

## Systematische Darstellung V

### Die VOB Teil C und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie ihr Einfluss auf die Vertragsauslegung

#### Übersicht

|   | Rn. |  | Rn. |
|---|-----|--|-----|
| <b>A. Einführung</b> .....  | 1   | IV. Privilegierung .....   | 26  |
| I. Abschnitt 0 .....  | 4   | V. § 305c Abs. 2 BGB-Unklarheitenrege-<br>lung .....             | 28  |
| II. Abschnitt 1 .....   | 5   | VI. Kontrollfähigkeit .....                                      | 29  |
| III. Abschnitt 2 .....  | 6   | 1. § 307 Abs. 3 BGB .....  | 29  |
| IV. Abschnitt 3 .....   | 7   | 2. § 307 Abs. 1 und 2 BGB .....                                  | 37  |
| V. Abschnitt 4 .....  | 11  | <b>D. Vertragsauslegung und VOB/C</b> .....                      | 44  |
| VI. Abschnitt 5 .....   | 15  | I. Auslegung der VOB/C, Handelsbrauch<br>und Verkehrssitte ..... | 45  |
| <b>B. Zwischenergebnis</b> .....                                      | 16  | II. Vorrang der Individualabrede .....                           | 49  |
| <b>C. Wirksame Einbeziehung der VOB/C<br/>in den Bauvertrag</b> ..... | 18  | III. Grundsätze der Vertragsauslegung .....                      | 51  |
| I. Unternehmerischer Rechtsverkehr .....                              | 21  | IV. Ergebnis .....   | 54  |
| II. § 305 Abs. 2 BGB .....  | 22  |  |     |
| III. § 305c Abs. 1 BGB .....  | 25  |  |     |

#### A. Einführung

Die VOB/C weist in DIN 18299 als Allgemeinnormen die **Allgemeinen Technischen 1 Vertragsbedingungen (ATV)** aus. Die DIN 18299 verweist auf die besonderen DIN-Vorschriften nach VOB/C, die DIN 18300 bis DIN 18459, die sich ihrerseits auf weitere technische Bestimmungen beziehen.

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 Abs. 1 S. 2 VOB/B auch die Bestimmungen der VOB/C gelten, sodass 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 nicht ganz klaren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>1</sup> 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.**<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Zuletzt BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 134/12, NJW 2013, 1226 Rn. 9.

<sup>2</sup> Bereits Kapellmann/Vygen Jahrbuch Baurecht/Grauvogl 1998, S. 315, 316.

## Syst V

### Die VOB Teil C und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

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

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.<sup>4</sup> Aufgrund der Urteile vom 10.5.2001<sup>5</sup> und vom 28.2.2002<sup>6</sup> war dies nicht überraschend. Es ist sogar zu vermuten, dass der VII. Senat des Bundesgerichtshofs den AGB-Charakter der VOB/C insgesamt bejahen wird.<sup>7</sup>

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

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

#### I. Abschnitt 0

- 4 Der Abschnitt 0 wird zuweilen als weitgehend unbedeutend angesehen.<sup>9</sup> Man wertet diesen Abschnitt als **Richtlinie und Checkliste zur Konkretisierung der Ausschreibungsregelungen**. Diese Auffassung dürfte so unzutreffend sein.<sup>10</sup> Sie stützt sich auf den Wortlaut, wonach die Hinweise nicht Vertragsinhalt werden, was indes schief ist.<sup>11</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Ausschreibung anhand der Vorgaben des § 7 Abs. 1 VOB/A, insbesondere nach den Entscheidungen „Wasserhaltung I und II“,<sup>12</sup> kann sich zugunsten des anbietenden Auftragnehmers ein **Vertrauenstatbestand** 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.<sup>13</sup> Dies kann zudem zur Folge haben, dass nicht mehr entsprechend der gesetzlichen Risikozuweisung<sup>14</sup> 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, näm-

<sup>3</sup> *Vögel/Vögel* BauR 2000, 345 ff.

<sup>4</sup> BGH Beschl. v. 26.2.2004 – VII ZR 96/03, BauR 2004, 935 = NZBau 2004, 324 = ZfIR 2004, 667 mAnm *Vögel*.

<sup>5</sup> BGH Urt. v. 10.5.2001 – VII ZR 248/00, BauR 2001, 1254 = NZBau 2001, 446 = NJW 2001, 2167.

