



LEUPHANA

UNIVERSITÄT LÜNEBURG

Masterarbeit

Simone Endler – Matrikelnummer: 3022660

M. A. Baurecht und Baumanagement

TITEL: Streit am Bau

Thema: Streitbeilegungsverfahren bei öffentlichen Auftraggebern

Dispute settlement procedures in contracting

Frage: „Welche Faktoren tragen zur Stärkung des Verfahrens zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten nach Paragraph 18 Abs. 2 VOB/B bei und welche Maßnahmen müssen zur Reformierung ergriffen werden, um die Akzeptanz des Verfahrens zu erhöhen?“

Erstprüfer:

Prof. Dr. -Ing. Ralf Schottke
Professor für Betriebswirtschaft und Baurecht
Leuphana Law School
ralf.schottke@leuphana.de

Zweitprüfer:

Dipl. -Ing. Thomas Müller
Baudirektor im Dezernat Gebäudemanagement
thomas.mueller@leuphana.de

Abgabe der Masterarbeit:

23. November 2016

Eingereicht von:

Simone Endler
Schillerstraße 10
21335 Lüneburg
Simone.Endler@leuphana.de
Matrikelnummer: 3022660
M. A. Baurecht und Baumanagement

Damit das **Mögliche**
entsteht
muss immer wieder das **Unmögliche**
versucht werden!

Hermann Hesse
(dt. Schriftsteller 1877 – 1962)

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Problemstellung.....	1
Zielsetzung der Arbeit	3
1. Kapitel 1: Grundlagen des Bauvertrags	5
1.1 Grundlage für Bauverträge mit öffentlichen Auftraggebern – der VOB-Vertrag	5
1.2 Die Rechtsnatur der VOB	8
1.2.1 VOB Teil A (DIN 1960)– Richtlinien zur Vergabe.....	9
1.2.2 VOB Teil B (DIN 1961) - als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	11
1.2.3 VOB Teil C – Allgemeine Technische Vertragsbedingung (ATV)	12
1.3 Vereinfachte Darstellung einer Vergabe nach VOB/A.....	12
1.4 Vertragsabwicklung vor dem Hintergrund VOB Teil B und C.....	14
1.5 Rechte und Pflichten aus Vertrag unter Berücksichtigung der Vereinbarung der VOB/B	14
1.6 Zwischenfazit I: Bauvertraglicher Gestaltungsspielraum öffentlicher Auftragsgeber	15
2. Kapitel 2: Konfliktursachen bei öffentlichen Bauvorhaben und deren Auswirkungen	18
2.1 Konfliktursachen und Einflussfaktoren bei öffentlichen Bauvorhaben	18
2.2 Konfliktursachen aus der Projektentwicklung	23
2.3 Betrachtungsebenen bauspezifischer Merkmale	24
2.3.1 Betrachtungsebene Eins.....	24
2.3.2 Betrachtungsebene Zwei	25
2.3.2 Betrachtungsebene Drei	25
2.4 Auswirkungen der Konfliktursachen aus Projektentwicklung auf die Herstellungsphase.....	26
2.4.1 Das Konfliktpotenzial im Bausoll eines Einheitspreisvertrages	28
2.4.2 Das Konfliktpotenzial aus Vergütung eines Einheitspreisvertrages nach § 2 VOB/B	29
2.4.2.1 Vergütung von Mehr- oder Minderleistungen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B	29
2.4.2.2 Vergütung von geänderten und/oder zusätzlichen Leistungen gem. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ...	30
2.4.2.3 Mängelrechte gem. § 4 VOB/B und § 13 VOB/B	31
2.4.2.4 Abrechnung nach § 14 VOB/B	32
2.4.2.5 Zahlung nach § 16 VOB/B	33
2.5 Zwischenfazit II: Folgen der Konflikte auf Kosten-Termine-Qualität	33
3. Kapitel 3: Außergerichtliche Streitbeilegung des öffentlichen Auftraggebers nach § 18 VOB/B	36
3.1 Verfahrensstruktur nach § 18. Abs. 2 VOB/B.....	36
3.1.1 AGB-Inhaltskontrolle des § 18 Abs.2 VOB/B.....	38

