



**Baubetriebliche Stellungnahme
zur geplanten Änderung der VOB Teil B
gemäß Beschluss des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses (DVA)
Hauptausschuss Allgemeines
vom 17.05.2006 und vom 27.06.2006**

Nach der letzten Änderung im Dezember 2002 steht eine weitere Überarbeitung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (DIN 1961) bevor. Die Änderungen werden durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), welcher beim Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) angesiedelt ist, erarbeitet und beschlossen (siehe aus unter www.bmvbs.de, Suchwort „DVA“).

Der DVA hat die Aufgabe, für die fachgerechte Vergabe und Abwicklung von öffentlichen Bauaufträgen Grundsätze zu erarbeiten und weiterzuentwickeln. Dem DVA gehören Vertreter aller wichtigen öffentlichen Auftraggeber, Ressorts des Bundes und der Länder, sonstige öffentliche Auftraggeber, kommunale Spitzenverbände und Spitzenorganisationen der Wirtschaft und der Technik, in paritätischer Zusammensetzung an. Zur Arbeit des DVA gehört die Klärung aller, mit der Herausgabe der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) zusammenhängenden, Fragen.

Zur VOB schreibt Herig (Praxiskommentar VOB Teile A, B, C, 2. Auflage, Werner Verlag 2003, Rdn. 18 und 22): „Die VOB, ein Regelwerk, das von Praktikern auf dem Bau für Praktiker auf dem Bau geschaffen wurde, ist als eine praxisbewährte Regelung für die gesamten Bedürfnisse auf dem Bau anerkannt und wird uneingeschränkt als ausgewogener Interessenausgleich angesehen, der auf die Besonderheiten des Bauvertrages zugeschnitten ist. [...] Teil B stellt standardisierte Vertragsbedingungen i. S. v. Musterbedingungen dar, die Rechte und Pflichten der Beteiligten eines Bauvertrages regeln. Bei Bauaufträgen der öffentlichen Hand werden diese Standardbedingungen dem Vertrag quasi ausnahmslos zugrunde gelegt, bei Bauaufträgen von privaten Bauherren finden sie zum überwiegenden Teil Anwendung.“

Der DVA hat mit Beschluss vom 17.05.2006 Änderungen vorgeschlagen, von denen mit Beschluss vom 27.06.2006 jedoch nur Teile umgesetzt werden sollen.

Als Baubetriebsberater und von der Ingenieurkammer Niedersachsen öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Bauablaufstörungen sei aus baubetrieblicher Sicht zu ausgewählten, vorgeschlagenen Änderungen der VOB Teil B Stellung genommen:



1) Zusammenfassung der Anordnungsrechte des Auftraggebers und Ergänzung um ein zeitliches Anordnungsrecht

Folgende Änderung war vorgesehen, wird jedoch nicht umgesetzt:

„3. § 1 Nr. 3

Zusammenfassung der Anordnungsbefugnisse, zeitliches Anordnungsrecht

Nr. 3 erhält folgende Fassung:

3. Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten. Der Auftraggeber kann Anordnungen zu Art und Umfang der vertraglichen Leistung, soweit geboten auch hinsichtlich der Bauzeit, treffen, wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf die dafür erforderlichen Leistungen eingerichtet ist und sie unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht unzumutbar sind. Andere Leistungen, die der Auftraggeber nicht anordnen kann, können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.“

Nr. 4 entfällt

(Folgeänderungen in § 2 Nrn. 5 und 6 (gleichfalls Zusammenfassung) und in § 6: s. Pkte. 4, 7 und 8)“

Insbesondere aus baubetrieblicher Sicht sind die vorgeschlagenen Änderungen zu begrüßen. Dadurch wird einerseits bereits bei Umsetzung des VOB-Bauvertrages mehr Klarheit über die Rechte des Auftraggebers bestehen als auch in späteren Auseinandersetzungen über die Folgen gestörter Bauabläufe eine klarere Abgrenzung zwischen heute umstrittenen berechtigten und unberechtigten Anordnungen des Auftraggebers möglich sein.

Von besonderer Bedeutung ist die Ergänzung um ein zeitliches Anordnungsrecht, da dadurch bisherige Zweifel, ob es ein solches gibt oder nicht, beseitigt werden. Gerade von Baubetrieblern wird dieses zeitliche Anordnungsrecht bisher bereits vielfach unter dem Begriff der anderen Anordnung subsumiert.

