

CF NEWSLETTER

BAURECHT



23. NOVEMBER 2022

VOB/B-NOVELLE VERZÖGERT SICH WEITER AUSWIRKUNGEN AUF DEN BAUVERTRAG

Die VOB/B dominiert die Vertragsgestaltung im Bauwesen. Sie dient zumindest als Standard an dem Verträge über die Errichtung von Gebäuden orientieren. Die aktuelle Fassung der VOB/B bildet das tatsächliche Geschehen im Bauablauf nur noch unzureichend ab. Aber auch die rechtlichen Rahmenbedingungen haben sich in den vergangenen Jahren verändert. Eine grundlegende Überarbeitung der VOB/B ist seit geraumer Zeit in Vorbereitung. Ergebnisse stehen aber noch aus. Daher ist es für den Anwender ratsam auf Lücken und Schwächen mit einem konkreten eigenen Vertragswerk zu reagieren.

SEBASTIAN BÄRMANN
RECHTSANWALT

sebastian.baermann@cornea-franz.de
Telefon+0931 35939-192



VOB/B-NOVELLE VERZÖGERT SICH WEITER - AUSWIRKUNGEN AUF DEN BAUVERTRAG

I. VORBEMERKUNG

Erteilt die öffentliche Hand einen Bauauftrag im Rahmen eines Vergabeverfahrens, so ist in den Vergabeunterlagen stets vorzuschreiben, dass die VOB/B Bestandteil des Vertrages wird (§ 8a Abs. 1 Satz 1 VOB/A). Doch auch weit über die Bautätigkeit der öffentlichen Hand hat die VOB/B Verbreitung erfahren. Dies geht mitunter soweit, dass manch ein Auftraggeber vorschnell annimmt die VOB/B habe Gesetzqualität. Dem ist nicht so. Für Bauverträge enthält die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen. Es handelt sich daher um nichts anderes als Allgemeine Geschäftsbedingungen. Dies sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (§ 305 Abs.1 BGB). Als solche muss auch die VOB/B wirksam in den jeweiligen Bauvertrag einbezogen sein. Dies unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle. Von daher ist bereits bei Abschluss eines Bauvertrages sorgfältig darauf zu achten nach welchem Rechtsregime er abgewickelt werden soll, um keine böse Überraschung zu erleben.

Ist sie VOB/B wirksam einbezogen, genießt sie im Vergleich zu den meisten anderen allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch eine Privilegierung. Denn eine Inhaltskontrolle der einzelnen Bestimmungen der VOB/B findet nicht statt, wenn diese in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist (§ 310 Abs.1 BGB). Dies mag daran liegen, dass die VOB/B vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), welche mit Vertretern der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer besetzt ist, erarbeitet wird und daher als ausgewogen und fair gilt.

Für viele Jahrzehnte fehlte es zudem an einer eigenständigen Regelung des Bauvertrags im BGB. Erst zum 01.01.2018 wurde durch den Gesetzgeber das Werkvertragsrecht des BGB um ein Kapitel zum Bauvertrag ergänzt. Dabei wurden erprobte und bekannte Regelungen der VOB/B, welche die Abwicklungen von Bauvorhaben über viele Jahre und Jahrzehnte prägten nicht übernommen. Seither

existiert erstmals ein eigenständiges Regelungsregime für Bauverträge, dem, anders als der VOB/B, Gesetzesqualität zukommt.

II. ÄNDERUNGSBEDARF

Das nun nicht mehr ganz so neue Baurecht des BGB hat sich etabliert. Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) muss hierauf ebenso reagieren, wie auch auf Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), der in den letzten Jahren wiederholt durch bahnbrechende Entscheidung die Auslegung und Abwicklung von Bauverträgen veränderte.

