



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 15/2015 Mai 2015

#### Zur Erhebung zum derzeitigen Rechtsschutzstandard bei Anordnungen des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B

Mitglieder des Ausschusses Schuldrecht

**RA (BGH) Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Vorsitzender (Berichterstatter)**

**RA Jürgen Bestelmeyer (Berichterstatter)**

**RAuN Dr. Andreas Eickhoff**

**RAin Dr. Sonja Lange**

**RA Dr. Valentin Todorow**

**RAin Eva Melina Bauer, BRAK**

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Notarverein  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Richterbund  
Patentanwaltskammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Beck aktuell  
LexisNexis Rechtsnews  
Jurion Expertenbriefing  
juris Nachrichten  
Redaktion Legal Tribune Online

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

### **1. Gibt es nach Ihrer Kenntnis der Zeit im Rahmen von Verträgen, für die die Geltung der VOB/B vereinbart wurde, vor Beginn oder während der Bauarbeiten Streitigkeiten über Anordnungen des Bestellers nach § 1 Absatz 3, Absatz 4 VOB/B, die noch vor Beginn oder während der Arbeiten zur Inanspruchnahme von Streitbeilegungsmechanismen durch eine der Vertragsparteien führen?**

- a) Fälle, wie in der Fragestellung geschildert, sind nicht bekannt; wobei dies sicherlich auf dem Umstand beruht, dass kein Mitglied des Schuldrechtsausschusses der BRAK in Bausachen beratend tätig ist, Bausachen mithin nur im Bereich der forensischen Tätigkeit betreut werden. Die Tätigkeit im forensischen Bereich zeigt, dass es die in der Fragestellung aufgeführten Streitigkeiten häufig gibt; ihre Beilegung vor der abschließenden Abrechnung des Bauvorhabens, und sei es im Rahmen von vorläufigen gerichtlichen Entscheidungen, könnte die das Bauvorhaben abschließenden Streitigkeiten erheblich entlasten.
- b) Im Sinne der Fragestellung dürfte die Nachlieferung von Plänen durch den Auftraggeber einen Fall des § 1 Abs. 3 VOB/B darstellen. Der Auftragnehmer gibt in diesen Fällen ein Nachtragsangebot ab. Das Problem wird in die Abrechnung verlagert. Regelfall in der Praxis dürfte sein, dass der Architekt neue Pläne „schickt“, die sich von denjenigen, die der Auftragserteilung zugrunde lagen, unterscheiden. Auch in diesem Fall wird in der hier bekannten Praxis der Streit in der Abrechnungsphase ausgefochten.
- c) Hinzuweisen ist zudem auf den in der Praxis häufig auftretenden Fall, dass der Auftragnehmer mit seinen Arbeiten auf Vorleistungsarbeiten Dritter aufbauen muss. Aufgrund dieser Vorleistungen kommt es zu einer Abweichung gegenüber einer zuvor erfolgten Planung (Fall des § 4 Abs. 3 VOB/B, selbst erkannte Fälle). Ebenso verhält es sich, wenn der Auftraggeber zuvor erkennt, dass Änderungen aus technischen Gründen oder anders ausgeführter Vorleistung erforderlich sind. Er gibt die Abänderung gegenüber der vertraglich vereinbarten Form dann ausdrücklich in Auftrag.

### **2. In welcher zahlenmäßigen Größenordnung werden Streitbeilegungsmechanismen in Anspruch genommen? Haben Sie selbst in Ihrer Praxis solche Fälle erlebt?**

Bei einem Vertrag nach der VOB/B gibt es keinen formalen Streitbeilegungsmechanismus. Lediglich § 18 VOB/B ließe sich als eine „Art“ Streitbeilegungsmechanismus begreifen; jene Vorschrift regelt eine Art Kooperationsmechanismus der am Bau Beteiligten.

Ein formaler Streitbeilegungsmechanismus ist in manchen Fällen im Bauvertrag individuell vereinbart; bei Großbauvorhaben allerdings regelmäßig vorgesehen.

Ob bei Großbauvorhaben eine Mediation stattfindet, ist hier nicht bekannt. Regelmäßig verlagert sich der Streit auch dort in die Abrechnungsphase. Dies ist zumindest Ergebnis der hier vorliegenden forensischen Erfahrung. Hinzuweisen ist auch auf die Marktbeherrschungsmechanismen, die auf dem Bau anzutreffen sind und die Entwicklung des Streits maßgeblich beeinflussen (siehe dazu Antwort zu Frage 4).