Ungelöst bleibt jedoch weiterhin die klare Abgrenzung zwischen berechtigten und unberechtigten Anordnungen des Auftraggebers. Gerade aus baubetrieblicher Sicht ist aber diese Abgrenzung von Bedeutung, da die Ansprüche bei berechtigten Anordnungen als Vergütungsanspruch gemäß § 2 Nr. 5 und bei unberechtigten Anordnungen als Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Nr. 6 zu ermitteln sind.

Eine Anordnung zur Umstellung des Bauablaufs als zeitlicher Eingriff durch den Auftraggeber oder eine Beschleunigungsanordnung sind sicherlich als berechtigte Anordnungen anzusehen. Bei der Beschleunigungsanordnung ist jedoch weiterhin zu differenzieren, ob die Verzögerung vom Auftragnehmer selbst verschuldet wurde und er somit vertraglich bereits zum Aufholen der Verzögerung verpflichtet ist oder ob die Verzögerung vom Auftraggeber verursacht wurde und somit der Auftragnehmer Anspruch auf die Erstattung der sich aus der Beschleunigung ergebenden Mehrkosten hat.

Ob eine verspätete Planbeistellung auch eine zeitliche Anordnung ist, wird weiterhin umstritten sein. Wären auch solche fehlenden Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als berechtigte zeitliche Anordnungen zu werten, so könnten zukünftig alle Sachverhalte nur noch als Vergütungsanspruch gemäß § 2 Nr. 5 geltend gemacht werden, welche bisher teilweise differenziert als Bauablaufstörungen auf der Grundlage unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen geltend zu machen waren. Dass dies seit langem Wunsch vieler Baubetriebskollegen ist, ist hinlänglich bekannt, jedoch werden Juristen das rechtsdogmatisch voraussichtlich weiterhin kritisch sehen.



Insbesondere die Rechtsprechung wird somit auch in Zukunft die Abgrenzung zwischen berechtigten und unberechtigten Anordnungen des Auftraggebers vornehmen müssen. Fraglich ist, wie der Auftragnehmer, wenn er einer unberechtigten Anordnung des Auftraggebers Folge geleistet hat, Vergütungsansprüche geltend machen kann, wenn der Auftraggeber feststellt, dass der Auftragnehmer auf Grundlage einer unberechtigten Anordnung freiwillig geleistet hat. Das bereits heute vorliegende Dilemma des Auftragnehmers, sich zeitnah, aber ohne Rechtssicherheit, zum Beispiel zwischen einem berechtigten Leistungsverweigerungsrecht oder der Fortführung der Arbeiten zu entscheiden, wird somit auch auf die Fälle der Einordnung berechtigter und unberechtigter Anordnungen des Auftraggebers ausgeweitet.

Mit der geplanten, aber nicht umgesetzten, VOB-Regelung wäre somit die Anzahl der Zweifelsfälle reduziert worden, das Grundproblem der strittigen Sachverhaltsauslegung zwischen den Bauvertragsparteien, insbesondere während der Bauausführung, wäre damit aber ohnehin nicht gelöst worden.

2) Zusammenfassung der Vergütungsansprüche für geänderte und zusätzliche Leistungen

Folgende Änderung war vorgesehen, wird jedoch nicht umgesetzt:

„4. § 2 Nr. 5 (neu)

Vergütung bei Anordnung zur Bauzeit und Zusammenfassung mit § 2 Nr. 6 (Folgeänderung zu Pkt. 3)

Nr. 5 erhält folgende Fassung:

"5. Werden durch Anordnungen des Auftraggebers nach § 1 Nr. 3 Satz 1 die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert oder eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so ist ein Preis auf der Grundlage der Preisermittlung für die vertragliche Leistung zu vereinbaren. Dabei sind Mehr- oder Minderkosten oder die besonderen Kosten der geforderten Leistung zu berücksichtigen. Der Auftragnehmer soll dem Auftraggeber die Änderung des Preises für eine geänderte Leistung oder den Anspruch auf besondere Vergütung einer zusätzlichen Leistung vor Ausführung der Leistung ankündigen. Die Vereinbarung über den Preis soll vor der Ausführung getroffen werden.

Nr. 6 entfällt, die folgenden Nummern verschieben sich um eine Ziffer nach vorne"

Die Zusammenfassung der Vergütungsansprüche für geänderte und zusätzliche Leistungen aus den alten Nrn. 5 und 6 des § 2 in einer neuen Nr. 5 ist zu begrüßen. Aus baubetrieblicher Sicht war der Unterschied zwischen einer geänderten und einer zusätzlichen Leistung ohnehin kaum von Bedeutung.