<sup>6</sup> BGH Urt. v. 28.2.2002 – VII ZR 376/00, BauR 2002, 1247 mAnm *Asam, Keldungs* und *Quack* = NZBau 2002, 324 = NJW 2002, 1954, dazu EWiR 2002, 502 mAnm *Schwenker*.

<sup>7</sup> In diese Richtung OLG Celle Urt. v. 15.1.2003 – 7 U 64/00, ZfIR 2003, 508 mAnm *Turner*; vgl. *Kuffer* Syst VII Rn. 28.

<sup>8</sup> *Larenz/M. Wolf* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 43 Rn. 9. *Kleine-Möller/Merl/Glückner* PrivBauR-HdB/Eichberger § 6 Rn. 35; *Wolf/Horn/Lindacher/Pfeiffer* BGB § 305 Rn. 7.

<sup>9</sup> *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch Baurecht/Grauvogel 1998, S. 315, 323; *Völkel* S. 31 f.

<sup>10</sup> Bereits *Siegburg* Rn. 132.

<sup>11</sup> Zutreffend *Quack* BauR 2008, 1204 (1207).

<sup>12</sup> BGH Urt. v. 9.4.1992 – VII ZR 129/91, BauR 1992, 759 – Wasserhaltung I; BGH Urt. v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93, BauR 1994, 236 – Wasserhaltung II; zuletzt BGH Urt. v. 21.3.2013 – VII ZR 122/11, NZBau 2013, 428 Rn. 16.

<sup>13</sup> BGH Urt. v. 21.3.2013 – VII ZR 122/11, NJW 2013, 1957 Rn. 16 ff. = BauR 2013, 1126; OLG Celle Urt. v. 21.4.2010 – 14 U 134/09, IBR 2010, 667; *Quack* ZfBR 2007, 211 (212); ähnlich auch *Vöit* ZfIR 2007, 157 (161).

<sup>14</sup> *BeckOK BGB/Unberath* § 313 Rn. 31; *Palandt/Grüneberg* BGB § 313 Rn. 31.

lich 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 nachdem, ob mit ihnen eindeutig zu rechnen ist oder nicht) ergeben.<sup>15</sup>

## II. Abschnitt 1

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

## III. Abschnitt 2

Vertragsbedingungen sind auch die in dem jeweiligen Abschnitt 2 aufgeführten Rege- 6 lungen.<sup>16</sup> Hier werden die jeweiligen **technischen Anforderungen an die Beschaffenheit der Baustoffe und Bauteile** festgelegt.

Die DIN 18300 legt im Abschnitt 2.2 fest, wie Boden und Fels zu untersuchen, zu beschreiben und zu benennen sind. Diese Vorgaben haben in Verbindung mit Abschnitt 0 erhebliche Bedeutung dafür, wie eine Leistungsbeschreibung vom Auftragnehmer im Zweifel verstanden werden darf. Soweit die leistungsspezifischen DIN-Vorschriften, zum Beispiel die DIN 18304 – Ramm-, Rüttel- und Pressarbeiten, Abschnitt 2.2 – die weiter anzuwendenden DIN-Normen nur beispielhaft 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 im Abschnitt 2.1 die normativen Mindestvorgaben für Stoffe und Bauteile, wie zB für Bodenplatten und Stufenbeläge; ergänzend wird auf die TL Pflaster StB und TL Flug StB nebst TP Fug StB verwiesen. Diese Vorgaben sind als **Standard- und Qualitätsvorschriften** zu bewerten.<sup>17</sup>

Ein weiteres Beispiel für die vertragliche Wirkung: Die DIN 18300 a.F., die in Abschnitt 2.2 Boden und Fels beschreibt, bestimmte in Abschnitt 2.1.1: „Gelöster Boden und Fels gehen nicht in das Eigentum des Auftragnehmers über.“ Die inhaltlich identische Regelung findet sich nun in DIN 18459 Abschnitt 2.1 für Abbruch- und Rückbauarbeiten. Abschnitt 2.1.2 der DIN 18300 legt fest: „Zu den Leistungen gehört nicht die Lieferung von Boden und Fels.“ Damit trafen bzw. treffen diese ATV eine Bestimmung zur **dinglichen Rechtslage** bzw. eine **Regelung des geschuldeten Leistungsumfanges**.