3.1.2 Kernelement der Streitbeilegung im Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B.....	39
3.2 § 18. Abs. 3 VOB/B – außergerichtliche Streitbeilegungsmodelle.....	40
3.2.1 Mediation.....	41
3.2.2 Schlichtung	42
3.2.3 Schiedsverfahren.....	43
3.2.4 Adjudikation	44
3.3 Verfahrens nach § 18 Abs. 4 VOB/B	47
3.4 Vergleich der Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung gem. § 18 VOB/B	49
Faktor Zeit im Vergleich.....	49
Faktor Kosten im Vergleich	52
3.5 Zwischenfazit III: Außergerichtliche Streitbeilegung des öffentlichen Auftraggebers.....	53
4. Kapitel 4: Praxisbezogene Anwendung des 18.2-Verfahren.....	54
4.1 Praxisbezogene Anwendung beider Vertragsparteien	55
4.1.1 Praxiserfahrungen nach § 18 Abs. 2 VOB/B aus Sicht Auftraggebers.....	55
4.1.2 Praxiserfahrungen nach § 18 Abs. 2 VOB/B aus Sicht Auftragnehmers.....	57
4.2 Schwächen und Stärken im 18.2-Verfahren	59
4.2.1 Schwächen des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B	59
4.2.2 Stärken des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B	60
4.3 Zwischenfazit IV: Betrachtungen aus der Praxisbezogenen Anwendung	61
5. Kapitel 5: Widerstände und Maßnahmen zur Entwicklung § 18 VOB/B	62
5.1 Anforderungen und Ziele an ein Streitbeilegungsverfahren bei öffentlichen Auftraggebern	62
5.2 Verfahrensvergleich des 18.2-Verfahren von 1926 und heute.....	64
5.3 Widerstände zur Weiterentwicklung des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B	67
5.4 Maßnahmen zur Weiterentwicklung des Verfahrens nach § 18 Abs.2 VOB/B	69
Fazit und Ausblick	73
Literaturverzeichnis	74
Anhang.....	I
Eidesstattliche Erklärung	Fehler! Textmarke nicht definiert.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Auftraggeber
ABG	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AN	Auftragnehmer
ATV	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
d. h.	das heißt
DVA	Deutscher Vergabeausschuss für Bauleistungen
ff.	fortfolgend
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
i. d. R.	in der Regel
o. g.	oben genannte(n)
o. J.	ohne Jahr
RVA	Reichsverdingungsausschuss
u. a.	unter anderem
VgV	Vergabeordnung
VGH	Vergabehandbuch des Bundes
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil C
z. B.	zum Beispiel
OFD	Oberfinanzdirektion

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: EU-Vergaberechtliche Regelungen oberhalb der Schwellenwerte, einflussnehmend auf die Vergabe- und Vertragsordnung VOB im innerdeutschen System

Abbildung 2: Grafische Darstellung zum Ablauf eines Vergabeverfahrens

Abbildung 3: Zusammenfassung der Ergebnisse der Reformkommission, Stand Juni 2015

Abbildung 4: Bedarf – Budget – Ziel

Abbildung 5: Konflikanfälligkeit aus den Betrachtungsebenen bauspezifischer Merkmale

Abbildung 6: häufigsten Konfliktursachen der Auftraggeber-Seite

Abbildung 7: häufigsten Konfliktursachen der Auftragnehmer-Seite

Abbildung 8: Haghsheno in Schriftenreihe Nr. 2 der DGA-Bau

Abbildung 9: eigene Darstellung auf Grundlage Haghsheno in Schriftenreihe Nr. 2 der DGA-Bau

Abbildung 10: Verfahrensvergleich: § 18 Nr. 3 Fassung 1926 und § 18 Abs. 2 Fassung 2016 VOB/B

Einleitung

Problemstellung

Mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – der VOB – hat der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschusses (DVA) für Bauleistungen seit 1926 ein verbindliches Regelwerk geschaffen, welches allen Bauverträgen zugrunde gelegt werden kann. Die VOB gliedert sich in drei Teile. Teil A umfasst die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen und gibt Vorgaben zur Durchführung, wie Bauleistungen zu vergeben sind. Teil B beinhaltet die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen und definiert die Abwicklung der beauftragten Leistungen. Teil C beschreibt die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) und erläutert je Gewerk die technischen Mindeststandards sowie im Auftrag automatisch enthaltenen wie auch besonders zu beauftragenden Leistungen. Alle Teile der VOB wurden parallel als DIN veröffentlicht. Die öffentliche Hand ist verpflichtet, die VOB/B und C in Gänze als Vertragsbestandteil zu vereinbaren.