**3. Gegebenenfalls: Welche Form von Rechtsschutz wurde in Anspruch genommen? Insbesondere:**

**a) Handelte es sich um gerichtliche oder außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen?**

**b) Handelte es sich um Verfahren auf Erlass einstweiliger Verfügungen?**

**c) Welche Vertragspartei suchte mit welchem Ziel um Rechtsschutz nach?**

**d) Welche Fragen waren Gegenstand des Streits:**

- § 1 Absatz 4 Satz 1 VOB/B – fehlende Einrichtung des Betriebs des Auftragnehmers für die angeordnete Leistung;
- die Einigung vor Beginn der Arbeiten über die Höhe der Preise, die nach § 2 Absatz 5, Absatz 6 VOB/B für die geänderten Leistungen zu entrichten sind;
- im Hinblick auf Anordnungen nach § 1 Absatz 3, Absatz 4 VOB/B geänderte Abschlagszahlungsforderungen
- sonstige: \_\_\_\_\_?

**e) Wie lange haben die Verfahren ungefähr gedauert?**

**f) Wie oft kam es zu Schadensersatzforderungen wegen ungerechtfertigter einstweiliger Verfügungen (§ 945 ZPO)?**

Die Inanspruchnahme von gerichtlichem Rechtsschutz gibt es während der Bauphase nicht. Die Regelungen zum Verfügungsverfahren versagen. Ein durchgeführtes Erkenntnisverfahren in der Bauphase würde, wenn der Bau dadurch zum Stillstand kommt, enorme nachteilige Auswirkungen auf die Kalkulation aller am Bau Beteiligten haben und würde zu einer deutlichen Steigerung des Insolvenzrisikos der am Bau Beteiligten führen.

Da die Vergütung des Bauvorhabens erst nach Abnahme erfolgt und die geänderten Leistungen in den vertraglich vereinbarten Abschlagszahlungen nicht enthalten sind, stellt sich die Frage, wie der Auftragnehmer für geänderte Leistungen während der Bauphase eine, und sei es vorläufige, Vergütung durchsetzen kann. Im Rahmen von VOB/B-Verträgen hilft allenfalls § 632a BGB, da die zusätzlich vom Auftragnehmer erbrachte Leistung entweder die Abänderung einer vereinbarten Leistung (§ 2 Abs. 5 VOB/B) oder die Erbringung einer neuen Leistung (§ 2 Abs. 6 VOB/B) darstellen kann. Der Weg über § 632a BGB stellt keinen Streitbeilegungsmechanismus dar. Für die Praxis wäre vorläufig ein einfach handhabbarer Preisbildungsmechanismus von Vorteil.

Zu den unter 3 lit. a) bis e) weiter aufgeworfenen Fragen lässt sich aus der hier vorliegenden Erfahrung keine weitere Aussage machen.

§ 945 ZPO hat bei Anordnungen am Bau noch nie eine Rolle gespielt; vermutlich, weil nie eine einstweilige Verfügung ergangen ist; oder: nie ein der Verfügung nachfolgendes Hauptsacheverfahren zu Lasten des Anordnenden ausgegangen ist.

**4. Falls es nicht oder selten zu einer Inanspruchnahme von Streitbeilegungsmechanismen im obigen Sinne kommt: Sind Ihnen die Gründe hierfür bekannt?**

Die Gründe für die Nichtinanspruchnahme von Streitbeilegungsmechanismen ist in den faktischen Machtverhältnissen bei Bauvorhaben zu sehen. Steht die öffentliche Hand dem Bauunternehmer (Auftragnehmer) gegenüber, werden Streitpunkte über Änderungen stets in die Abrechnungsphase verlagert. Gerade am Anfang „riskiert“ der Auftragnehmer nicht, seinen Auftraggeber zu verärgern; denn er fürchtet Konsequenzen für weitere Geschäfte mit dem Auftraggeber. Die vorstehenden Überlegungen gelten auch für das Verhältnis von großen Auftraggebern gegenüber kleineren Auftragnehmern als Subunternehmer.

Anders verhält es sich nur in einem Fall, auf den auch hingewiesen werden soll: Spezial-Bauunternehmer mit marktbeherrschender Stellung (beispielsweise Tiefbauunternehmer, Tunnelspezialisten etc.) dürften sich gegen ihren Auftraggeber recht einfach durchsetzen, da sie das einzig in Betracht kommende Unternehmen für die in Aussicht genommenen Bauleistungen sind. Dort „diktiert“ mithin der Auftragnehmer die Leistung und die Frage, wie bei geänderten Leistungen „das Verfahren“ geregelt wird.

**5. Halten Sie die derzeit gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten (vor Beginn oder während der laufenden Bauarbeiten) im Zusammenhang mit Anordnungen des Auftraggebers nach § 1 Absatz 3, Absatz 4 VOB/8 für ausreichend?**

Die BRAK hält die derzeit gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten (vor Beginn oder während der laufenden Bauarbeiten) im Zusammenhang mit Anordnungen des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B für nicht ausreichend.

\* \* \*