Für die Einordnung als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) ist es unerheblich, ob diese Abschnitte der ATV von der gesetzlichen Rechtslage abweichen; auch eine mit den Rechtsvorschriften übereinstimmende,<sup>18</sup> eine gesetzliche Bestimmung bloß wiederholende, also deklaratorische<sup>19</sup> Klausel, kann AGB sein, auch wenn sie u. U. der Inhaltskontrolle entzogen ist.<sup>20</sup>

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

<sup>15</sup> BGH Urt. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11, NJW 2012, 518 Rn. 21 ff., dazu *Pützenmacher LMK* 2012, 329 686.

<sup>16</sup> Ebenso *Siegburg* Rn. 133; *Völkel* S. 30.

<sup>17</sup> *Mantscheff* FS Korbion, 1986, 295 (299); Kapellmann/Vygen Jahrbuch Baurecht/Grauvogl 1998, S. 315, 324; so jetzt auch für Abschnitt 2.3.1 der DIN 18299 VK Südbayern 3.6.2014 – Z3–3–3194–1–14–03/14.

<sup>18</sup> BGH Urt. v. 10.12.1992 – I ZR 186/90, BGHZ 121, 13 (18) = NJW 1993, 721.

<sup>19</sup> BGH Urt. v. 5.4.1984 – III ZR 2/83, BGHZ 91, 55 (57) = NJW 1984, 2161; BGH Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, NJW 1985, 623 (624).

<sup>20</sup> *Vögel BauR* 2007, 224 (228).

## IV. Abschnitt 3

- 7 Auch bei diesem Abschnitt handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen.<sup>21</sup>  
 So bestimmte etwa Abschnitt 3.1.2 der DIN 18336 a. F. – 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, zB die für Grundierungen pro m<sup>2</sup> aufzutragende Harzmenge, die Art und Weise der Abstreuerung und dass Versiegelungen zweilagig herzustellen sind. Abschnitt 3.1.2 der DIN 18336 – Abdichtungsarbeiten definiert heute, ab welchen witterungsbedingten Verhältnissen in Abstimmung besondere Maßnahmen zu ergreifen sind, die gesondert vergütet werden müssen. *Grauvogl*<sup>22</sup> 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 zum Zwecke der Qualitätssicherung bzw. -herbeiführung**. Dem Auftragnehmer wird vorgeschrieben, auf welche Art und Weise er die Bauleistung zu erbringen hat (zB 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 leistungsbezogene Nebenpflichten handelt. Auf jeden Fall sind es **Pflichten, die den jeweiligen Vertragsumfang maßgeblich sowie die zu zahlende Vergütung mitbestimmen**. Deutlich erkennen lässt sich dies etwa anhand des Abschnittes 3.9 der DIN 18350 – Putzarbeiten, worin es heißt: „Dämmstoffe sind über die gesamte Fläche dicht gestoßen zu verlegen und mit dem Untergrund zu verkleben. In den Putz ist vollflächig ein Gewebe einzubetten.“ Die DIN 18451 – Gerüstarbeiten regelt im Abschnitt 3.7 eine Erhaltungspflicht des Gerüsterstellers. Enthalten sind zudem **Risikoverteilungen**, die zwar nicht zwangsläufig, aber oftmals von dem Gesetz abweichen. Ein Musterbeispiel hierfür sind die Abschnitte 3.1 und 3.2 der DIN 18301.<sup>23</sup>
- 8 Dies wirft im Rahmen des Abschnittes drei **Fragen** auf:
- 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 Bundesgerichtshofes<sup>24</sup> 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** allenfalls den **Mindeststandard** vor.<sup>25</sup> **Entscheidend** für die vertragsgemäße Herstellung des Werkes bleibt aber immer die **konkrete Beschaffenheitsvereinbarung**<sup>26</sup> und die **zu erwartende Funktionalität**.<sup>27</sup> Gleichwohl soll die Verletzung der

<sup>21</sup> Ebenso Diehr ZfBR 2018, 627 (631); MüKoBGB/Busche BGB § 631 Rn. 197; Siegburg Rn. 133; Völkel S. 30.

<sup>22</sup> Kapellmann/Vygen/*Grauvogl* Jahrbuch Baurecht 1998, S. 315, 325; abweichend jetzt Kapellmann/Vygen/*Grauvogl* Jahrbuch Baurecht 2003, S. 29, 43 (erhebliche Risikoverlagerung!).

