn. 93; *Sieburg* Rdn. 98.

⁴⁸ *Niklisch/Weick* B § 1 Rdn. 12.

⁴⁹ OLG Saarbrücken BauR 2000, 1332, 1333; dagegen zu Recht *Schwenker* IBR 2000, 527.

⁵⁰ *von Rintelen* in: *Kapellmann/Messerschmidt* B § 1 Rdn. 22; *Quack* ZfBR 2005, 731 f.

⁵¹ Allgemeine Meinung, siehe z. B. BGH NJW 1988, 1210, 1212; NJW 1987, 2431, 2432; NJW 1985, 1838; NJW 1978, 2243, 2344; WM 1979, 19, 20; *Staudinger/Schlosser* BGB § 305 Rdn. 127/188 ff.; *Heinrichs* NJW 1994, 1389, 1381.

⁵² *Ulmer/Brandner/Hensen* BGB § 305 Rdn. 170.

⁵³ BGH BB 1976, 1289 m. w. N.

⁵⁴ *Ulmer/Brandner/Hensen* BGB § 305 Rdn. 145 ff. m. w. N.

⁵⁵ *Ulmer/Brandner/Hensen* BGB § 305 Rdn. 145.

⁵⁶ Vgl. z. B. die Aufzählung bei *Ulmer/Brandner/Hensen* BGB § 305 Rdn. 181; *Pfeiffer* in: *Wolf/Horn/Lindacher* BGB § 305 Rdn. 127 ff.

⁵⁷ Vgl. BGH BB 1998, 1522; *Baumbach/Hopt* HGB § 346 Rdn. 2.

⁵⁸ Hierzu BGH BauR 1999, 1294; OLG Celle BauR 2005, 1176; *Schenke* BauR 2011, 26 ff.

I. Unternehmerischer Rechtsverkehr

- 21 Ist der Vertragspartner des Verwenders baugewerblich bewandeter Unternehmer, eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen i.S.v. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB, so reicht als Geltungshinweis § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B i.V.m. §§ 1 Nr. 2 lit. e), 2 Nr. 1 VOB/B völlig aus. Bei einem solchen Vertragspartner kann gem. §§ 133, 157 BGB von der Kenntnis der VOB/B und den ATV ausgegangen werden. Die Verschaffung der Kenntnis von den aktuellen Bestimmungen der VOB/C ist ihm auch zumutbar. Dass es sich bei § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B um eine sog. Staffelterweisung handelt, ist unerheblich.⁵⁹ Der Bundesgerichtshof hat grundsätzlich solche Verweisungen für zulässig und ausreichend erachtet.⁶⁰

Problematischer ist die Einbeziehung bei einem Unternehmer, der nicht baugewerblich bewandert ist. Dann mag es bereits am Verständnis fehlen, was unter den für den konkreten Vertrag relevanten „Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen“ zu verstehen ist und welche DIN-Vorschriften genau gemeint sind, so dass für den Vertragspartner auch auf Grund der Staffelterweisung nicht klar und unzweideutig erkennbar ist, welche Bestimmungen der VOB/C im konkreten Einzelfall gelten sollen.⁶¹ Als Beispiel sind die Abschnitte 2.1 und 3.3 ff. der DIN 18320 – Landschaftsbauarbeiten – zu benennen, die auf spezifische Landschaftsbaunormen (DIN 18915 ff.) und diese wiederum auf bestimmte Richtlinien (z. B. FLL-Richtlinien, Richtlinie Dachbegrünung usw.) verweisen. Dies spräche dafür, dass der Verwender der ATV diese und die dort wiederum in Bezug genommenen DIN-Normen zumindest spezifiziert benennen müsste. Die Einzelheiten, was ein Unternehmer als Klauselgegner wissen muss, welche Erkenntnismöglichkeiten ihm zumutbar und ob als auch wie genau die ATV zu bezeichnen sind, sind noch ungeklärt.⁶²

II. § 305 Abs. 2 BGB

- 22 § 305 Abs. 2 BGB regelt nunmehr seit der Schuldrechtsmodernisierung die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der Verweis in § 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B reicht als Hinweis im Sinne von § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht aus.⁶³ § 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B, selbst unstrittig eine Allgemeine Geschäftsbedingung, verweist auf die VOB/C; sie verweist damit auf eine weitere Allgemeine Geschäftsbedingung. Eine solche Staffelterweisung ist bei Verbrauchern anders als bei Unternehmern nicht unbedenklich.⁶⁴ Un-

⁵⁹ Zutreffend *Pauly* MDR 2005, 190, 191; *Halfmeier/Leupertz* in: *Prütting/Wegen/Weinreich* BGB § 631 Rdn. 30; a. A. pauschal *Tempel* NZBau 2002, 465, 470.

⁶⁰ BGH NJW 2005, 1183, 1184 f.; BGHZ 111, 388, 390 ff. = NJW 1990, 3197; ebenfalls die Zulässigkeit bejahend OLG Düsseldorf BB, 1996, 658 (LS 2).

⁶¹ *Motzke/Bauer/Seewald* A § 5 Rdn. 158; *Tempel* NZBau 2003, 465; *Tempel/Seyderhelm* Materielles Recht im Zivilprozess, S. 206 (größere Anforderungen an einen Einbeziehungshinweis gem. §§ 133, 157 BGB bei Beteiligung einer kleineren Gemeinde); *Schenke* BauR 2011, 26, 27; *Thode* jurisPR-Priv-BauR 2/2009 Anm. 4 C.; *Vögel* ZfR 2004, 670, 671 m. w. N. auch zur Gegenauffassung; kritisch auch *Korbion/Locher/Sienz* Rdn. E 4; a. A. *von Rintelen* in: *Kapellmann/Messerschmidt* B § 1 Rdn. 19a; *von Rintelen* in: *Messerschmidt/Voit* H. Rdn. 47; *Pauly* MDR 2005, 190, 191; *Werner/Pastor* Rdn. 1276; wohl auch *Kuffer* in: *Heiermann/Riedl/Rusam* B § 1 Rdn. 82.

⁶² Vgl. *Schwenker* in: *Messerschmidt/Voit* F.Rdn. 44; *MünchKomm./Basedow* BGB § 305 Rdn. 95 f.; *Berger* in: *Prütting/Wegen/Weinreich* BGB § 305 Rdn. 36; beide m. w. N.

⁶³ *Luz* in: *Glöckner/v. Berg* BGB § 305 Rdn. 32; *Kuffer* in: *Heiermann/Riedl/Rusam* B § 1 Rdn. 82; *Leinemann*, B § 1 Rdn. 24 ff.; *Pauly* MDR 2005, 190, 191; *Schwenker* EWiR 2002, 501, 502; *Tempel* NZBau 2003, 465, 470; *Vögel* ZfR 2004, 670, 671; *Werner/Pastor* Rdn. 1276; *Christensen* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* BGB Anh. § 310 BGB Rdn. 991; a. A. *Moufang/Klein* in: *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch Baurecht 2004, S. 73 ff., 83 f.

⁶⁴ Siehe BGH NJW 2005, 1183, 1184 f. m. w. N.; LG Braunschweig NJW-RR 1986, 639; LG Frankfurt NJW 1984, 1626; *Brandner* EWiR 15/90, 1147; *Jauernig/Stadler* BGB § 305 Rdn. 14; *Wolf/Horn/Lindacher* BGB § 306 Rdn. 23; *Ulmer/Brandner/Hensen* BGB § 305 Rdn. 152a.