Bereits seit 1926 stellt die VOB/B in 18 Paragraphen wesentliche Regularien bereit, die sich am Entstehungsprozess eines Bauwerks orientieren. Beispielsweise werden Art und Umfang der Leistung, Vergütung, Vorgaben zur Vorgehensweise der Ausführung der beauftragten Leistungen an sich sowie etwaige Fristen hierfür, Kündigung und Haftung, Abrechnung und Zahlung erörtert. Der § 18 VOB/B setzt sich inhaltlich mit Streitigkeiten auseinander. Gemäß § 18 Abs. 2 VOB/B wird ein außergerichtliches Verfahren im Umgang mit Meinungsverschiedenheiten beschrieben, welches das Thema dieser Arbeit bildet.

Um die bauliche Infrastruktur für die Gesellschaft zu erhalten und weiter zu entwickeln werden vom Staat mit der Vergabe von Bauleistungen hohe Finanzmittel zur Verfügung gestellt. Bei der Umsetzung von Baumaßnahmen, im Neubaubereich sowie beim Bauen im Bestand, kann es allerdings zu vielschichtigen Problemen kommen.

Das Statistische Bundesamt veröffentlichte im Januar 2016 aktuelle Zahlen für die erteilten Baugenehmigungen. Im Zeitraum zwischen Januar bis Oktober 2015 erhielten öffentliche Bauherren 4.352 Baugenehmigungen für Wohn- und Nichtwohngebäude mit einem Gesamtvolumen an geschätzten Bauwerkskosten in Höhe von ca. 5,891 Milliarden €. ¹ Die Summe beinhaltet nur Hochbaumaßnahmen und veranschaulicht den Stellenwert der Bauwirtschaft im öffentlichen Finanzhaushalt.

¹ Statistisches Bundesamt, Ausgewählte Zahlen Bau, 10/2015, Veröffentlichung am 15.01.2016, Seiten 104-105

Die Baubranche in Deutschland unterliegt einer enormen Konflikthanfälligkeit. Auswertungen nach Haghsheno aus 2008² und 2014³ ergaben, dass zur Streitbeilegung überwiegend Gerichte herangezogen werden. In 2012 wurden vom Statistischen Bundesamt für das Sachgebiet „Bau- und Architektensachen“⁴ 49.796 von Gerichten erledigte Fälle erfasst⁵, davon entfielen 93,43 % auf Fälle, deren zu verhandelnde Streitwerte bei einer Summe bis zu 100.000,00 € lagen.

Recherchen der Verfasserin über den praxisbezogenen Einsatz des außergerichtlichen Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B zeigen, dass im Streitwertbereich bis 100.000,00 € überwiegend sehr gute Erfolge bei der Anwendung dieses Verfahrens erzielt werden können. Das sogenannte "18.2 Verfahren" bietet schon im heutigen Format gute Voraussetzungen, bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragspartnern zu einer Lösung in beidseitigem Einverständnis unter Berücksichtigung des Kosten- und Zeitfaktors zu gelangen.

Verfahren in Bauangelegenheiten ziehen sich i. d. R. über Jahre hin, sie dauern statistischen Auswertungen zufolge zwischen sieben Monaten und 10 Jahren⁶. Sie binden Ressourcen und verursachen dadurch einen enormen Zeit- und Kostenaufwand auf Seiten beider Vertragsparteien.⁷ Die Vielzahl an Beteiligten, Klagen- und Beklagte, vertretende Anwälte, Richter, Mitarbeiter im verwaltungstechnischen Dienst sowie Gutachter sind eingebundenen Beteiligten in einem gerichtlichen Bauprozess.

Es besteht hierdurch eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass prozessbeteiligte Firmen mit Fortschreiten der Verfahren der enormen Kostenbelastung, vorrangig verursacht durch die Verfahrenskosten einerseits und die dem Unternehmen fehlenden, einzuklagenden Werklöhne andererseits, nicht standhalten und in die Insolvenz gehen müssen.

Für die Jahre 2000 bis 2007 ist gem. Endberichts⁸ aus 2008 die Insolvenzhäufigkeit im Baugewerbe ca. 2,5-mal höher nachgewiesen worden, als im gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt. Nach aktuellen Zählungen des Statistischen Bundesamtes gingen im Jahr 2015 bezogen auf 10.000 Unternehmen im Baugewerbe 106

² Vgl. Veröffentlichung Haghsheno im Jahrbuch BauR 2005, 263ff.