<sup>23</sup> Näher Diehr ZfBR 2018, 627 (631 f.).

<sup>24</sup> BGH Urt. v. 14.5.1998 – VII ZR 184/97, BauR 1998, 872 = NJW 1998, 2814.

<sup>25</sup> BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 134/12, BauR 2013, 952 = NJW 2013, 1226; BGH Urt. v. 10.7.2014 – VII ZR 55/13, BauR 2014, 1801 = NJW 2014, 3511.

<sup>26</sup> BGH Urt. v. 14.5.1998 – VII ZR 184/97, BauR 1998, 872 = NJW 1998, 2814; OLG Hamm Urt. v. 17.6.1994 – V ZR 204/92, NJW-RR 1995, 17.

<sup>27</sup> BGH Urt. v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98, BauR 2000, 411 = NJW-RR 2000, 465; BGH Urt. v. 25.1.2007 – VII ZR 41/06, BauR 2007, 700 = NJW-RR 2007 597; BGH Urt. v. 21.4.2011 – VII ZR 130/10, NJW-RR 2011, 1240 Rn. 11.

Vorgaben in einer gewerkespezifischen DIN-Vorschrift erhebliche bauprozessuale Auswirkungen zugunsten des Auftraggebers haben, weil vermutet wird, dass gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen wurde.<sup>28</sup> Diese Vermutung, nämlich die Anwendung des Anscheinsbeweises, lässt sich rechtlich tragfähig nicht begründen.<sup>29</sup> Hiervon geht übrigens der Abschnitt 6.1 der DIN 820 Teil 1 selbst aus, weil sich die Regelungen in den DIN-Normen erst als anerkannte Regel der Technik etablieren soll. Eine Folge hiervon ist etwa, dass sich Planer nicht darauf verlassen können, dass DIN-Normen die anerkannten Regeln der Technik enthalten.<sup>30</sup> Ein Werk ist etwa bereits dann mangelhaft, wenn der in den anerkannten Regeln der Technik vorgesehene Gebrauchstauglichkeitsnachweis nicht geführt werden kann.<sup>31</sup> Die Einhaltung der Vorgaben einer DIN schützt also nicht vor der Mängelhaftung. 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 regelmäßig zu verneinen.<sup>32</sup>

Im Abschnitt 3 sind auch die **Benachrichtigungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers**,<sup>33</sup> zB geregelt in DIN 18305 – Wasserhaltungsarbeiten – Abschnitt 3.1.2 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 sinngemäß auch für den BGB-Vertrag gilt.<sup>34</sup> 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 legte zB DIN 18301 a.F. – 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.“ Diese Pflichten werden nunmehr in DIN 18301 – Bohrarbeiten in den Abschnitten 3.1.7 und 3.1.8 erweitert und präzisiert. Im Verhältnis zu den Anordnungsrechten des Auftraggebers in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B wird **zwischen den Vertragsparteien** so eine **Kooperationsverpflichtung** begründet.<sup>35</sup> Dem Abschnitt 3 dürfte demzufolge auch insofern ein **Regelungs- und Vertragscharakter** zukommen.

Die DIN 18195-3:2011-12 Abschnitt 5.4.4 enthielt 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 in dem Abschnitt 3.10.2 der DIN 18323 (Kampfmittelräumarbeiten), in dem Abschnitt 3.1.2 der DIN 18303 (Lieferung der technischen Unterlagen, um Einhaltung der behördlichen Auflagen nachweisen zu können), in den Abschnitten 3.1.4 und 3.1.5 der DIN 18356 oder im Abschnitt 3.7 der DIN 18358 oder im Abschnitt 3.1.1.3 der DIN 18360 (Pflicht zur Vorlage von Zeichnung des Metallbauers vor Fertigungsbeginn und Freigabe durch den Auftraggeber). 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

<sup>28</sup> OLG Hamm Urt. v. 14.8.2019 – 12 U 73/18, ZfBR 2019, 783; OLG Stuttgart Urt. v. 26.8.1976 – 10 U 35/76, BauR 1977, 129; *Schulze-Hagen* FS Werner, 2005, 355 (360).

<sup>29</sup> *Ritter-Höll/Vogel*, BauR 2019, 1681 (1690 f.).

<sup>30</sup> OLG Nürnberg Urt. v. 6.8.2015 – 13 U 577/12, IBR 2018, 454.