Dass ein Vergütungsanspruch in der Regel vor Ausführung anzuzeigen ist, erscheint ebenso sinnvoll. Hilfreich ist hier aber, dass für die Zweifelsfälle, in denen ein rechtzeitiges Erkennen eines Vergütungsanspruches für den Auftragnehmer schwierig oder unmöglich ist, die fehlende Anzeige nicht zum Anspruchsverlust führt.

In Zusammenhang mit der vorherigen Mehrkostenanzeige ist wiederum die Abgrenzung zwischen berechtigten und unberechtigten Anordnungen des Auftraggebers bedeutsam. Allein der Streit zwischen den am Bau Beteiligten über die Einordnung einer Anordnung als berechtigt oder unberechtigt wird Schwierigkeiten während der Bauausführung herbeiführen, die nur im Sinne der Kooperation oder später gerichtlich geklärt werden können.



Aus baubetrieblicher Sicht ist weiterhin anzumerken, dass die Kalkulation der Auswirkungen bauzeitlicher Anordnungen während der Bauausführung die Auftragnehmer vor erhebliche Schwierigkeiten stellt. Aus der Beratungspraxis ist bekannt, dass nur wenige Auftragnehmer dazu tatsächlich in der Lage sind und viele auf externe Unterstützung angewiesen sind.

Wenn somit auf, zumindest für den Auftragnehmer, unsicherer Grundlage Nachtragsvereinbarungen über zeitliche Änderungen des Bauablaufs getroffen werden, deren Auswirkungen er im Bauablauf kaum abschließend beurteilen kann, so muss Auftragnehmern immer zu einer Öffnungsklausel, zum Beispiel hinsichtlich der Berücksichtigung von zeitabhängigen Gemeinkosten, in den entsprechenden Nachtragsvereinbarungen geraten werden.

Schließlich erscheint es von Bedeutung, in den entsprechenden Nachtragsvereinbarungen insbesondere bei bauzeitlichen Anordnungen des Auftraggebers nicht nur die Kostenfolgen, sondern auch die Auswirkungen auf die Bauzeit zu berücksichtigen. Es sind dann neue Termine zu vereinbaren, da die automatische Fristverlängerung gemäß § 6 Nr. 4 im neuen § 6 Nr. 2 bei bauzeitlichen Anordnungen des Auftraggebers ausgeschlossen wird.

Die die geplante Zusammenfassung der Nrn. 3 und 4 im § 1 nicht erfolgt, unterbleibt konsequenterweise auch die geplante Zusammenfassung der Nrn. 5 und 6 im § 2.

3) Folgeänderungen bei Behinderung und Unterbrechung

Folgende Änderung war vorgesehen:

„7. § 6 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 (neu)

Keine Ausführungsfristverlängerung bei unmittelbarer Anordnung zur Bauzeit (Folgeänderung zu Pkten. 3 und 4)

Nr. 2 Abs. 1 wird um folgenden Satz 2 ergänzt:

"2. (1) Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist:

[a] bis c) unverändert]

²Bei Anordnungen des Auftraggebers unmittelbar zur Bauzeit gemäß § 1 Nr. 3 findet Satz 1 keine Anwendung.

8. § 6 Nr. 6 Satz 2 (neu)

Vorrang der Vergütung bei Anordnungen des AG zur Bauzeit (Folgeänderung zu Pkten. 3 und 4)

Nr. 6 wird um einen Satz 2 ergänzt:

"... ²Der Auftragnehmer kann keinen Schadenersatz aus Bauzeitverlängerung beanspruchen, soweit ihm aus einer Anordnung des Auftraggebers zur Bauzeit (§ 1 Nr. 3) eine Vergütung nach § 2 Nr. 5 zusteht.

9. § 6 Nr. 6 S. 3 (neu)

Entschädigung des AN bei Verletzung der Mitwirkungspflicht des AG

Nr. 6 wird um einen neuen Satz 3 ergänzt:

6. ³Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Nr. 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Nr. 1 Satz 2 gegeben ist."



Die vorgeschlagenen Folgeänderungen bei Behinderung und Unterbrechung sind ebenso zu begrüßen, da dadurch eine klare Abgrenzung zwischen Vergütungs- und Schadensersatzanspruch erfolgt.

Aus baubetrieblicher Sicht wäre wünschenswert gewesen, die Formulierung im § 6 Nr. 6, Satz 1 noch dahingehend zu ergänzen, dass nicht zwingend die „scharfen“ Anforderungen eines Schadensersatznachweises gelten. Im Hinblick auf die richterliche Schätzung gemäß § 287 ZPO sollte hilfsweise eine nachvollziehbare Schätzung möglich sein, zum Beispiel entsprechend eines Vergütungsanspruches mit anschließender Plausibilitätsprüfung, ob der Schaden tatsächlich in der ermittelten Höhe entstanden sein kann.