³ Vgl. Vortrag auf dem 2. Kongress DGA-Bau 22.04.2016; Analyse und Bewertung der Nachfrage nach Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen; Karlsruher Institut für Technologie

⁴ Aus DESATATIS, gem. Statistischem Bundesamt siehe Seite 116: Def. Bau- und Architektensache: „Eine Bausache liegt vor, wenn das Verfahren Forderungen aus Werk- oder Werklieferungsverträgen trifft, die aus Grund von Bauvorhaben geschlossen worden sind, insbesondere wenn der Schwerpunkt der Streitigkeit in einem Streit um bauwerkbezogene Mängel (§ 634a Absatz 1 Nr. 2 BGB) liegt.“

⁵ DESATATIS, Statistisches Bundesamt H205 – Rechtspflege – SAWBruns-Tab.1 ZivG2012

⁶ Vgl. Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Vygen, Jousen, 5. Auflage 2013, Werner Verlag 2013, Rn. 3284

⁷ Vgl. Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Vygen, Jousen, 5. Auflage 2013, Werner Verlag 2013, Rn. 3285

⁸ Vgl. Nicola Teubner Oberheim: Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“, Abschnitt: 2.2. Regelungsproblem in Deutschland, siehe Seite 19

Unternehmen insolvent.⁹ Dies trifft vor allem kleinere Unternehmen - nach Erhebungsdaten¹⁰ für das Jahr 2013 haben 98 % der Bauunternehmen weniger als 49 Beschäftigte und zählen damit zu den Klein- und Kleinstunternehmen.

Durch Zersplitterung der Unternehmensstrukturen, d. h. wenige große Unternehmen, die angefragte Bauleistungen in einer Hand ausführen können, die Weitergabe der Bauleistungen an kleine bis Kleinstunternehmen führen zu bauwirtschaftlichen noch geringeren Renditen, sodass die Gesamtverantwortlichkeit für den Erfolg eines Bauprojekts oftmals aus den Augen verloren wird und die eigenen wirtschaftlichen Interessen noch weiter in den Vordergrund treten müssen, um eine drohende Insolvenz abwehren zu können. Kleinere Baubetriebe stehen in der Vertragskette am unteren Ende und sind entsprechend schutzbedürftiger. Forderungsausfälle bedeuten bei geringer Kapitalauslastung eine existentielle Bedrohung und damit einhergehend die Erhöhung von Liquiditätsrisiken.

Es ist also festzuhalten, dass die Erstellung von Bauleistungen mit hohen wirtschaftlichen Risiken sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer verbunden ist. Die Ergebnisse der erwähnten Untersuchungen untermauern ein hohes Konfliktpotenzial im Baugeschehen, das noch in den überwiegenden Fällen zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führt, welche die wirtschaftlichen Risiken zusätzlich erhöhen. Sie belegen die Problematik im Umgang mit Baustreitigkeiten und lassen einen Reformbedarf zur Stärkung anderer, vorhandener Wege und Werkzeuge erkennen.

Zielsetzung der Arbeit

Der § 18 VOB/B setzt sich mit dem Umgang von Meinungsverschiedenheiten zwischen Vertragspartnern auseinander und bietet einen Weg zur außergerichtlichen Streitbeilegung. Kostenaufwendige Gerichtsprozesse können durch die Inanspruchnahme der Verfahrensarten gem. § 18 VOB/B vermieden werden. Speziell das Verfahren gem. § 18 Abs. 2 VOB/B beschreibt ein Schlichtungsverfahren, welches sich im Vergleich zu gerichtlichen Auseinandersetzungen durch seine Kostenneutralität und verhältnismäßig kurze Verfahrensdauer auszeichnet. Mit der vorliegenden Arbeit wird herausgearbeitet, welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, um dieses Verfahren zu stärken. Dazu werden als Erstes die Grundlagen des Bauvertrags dargelegt. Das zweite Kapitel befasst sich umfänglich mit Konfliktursachen und ihre Auswirkungen in Bauvorhaben. Im dritten Kapitel werden die Verfahrensarten nach § 18 VOB/B als Streitbeilegungsinstrumente des

⁹ Vgl. Quelle: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/UnternehmenHandwerk/Insolvenzen/Tabellen/Wirtschaftszweige/WZ2008.html>/eingesehen am 02.09.2016

¹⁰ Quelle: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1929/umfrage/unternehmen-nach-beschaeftigtengroessenklassen/>eingesehen am 02.09.2016

öffentlichen Auftraggebers detailliert vorgestellt und im vierten Kapitel die praxisbezogene Anwendung des Verfahrens nach § 18 Abs.2 VOB/B beleuchtet. Die Darstellung der Praxiserfahrungen sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer führt zu den Schwächen und Stärken des Verfahrens. Im fünften Kapitel folgt die Betrachtung der Widerstände, die eine Weiterentwicklung des Verfahrens entgegenstehen und gleichzeitig werden die Maßnahmen zur Stärkung der Akzeptanz des Verfahrens aufgezeigt.