<sup>31</sup> BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 134/12, NJW 2013, 1226 Rn. 12.

<sup>32</sup> BGH Urt. v. 4.6.2009 – VII ZR 54/07, NJW 2009, 2439 Rn. 12; 2007, 2893 Rn. 24 ff.; jeweils zum Schallschutz.

<sup>33</sup> So BGH Urt. v. 7.6.2001 – VII ZR 471/99, BauR 2001, 1414 = NZBau 2001, 495 (Hinweispflicht in DIN 18352 Abschnitt 3.1.1 ist nicht abschließend).

<sup>34</sup> BGH Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511 Rn. 22 = BauR 2008, 344.

<sup>35</sup> Kapellmann/Vygen Jahrbuch Baurecht/Grauvogel 1998, 315, 326.

## Syst V

Die VOB Teil C und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

noch nicht abschließend beurteilt worden. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes<sup>36</sup> sprechen eher 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 (zB Nutzung, Instandhaltung, Veränderung) erforderlich oder als Qualitätsnachweis vereinbart ist. Diese Rechtsproblematik ist bislang wenig diskutiert worden. Sie dürfte jedoch in der Baupraxis eine wesentliche Rolle spielen.

Schlussendlich legen zB die Abschnitte 3.3.1 bis 3.3.4 der DIN 18318 und Abschnitte 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**.

### V. Abschnitt 4

- 11 Die mitvergüteten **Nebenleistungen und die Besonderen Leistungen**, die gesondert vergütungspflichtig sind, werden jeweils im Abschnitt 4 beschrieben. Diese Regelungen sind ebenfalls **Allgemeine Vertragsbedingungen**.<sup>37</sup>
- 12 Bei den Nebenleistungen und den Besonderen Leistungen wird das Verhältnis zu den §§ 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. Vorrangig sind die durch Vertragsauslegung zu beantwortenden Fragen, welche Leistung der Auftragnehmer schuldet und ob diese mit der vertraglich vereinbarten Vergütung abgegolten ist. 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.<sup>38</sup>
- Die Vergütung nach dem Abschnitt 4 der DIN-Vorschriften kommt bei einem Einheitspreisvertrag 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 Nebenleistungen und Besonderen Leistungen an.<sup>39</sup> Zur Vertragsauslegung vgl. näher → Rn. 51. Diese Vorüberlegungen, die bewusst kurz gefasst worden sind, müssen in Rechtsprechung und Literatur noch weiter diskutiert werden.
- 13 Trotz dieses Hinweises soll der Abschnitt 4 wie folgt kurz anhand von Beispielen beschrieben werden: Die DIN 18353 – Estricharbeiten – formuliert in dem Abschnitt 4.2.8, dass die Ausgleichung von Unebenheiten unterhalb bestimmter Toleranzen als Nebenleistung nicht gesondert vergütet wird bzw., dass bei Überschreitung der genannten Toleranzen eine Vergütungspflicht als Besondere Leistung besteht. Die DIN 18317 beschreibt in Abschnitt 4.1 die mit abgegoltenen Nebenleistungen – zB Abschnitt 4.1.1 – Feststellen des Straßenzustandes – und führt in Abschnitt 4.2 Beispiele für vergütungserhöhende Besondere Leistungen an, als Beispiel sei erwähnt Abschnitt 4.2.2 – Herstellen von Befestigungen zur Aufrechterhaltung des Verkehrs.

<sup>36</sup> BGH Urt. v. 29.6.1993 – X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461; BGH Urt. v. 18.2.2003 – X ZR 245/00, BauR 2004, 337; ebenso OLG Stuttgart Urt. v. 25.1.2010 – 10 U 119/09, BauR 2010, 1642.

<sup>37</sup> iBrOK BauVertrR./Jansen/von Rintelen § 631 Rn. 82; HRR./Kuffer/Petersen VOB/B Vorbemerkungen zur VOB/B Rn. 45; Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen Klauseln (58) VOB/B Rn. 2.

<sup>38</sup> BGH Beschl. v. 20.12.2010 – VII ZR 77/10, NJW-RR 2011, 378 Rn. 2; OLG Braunschweig Urt. v. 12.12.2013 – 8 AZR 829/12, BeckRS 2014, 123682.