Veränderte Rahmenbedingungen durch „neues“ Baurecht

Es liegt im Wesen des Bauvertrages, dass der eigentliche Vertragsgegenstand erst bei und während der Vertragsabwicklung entsteht. Der Auftragnehmer des Bauvertrages schuldet die Herstellung des versprochenen Werks (§ 631 Abs.1 BGB), mit der Besonderheit, dass es sich hierbei um ein Bauwerk handelt (§ 650a BGB). Dieser Prozess der Herstellung wird durch zahlreiche Faktoren beeinflusst, die eine Anpassung mitunter notwendig machen. Die aktuelle Fassung der VOB/B, immerhin bereits aus dem Jahr 2016, zeigt sich hier großzügig mit den Wünschen und Nöten des Auftraggebers. Denn auch wenn ein bestimmter Bauentwurf vertraglich vereinbart ist, bleibt es dem Auftraggeber vorbehalten die Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen (§ 1 Abs.3 VOB/B).

Die Regelung der VOB/B weicht insofern mittlerweile erheblich von der zwischenzeitlich geschaffenen gesetzlichen Regelung ab. So verfolgt der Gesetzgeber mit seiner Neuregelung des Bauvertrags im BGB nicht zuletzt das Ziel die Zusammenarbeit von Auftraggeber und Auftragnehmer zu fördern und Streit zu vermeiden. Das Motte des Gesetzgebers lässt sich kurz zusammenfassen: „Bauen statt streiten“. Um dies zu erreichen soll der Einigungsgrundsatz gestärkt werden. Auftraggeber und Auftragnehmer sollen nach Möglichkeit im Dialog eine gemeinsame Lösung suchen, welche die wechselseitigen Interessen angemessen berücksichtigt. Ein einseitiges Anordnungsrecht ist mit diesen Grundsätzen nur schwer vereinbar.

Der Gesetzgeber hat daher in § 651 Abs.1 BGB das Anordnungsrecht des Auftraggebers zumindest zeitweilig suspendiert. Begehrt der Auftraggeber eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs, so streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Auftragnehmer ist grundsätzlich verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Erst wenn die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Auftragnehmer keine Einigung erzielen, kann der Auftraggeber die Änderung in Textform anordnen.

Die VOB/B in ihrer aktuellen Fassung weicht hier deutlich vom neu geschaffenen gesetzlichen Leitbild ab. Es dürfte äußerst fraglich sein, ob eine einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers einer Inhaltskontrolle Standhalten wird.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass auch weiterhin ein Bedarf für spezifische Bauvertragliche Regelungen besteht. Denn auch die gesetzliche Regelung erweist sich in der Praxis als lückenhaft. Im Gesetz nicht geregelt sind die Folgen für den Bauablauf während der Verhandlungen über Änderungsbegehren und der Vergütung. Darf, soll oder muss der Auftragnehmer in dieser Zeit die weitere Bauausführung einstellen? An dieser Frage werden die Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer vermutlich auseinanderfallen. Um so wichtiger ist es hierfür eine Regelung zu treffen.

Wandel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Aber auch darüber hinaus vollzieht die aktuelle VOB/B stattgefundenen Änderungen nicht nach. Über viele Jahre war es herrschende Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur, dass bei der Preisbildung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, also bei einer Überschreitung des Mengenansatzes von über 10 v. H. hinaus (Mengenmehrung), die ursprüngliche Kalkulation des Auftragnehmers zu berücksichtigen ist und ihre Einzelbestandteile unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten fortzuschreiben war (vorkalkulatorische Preisfortschreibung), wodurch das Vertragspreisniveau bei der Bildung des neuen Einheitspreises beibehalten werden sollte. Diese vormalige Gewissheit besteht nicht mehr. Denn mit Urteil vom 08.08.2019 (Az. VII ZR 34/18) hat der BGH die Auslegung der VOB/B auf eine neue Grundlage gestellt. Danach sind im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmenden Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben, für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten der über 10 v.H. hinausgehenden Leistungsbestandteile zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich.

Dieser fundamentale Wandel in der Auslegung führt dazu, dass die Preisbildungsklausel in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, obwohl nach dem reinen Wortlaut weiterhin unverändert, eine völlig andere Regelung enthält. Dies gilt es zu beachten, wenn auch weiterhin die VOB/B in ihrer aktuellen Fassung und inhaltlich unverändert vereinbart werden soll.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Gesetzgeber zumindest dem Auftragnehmer einräumt zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Anders als nach der aktuellen VOB/B ist die vorkalkulatorische Preisfortschreibung im BGB noch nicht gänzlich dahin.