1. Kapitel 1: Grundlagen des Bauvertrags

Die Grundlagen für die Belange eines üblichen Bauvertrags zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer werden in erster Linie über den Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelt. Der Gegenstand des Vertrages richtet sich gem. § 631 BGB nach der Tatsache, dass ein bestelltes Werk durch einen Unternehmer (Auftragnehmer) verpflichtend hergestellt und durch den Besteller (Auftraggeber) wie vereinbart vergütet wird. Der Unternehmer schuldet damit die Herstellung einer Sache und ist zum werkvertraglichen Erfolg verpflichtet. Die für das Werkvertragsrecht dienenden Paragraphen des BGB, §§ 631 ff. BGB, sollen die unterschiedlichen Bedürfnisanforderungen zwischen den Vertragsparteien regeln. Das Werkvertragsrecht stellt ein Grundregelwerk zwischen Vertragspartnern dar. Die §§ des Werksvertragsrechts finden Anwendung auf den üblichen Bauvertrag genauso wie für den Architektenvertrag und bestimmen die Rechtsfolgen von unterschiedliche Arten von Verträgen wie z.B. Aufführungen zu Theaterstücken oder Reparaturaufträgen, die Herstellung von schlüsselfertigen Bauvorhaben vom Einfamilienhaus bis zur Talsperre. Die Vielzahl der Anwendungsgebiete lässt jedoch vermuten, dass das Werkvertragsrecht nach dem BGB den spezifischen Bedürfnissen und Besonderheiten eines Baugeschehens, deren Vertragsverlauf als dynamischer Prozess anzusehen ist, nicht vollumfänglich gerecht werden kann. Dem Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch zufolge handelt es sich bezogen auf einen Bauvertrag „nach den gesetzgeberischen Willen vielmehr um ein System, das Regelungen für alle denkbaren erfolgsbezogenen Leistungen bereitstellt“¹¹. Spezielle baurechtliche Aspekte zu auftretenden Defiziten im Entstehungsprozess eines Bauwerks und damit im Vertragsverlauf begegnet das BGB noch zu wenig ausdifferenziert.

1.1 Grundlage für Bauverträge mit öffentlichen Auftraggebern – der VOB-Vertrag

Geleitet vom Ziel, eine zunehmend freie und zugunsten des öffentlichen Auftraggebers gelenkte Vertragsgestaltung entgegen zu wirken, fanden bereits erste Reformbestrebungen für die Vergaben von öffentlichen Aufträgen aus dem Bausektor in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts statt. Es wurden Regelungen zur Auftragsvergabe per staatlichen Erlass eingeführt, die jedoch nicht verbindlich und in den 25 einzelnen Bundesstaaten des damaligen Kaiserreiches unterschiedlich aufgestellt waren. Allgemein zeigte schon 1885 das Preußische Arbeitsministerium als Maßgabe zur Vergabe die Richtung zum noch heute gültigen Gebot des wirtschaftlichsten Angebots, dass nämlich das annehmbarste und nicht das niedrigste Angebot unter Berücksichtigung aller Umstände den Zuschlag erhalten solle¹². Unter Zuschlag wird die Erklärung

¹¹ Vgl. Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Schulrecht Besonderer Teil II, 5. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2009, § 631, Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag; Rn. 112

¹² Vgl. Aus Sonderdruck aus „Handbuch des Fachanwalts Bau- Und Architektenrecht“ 4. Auflage Vergaberecht Matthias Goede, Werner Verlag Rn. 1

des öffentlichen Auftraggebers verstanden ein Angebot anzunehmen - das Willensbekenntnis in den Vertrag zu treten.