<sup>39</sup> BGH Urt. v. 28.2.2002 – VII ZR 376/00, BauR 2002, 935 = NZBau 2002, 324 = NJW 2002, 1954; BGH Urt. v. 3.5.2006 – XII ZR 195/03, NJW 2006, 3418 Rn. 24f.

Die Regelungen der Abschnitte 4 sollen also gerade den Abgeltungsumfang der vertraglich vereinbarten Vergütung bestimmen und haben damit unmittelbaren Einfluss auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.<sup>40</sup> Deutlich wird dies dadurch, dass durch den Abruf einer als Nebenleistung bewerteten Teilleistung keine gesonderte Vergütungspflicht ausgelöst werden soll.<sup>41</sup> **14**

## VI. Abschnitt 5

Für den Abschnitt 5, der sich mit der **Abrechnung** der erbrachten Leistung beschäftigt, ist durch die Rechtsprechung<sup>42</sup> und Literatur der **AGB-Charakter inzwischen weithin anerkannt**.<sup>43</sup> **15**

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 ermitteln 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 5.2.1–5.3.2, dass je nach Bauteil Öffnungen bis zu einer Größe von 2,5 m<sup>2</sup> übermessen werden können. Vergleichbares gilt zB für Maler- und Lackiererarbeiten (siehe DIN 18363, jetzt: Maler- und Lackiererarbeiten – Beschichtungen, Abschnitte 5.2 und 5.3) oder für Tapezierarbeiten (DIN 18366, Abschnitte 5.1.1 und 5.2.1 bis 5.2.8).

Bisweilen enthält dieser Abschnitt Bestimmungen zu den wechselseitigen Rechten und Pflichten. So bestimmt Abschnitt 5.4.3.2 der DIN 18451, dass das Gebrauchsüberlassungsverhältnis frühestens drei Tage nach Zugehen der Mitteilung über die Freigabe beim Auftragnehmer endet; hiermit wird § 545 S. 1 BGB über die stillschweigende Verlängerung des Vertrags mittelbar abbedungen.<sup>44</sup>

Wie diese Abrechnungsregelungen auszulegen und anzuwenden sind, ist eine Rechtsfrage; da vom Grundgedanken, der sich etwa in § 2 Abs. 2 VOB/B wiederfindet, der Abrechnung nach tatsächlich ausgeführter Teilleistung abgewichen wird, sind die Klauseln im Zweifel eng auszulegen.<sup>45</sup>

## B. Zwischenergebnis

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.<sup>46</sup> **16**

<sup>40</sup> Vgl. BGH Urt. v. 28.2.2002 – VII ZR 376/00, BauR 2002, 935 = NZBau 2002, 324 = NJW 2002, 1954.

<sup>41</sup> Plakatv KG Urt. v. 9.5.2017 – 21 U 97/15, NJW 2017, 3530 Rn. 30 ff.

<sup>42</sup> OLG Köln Urt. v. 7.6.2016 – I-22 U 45/12, NJW 2017, 493 Rn. 23; OLG Düsseldorf Urt. v. 7.5.1991 – 23 U 165/90, BauR 1991, 772.

<sup>43</sup> *Vögel/Vögel* BauR 2000, 345 mwN; *Kniffka/Jansen/von Rintelen* Bauvertragsrecht, § 631 Rn. 82; *HRR/Kuffer/Petersen* VOB/B Vorbem. zur VOB/B Rn. 45; *Ingenstau/Korbion/Sienz* Anhang 4 Rn. 43; *Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen* Klauseln (58) VOB/B Rn. 2.

<sup>44</sup> Zutreffend *Vygen/Joussen* Rn. 896; aA *KG IBR* 2010, 673.

<sup>45</sup> *Staudinger/Schlosser* BGB § 305 Rn. 21; mittelbar *OLG Karlsruhe* Urt. v. 27.3.2013 – 14 U 145/11, *NJW-RR* 2013, 1287.

<sup>46</sup> Ebenso jetzt *Englert/Grauvogl/Maurer*, Handbuch des Baugrund- u. Tiefbaurechts, Anhang D, Rn. 3804 ff.; *Glöckner/v. Berg/Luz* BGB § 305 Rn. 2/8 ff.; *Ingenstau/Korbion/Sienz* Anhang 4 Rn. 44; *MüKoBGB/Busche* § 631 Rn. 197; *Locher*, Das private Baurecht, Rn. 140/147; *Markus/Kaiser/Kapellmann* Rn. 34; *Kapellmann/Vygen* Jahrbuch BauR/*Moufang/Klein* 2004, 73(77 f.); *PWW/Halfmeier/Leupertz* BGB Vor §§ 631 ff. Rn. 30; *Quack* ZfBR 2002, 641; *Quack* ZfBR 2005, 731; *Staudinger/Schlosser* BGB § 305 Rn. 3; *Tempel/Seyderhelm*, Materielles Recht im Zivilprozess, S. 203; *Völkel* S. 29 ff.; *Zerr* Rn. 97.