Aktuelle Probleme im Bauablauf

Aber auch der tatsächliche Bauablauf wird durch die aktuelle Fassung der VOB/B nur noch unzureichend abgebildet. Insbesondere die letzten beiden Jahre waren geprägt durch Phänomene, die noch im Jahr 2016 so nicht vorhergesehen und folglich auch nicht berücksichtigt wurden.

Der Boom der vergangenen Jahre hat der Baubranche nicht nur steigende Umsätze beschert, sondern führt auch, vor allem in Kombination mit den Weiterhin spürbaren Auswirkungen der Corona-Pandemie und dem militärischen Konflikt in der Ukraine zu einer akuten Materialknappheit. Dies macht sich nicht besonders in Lieferengpässen und ungeahnt langen Lieferzeiten bemerkbar.

Diese neue Problematik wird in der aktuellen Fassung der VOB/B nicht hinreichend berücksichtigt. Schwierigkeiten in der Materialbeschaffung führen demnach nicht ohne weiteres zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen nach § 6 VOB/B. Auch wenn die Corona-Pandemie grundsätzlich geeignet ist, den Tatbestand der höheren Gewalt zu erfüllen, muss doch stets der Einzelfall in den Blick genommen werden. Hier wäre es wünschenswert, wenn die VOB/B aktuelle Problemfelder aufgreift und regelt. Denn die Vertragsparteien brauchen verlässlich und schnell Klarheit. Dies können ihnen Gerichte nur bedingt bieten.

III. STAND DES VERFAHRENS

Der vorstehende kurze Überblick hat gezeigt, dass die aktuelle VOB/B mittlerweile erhebliche Defizite zeigt. Sie weicht immer stärker vom neu geschaffenen gesetzlichen Leitbild ab und greift sinnvolle Ansätze zur Streitvermeidung nicht auf. Gleichzeitig erfährt die VOB/B eine inhaltliche Anpassung durch die Hintertür, indem durch Obergerichte und BGH die Regelungen neu ausgelegt werden. Schließlich hat sich der praktische Bauablauf in den letzten Jahren stark verändert. Manche Streitthemen und Ärgernisse der Vergangenheit sind heute kaum noch relevant. Wiederum neue und akute Probleme werden in der VOB/B nur unzureichend behandelt.

Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI), welches den Vorsitz im DVA führt, hat bereits Ende 2020 den Entwurf einer überarbeiteten VOB/B vorgelegt. Ein finaler Entwurf liegt seit Oktober 2021 vor. Die ursprünglich für 2022 geplante Neufassung steht jedoch weiterhin aus. Ziel der Neufassung ist die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die VOB/B, auch unabhängig von einer Privilegierung in § 310 BGB, einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhält. Aufgabe VOB/B ist es zudem die neugeschaffene gesetzliche Regelung sinnvoll und ausgewogen zu ergänzen. Sicherlich keine leichte Aufgabe. Ein konkreter Termin für eine überarbeitete VOB/B steht daher auch noch nicht fest.

VII. FAZIT

Die Neufassung der VOB/B lässt wohl noch etwas auf sich warten. Dennoch besteht konkreter Regelungsbedarf bei der Gestaltung von Bauverträgen, um den Wünschen und Vorstellungen der Vertragsparteien, aber auch den äußeren Gegebenheiten des Bauablaufs Rechnung zu tragen. Die aktuelle VOB/B wie auch die gesetzlichen Regelungen können dieses Bedürfnis nicht umfassend erfüllen. Die verbleibenden Lücken müssen daher sinnvoll durch rechtssichere vertragliche Vereinbarungen gefüllt werden.

Sie haben Fragen zu diesem Thema?

Gerne steht Ihnen zur Beantwortung Herr Bärmann zur Verfügung.