Wegen der Komplexität gestörter Bauabläufe und der Überlagerung von Auftraggeberseitigen Störungen und Eigenverschulden des Auftragnehmers können in der Praxis häufig die „scharfen“ Anforderungen eines Schadensersatznachweises nicht erfüllt werden, da aus den tatsächlich entstandenen Kosten nachträglich nicht mehr mit hinreichender Sicherheit differenziert werden kann, aus welchem Umstand diese Kosten verursacht wurden. Hier erscheint aus baubetrieblicher Sicht die hilfsweise Fortschreibung der Kalkulation als Schätzung gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung der gemäß § 286 nachgewiesenen Auftraggeberseitigen Störungen geeignet, um den Schaden zu ermitteln. Diese Vorgehensweise und Differenzierung der Nachweisführung für die haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität hat der Bundesgerichtshof mit Urteil VII ZR 225/03 (Vorinstanz OLG Dresden) vom 24.02.2005 bereits bestätigt.

Der ausdrückliche Hinweis im neuen Satz 3 auf den Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB schafft weiterhin Klarheit. Fraglich ist aber, warum als Anspruchsvoraussetzung für den Entschädigungsanspruch jetzt die Behinderungsanzeige oder Offenkundigkeit zusätzlich eingeführt wurde. Aus baubetrieblicher Sicht erscheint dies entbehrlich, wenn über andere Dokumentationsmöglichkeiten die Ursachen der Störung nachweisbar sind.

Der ausdrückliche Hinweis auf den Entschädigungsanspruch wirft darüber hinaus die Frage auf, welche Tatbestände überhaupt noch als klassische Behinderung geltend zu machen sind. Aus baubetrieblicher Sicht lassen sich fast alle Tatbestände des gestörten Bauablaufs entweder als ändernde Anordnung mit Vergütungsfolge oder als fehlende Mitwirkung des Auftraggebers mit Entschädigungsfolge einordnen.

Umgesetzt wird jedoch nur der als neuer Satz 3 in Nr. 6 geplante Satz, der nun neuer Satz 2 wird:

"... ²Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Nr. 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Nr. 1 Satz 2 gegeben ist."



4) Einführung eines Schlichtungsverfahrens bei Streitigkeiten

Folgende Änderung war vorgesehen:

„21. § 18 Nr. 3 (neu)

Einführung eines Schlichtungsverfahrens bei Streitigkeiten

Als Nr. 3 wird neu eingefügt:

3. "Daneben kann bei Großbaumaßnahmen für Streitigkeiten eine baubegleitende Streitschlichtung vereinbart werden. Die Vereinbarung sollte mit Vertragsabschluss erfolgen."

Die bisherigen Nrn. 3 und 4 werden zu Nrn. 4 und 5“

Die Einführung eines Schlichtungsverfahrens bei Streitigkeiten ist ausdrücklich zu begrüßen. In der Beratungspraxis zeigt sich immer wieder, dass insbesondere öffentliche Auftraggeber zur Schlichtung bereit sind, aber wegen fehlender Regelungen in der VOB keine Möglichkeiten der Umsetzung sehen. Gerade ein baubegleitendes Schlichtungsverfahren, zum Beispiel durch Einschaltung eines Wirtschaftsmediators, könnte viele Streitfälle zeitnah lösen, so wie es bereits seit Jahrzehnten erfolgreich in der Schweiz praktiziert wird.

Fraglich ist hier, warum dieses Verfahren nur bei Großbaumaßnahmen Anwendung finden soll und Großbaumaßnahmen mit einem Auftragswert von mehr als 25 Mio. Euro definiert werden. Auch bei kleineren Baumaßnahmen kann ein entsprechendes Schlichtungsverfahren wirtschaftliche und zeitliche Vorteile bringen. Da es sich um eine Kann-Regelung handelt, sollte hier bewusst auf eine Einschränkung verzichtet werden. Die Vertragsparteien, insbesondere der ausschreibende öffentliche Auftraggeber, sollte dies selbst entscheiden.

Umgesetzt wird diese Änderung in verallgemeinerter Form und ohne die Einschränkung auf Großbaustellen:

„3. Daneben kann ein Verfahren zur Streitbeilegung vereinbart werden. Die Vereinbarung sollte mit Vertragsabschluss erfolgen.“

Ein Link zu den Beschlüssen des DVA sowie die Stellungnahme findet sich auf der Internetseite www.Boetzkes.de unter der Rubrik „Veröffentlichungen“.

Braunschweig, den 30. Juni 2006