## Syst V

Die VOB Teil C und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

*Mantsch*<sup>47</sup> 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, zB DIN 18331 in Verbindung mit DIN 1045 usw., 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 Oberlandesgerichte<sup>48</sup> bejahten entgegen von Stimmen in der Literatur<sup>49</sup> die Überprüfbarkeit der VOB/C anhand des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nämlich insoweit, als dass durch die jeweilige DIN-Vorschrift das übliche Abrechnungsverfahren, also die Vergütungsberechnung des BGB, geändert und ergänzt wird,<sup>50</sup> bzw. insoweit, als dass technische Vorschriften und Vertragsbedingungen sich nicht auf rein technische Vorgänge beschränken, sondern auch Regelungen über Aufmaß, Abrechnung und die nicht zu vergütenden Nebenleistungen enthalten.<sup>51</sup> Der Bundesgerichtshof ging in einer unveröffentlichten Entscheidung<sup>52</sup> 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.

### C. Wirksame Einbeziehung der VOB/C in den Bauvertrag

- 18 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 Abs. 1 S. 2 VOB/B nicht „automatisch“, dass **auch Teil C Vertragsinhalt geworden** ist.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup>

Das Oberlandesgericht Saarbrücken<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> Der Hinweis auf eine Verkehrssitte ist nicht durchdacht. Deren Voraussetzungen (vgl. → Rn. 45 ff.) werden verkannt. Das Oberlandesgericht Saarbrücken hat übersehen, dass die **VOB/C ohne vertragliche Einbeziehung nicht Vertragsbestandteil werden kann.**

- 19 Die Argumentation einer Einbeziehung durch Handelsbrauch ist dogmatisch bedenklich, da das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine rechtsgeschäftliche Einbezie-

<sup>47</sup> *Mantsch* FS Korbion, 1986, 295 (299), ohne sich allerdings der hier gezogenen Konsequenz anzuschließen.

<sup>48</sup> OLG Köln Urt. v. 25.6.1981 – 18 U 183/77, BauR 1982, 170 (171); OLG Düsseldorf Urt. v. 7.5.1991 – 23 U 165/90, BauR 1991, 772 (774).

<sup>49</sup> *Heiermann* DB 1977, 1733 (1735); für AGB-Charakter: Beck VOB/B/*Junghenn* § 4 Nr. 2 Rn. 94; *Kaiser* Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozess Rn. 12; *Putzier* Baurechtliche Schriften Bd. 33, 1997, 109; *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Kap. 3.5 Rn. 136; *Tempel* Materielles Recht im Zivilprozess S. 224.

<sup>50</sup> OLG Köln Urt. v. 25.6.1981 – 18 U 183/77, BauR 1982, 170 (171).

<sup>51</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 7.5.1991 – 23 U 165/90, BauR 1991, 772 (773 ff.).

<sup>52</sup> BGH Urt. v. 28.2.1974 – VII ZR 127/71, n. v.

<sup>53</sup> Zutreffend HRR/*Kuffer/Petersen* VOB/B § 1 Rn. 15; aA *Ingenstau/Korbion/Keldungs* VOB/B § 1 Abs. 1 Rn. 7; *Langen/Schiffers* Rn. 242 (ohne Begründung); *Staudinger/Peters/Jacoby* BGB Vorb. zu §§ 631 ff. Rn. 93; *Siegburg* Rn. 98.

<sup>54</sup> NWJS/Funke VOB/B § 1 Rn. 12.

<sup>55</sup> OLG Saarbrücken Urt. v. 27.6.2000 – 7 U 326/99 – 80, BauR 2000, 1332 (1333); dagegen zu Recht *Schwenker* IBR 2000, 527.

<sup>56</sup> *Kapellmann/Messerschmidt/v. Rintelen* VOB/B § 1 Rn. 22; *Quack* ZfBR 2005, 731 f.