

Fortschreibung der VOB/B vor dem Hintergrund der §§ 650a BGB

Seit 1.1.2018 gilt im BGB ein gesetzliches Bauvertragsrecht. Es trifft in zentralen Fragen eine von der VOB/B abweichende Regelung. Seit rund zwei Jahren wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur streitig diskutiert, ob und inwieweit die BGB-Regelungen ein gesetzliches Leitbild darstellen, an denen sich die VOB/B im Rahmen der AGB-Kontrolle messen lassen muss. Die AGB-Frage ist trotz fortbestehender AGB-Privilegierung der VOB/B in § 310 BGB aufgerufen, weil diese Privilegierung nur greift, wenn die VOB/B umfassend und unverändert vereinbart wird, was sehr häufig nicht der Fall ist.

Die Diskussion hat im August bzw. November 2019 durch zwei Entscheidungen des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B (Vergütungsberechnung bei Mehrmengen) Fahrt aufgenommen. Der BGH hat darin entschieden, die seit Jahrzehnten praktizierte Ermittlung der Nachtragsvergütung durch Fortschreibung der Kalkulation des Unternehmers sei in der VOB/B gar nicht vorgegeben. Dem BGH liegt zudem eine Revision gegen ein Urteil des Kammergerichts Berlin vor, in der zu dieser Frage auch in Hinblick auf § 2 Abs. 5 (geänderte Leistungen) und § 2 Abs. 6 VOB/B (zusätzliche Leistungen) zu entscheiden sein wird (BGH, Urt. v. 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18; BGH Urt. v. 21.11.2019, Az.: VII ZR 10/19; KG Berlin, Urt. v. 27.08.2019, Az.: 21 U 160/18).

Die gesetzliche Regelung ändert Verfahrensabläufe am Bau, bringt jede Menge neue und ungeklärte Rechtsbegriffe mit sich, wirft insgesamt in der Baupraxis – auch über die AGB-Frage hinaus – Fragen auf. Das dürfte der Grund dafür sein, dass die Praxis die gesetzlichen Regelungen bisher weitgehend ignoriert und trotz des bestehenden AGB-Risikos weiterhin auf die VOB/B setzt.

Diese insgesamt ungeklärte Lage bietet für die VOB/B die Chance, sich durch eine praxisorientierte, die Interessen von Auftraggebern und Unternehmen berücksichtigende Aktualisierung wieder an die Spitze der bauvertraglichen Diskussion zu setzen. Der DVA hat deshalb im Dezember 2019 eine Kampagne zur Überarbeitung der VOB/B eröffnet. Die VOB/B soll insgesamt überprüft werden und Änderungen nicht auf die nachstehenden Punkte beschränkt sein. Angesichts der gesetzlichen Regelung werden die zentralen Fragen aber die folgenden sein:

1. Anordnungsrecht

Die VOB/B (§ 1 Abs.3, 4) sieht ein sofortiges Anordnungsrecht des Auftraggebers für geänderte und zusätzliche Leistungen vor.

Die gesetzliche Regelung (§ 650b BGB) ist dagegen zweistufig und führt einen Verhandlungsvorbehalt ein: Der Auftraggeber muss zuerst ein Änderungsbegehren

äußern. Dem schließt sich eine bis zu 30 Tage dauernde Verhandlungsphase an, in der die Parteien Einigkeit über die infolge der Anordnung auszuführende Leistung und die dafür zu entrichtende Mehr- oder Mindervergütung erzielen sollen. Erst wenn in längstens 30 Tagen keine Einigung erzielt werden kann, erstarkt der Änderungswunsch zu einem Anordnungsrecht.

Problem: eine Verhandlungsphase, jedenfalls von 30 Tagen, wird den Abläufen am Bau nicht gerecht, insbesondere bei nach losweiser Vergabe, bei denen die Gewerke aufeinander abgestimmt arbeiten müssen. Die Regelung ist, nach weit verbreiteter Ansicht, praktisch untauglich.

2. Berechnung der Nachtragsvergütung

Nach der VOB/B (§ 2 Abs. 5, 6) wird die Nachtragsvergütung herkömmlich durch Fortschreibung der Urkalkulation des Unternehmers gebildet. Das führt zu der sog. Korbion'schen Formel, wonach ein guter Preis in der Kalkulation ein guter Preis im Nachtrag bleibt, und ein schlechter Preis in der Kalkulation auch im Nachtrag schlecht bleibt.

Das Gesetz (§ 650c Abs. 1, 2 BGB) hingegen geht vom Grundsatz der Nachtragsberechnung anhand der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ zzgl. angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn aus. Der Unternehmer kann dabei wählen, ob er zur Bestimmung dieser tatsächlich erforderlichen Kosten auf seine Kalkulation zurückgreift, oder aber diese anders berechnet (und darlegt). Zugespitzt gesagt bleibt also auch hier der gute Preis gut, der schlechte hingegen wird gut.

Problem: es ist unklar, was die „tatsächlich erforderlichen Kosten“ sind. Zudem verhindert die Vorschrift nicht, wie gewollt, die Spekulation auch Nachträge. Im Gegenteil, durch das Wahlrecht des Unternehmers zur Berechnungsweise kann er sogar risikoloser als zuvor spekulieren.

3. Berechnung von Abschlägen auf Nachtragsforderungen

Für den Fall, dass sich die Parteien nicht zuvor über die Nachtragsvergütung geeinigt haben, sieht § 650c Abs. 3 BGB vor, dass der Unternehmer bei Berechnung seiner Abschlagsforderung 80% seines Nachtragsangebotes ansetzen kann.

Auch die so berechnete Abschlagsforderung unterliegt aber den normalen Regeln des Abschlags, d.h. der Auftraggeber kann Einreden erheben und aufrechnen (Mängel,

Überzahlung). Zudem muss der Unternehmer so berechnete Abschläge, die sich im Nachhinein als überhöht erweisen, verzinst zurückzahlen.

Die VOB/B enthält keine besondere Bestimmung zur Behandlung von Nachtragsangeboten bei Berechnung von Abschlägen. Unterschiedlich wird bewertet, ob das eine bewusste, abschließende Nichtregelung ist oder eine Regelungslücke.

Problem: Unlautere Unternehmen könnten die Regelung ausnutzen, um ihre Liquidität zu stärken. Das Insolvenzrisiko wird auf den öffentlichen Auftraggeber verlagert. Zudem unterscheidet die Vorschrift nicht nach verschiedenen Nachträgen, sie gilt also wohl auch dann, wenn nicht nur die Höhe sondern bereits das „Ob“ eines Nachtrags streitig ist, und bei den besonders streitanfälligen Bauzeitennachträgen.