Kriegsbedingte Unterbrechungen führten erst 1921 wieder dazu, dass die damalige Reichsregierung einen Ausschuss mit der Erstellung beauftragte, einheitliche Regeln zu Verdingungsgrundsätzen für Reich und Länder für den öffentlichen Auftraggeber zu entwickeln. Man befasste sich zugleich mit Regeln für die Vergabe, der Vertragsgestaltung und den Allgemeinen technischen Vorschriften. Bereits in der ersten Ausgabe unterteilte man die Vergabe öffentlicher Aufträge in die bis heute gültige Vergabe von „Bauleistungen“ und Vergabe von „Leistungen“. Die erste Ausgabe dieses spezifischen Regelwerks für einen öffentlichen Bauvertrag, die Verdingungsordnung für Bauleistungen - kurz VOB - erschien 1926, erarbeitet vom Reichsverdingungsausschuss (RVA). Die damalige Zusammensetzung der Vertreter aus Regierung, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden sowie Architekten und Ingenieuren verdeutlichte, dass die Interessen aller Vertragsparteien Berücksichtigung finden und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Rechten und Pflichten beider Seiten darstellen sollte. Einigung bestand jedoch schon damals dergestalt, dass „ein Rechtsschutz für Unternehmer, die sich um den Erhalt eines öffentlichen Auftrags bemühten, von Anfang an nicht beabsichtigt war“¹³. Über Verwaltungsverordnungen von Reichs- und Länderministerien fand die VOB zügig eine breite Anwendung und wurde damit für den öffentlichen Auftraggeber verbindlich eingeführt. Erneute kriegsbedingte Unterbrechungen führten erst 1947 zur Gründung des „Deutschen Verdingungsausschusses für Bauleistungen“, um die Weiterentwicklung und Fortschreibung der VOB-Inhalte zu verantworten. 1952 legte man die erste Neufassung der VOB vor. Weiterhin wurden die Grundlagen zur Auftragsvergabe in den Bestimmungen der VOB im ersten Abschnitt unter Teil A (DIN 1960) beschrieben. Der zweite Abschnitt der VOB, Teil B (DIN 1961), beschreibt bis heute die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen und regelt ab Vertragsschluss bis zur vollständigen Übergabe des Bauwerks den Umgang zwischen Bauherren (Auftraggeber) und Unternehmen (Auftragnehmer). Im dritten Abschnitt der VOB, Teil C (DIN 18299) sind die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) für Bauleistungen sowie die anerkannten Regeln der Technik für die einzelnen Gewerke in DIN-Normen hinterlegt.

Seit der Umbenennung im Jahre 2000 trägt der Ausschuss heute den Namen „Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)“, unter dessen Dach verschiedene Hauptausschüsse zusammenarbeiten. Heute ist nach dem paritätischen Prinzip der zahlmäßigen Gleichheit die Mitgliedschaft noch

¹³ Vgl. Sonderdruck aus „Handbuch des Fachanwalts Bau- Und Architektenrecht“ 4. Auflage Vergaberecht Matthias Goede, Werner Verlag Rn. 2

breiter aufgestellt: neben Bundesministern verschiedener Ressorts, Behörden und Länder sind Berufsverbände aus Wirtschaft und Industrie sowie der Fachnormenausschuss Bauwesen vereint.¹⁴

Anpassungen an die fortschreitende Entwicklung in Wirtschaft und Bautechnik, Rechtsfragen Allgemeiner Geschäftsbedingungen sowie Umsetzungen von Vergaberichtlinien der EU in das nationale Recht zu übernehmen, führen bis heute zu regelmäßigen Überarbeitungen.

So wurde beispielsweise die VOB 2000 im Teil A auf Grundlage der Änderungen des Vergaberechtsänderungsgesetzes in den §§ 97 bis 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB)¹⁵ und der neuen national eingeführten Vergabeverordnung (VgV) angepasst. Man trug den Auseinandersetzungen insofern Rechnung, wie seit der Gründung der europäischen Union 1993 mit Vergaben und dem damit einhergehenden hohem Risiko zur Korruption innerhalb und über die Landesgrenzen hinaus umzugehen sei.

Der Novellierung der VOB aus dem Jahr 2002 war eine Änderung des BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002 voran gegangen. Die Neuauflage der VOB 2006 bezog sich im Wesentlichen auf Anpassungen geltender Rechtsprechungen bzw. die Umsetzung bestehender gesetzlicher Regelungen. 2009 erfolgten Änderungen, die eher erklärenden Charakter hatten bzw. wurde die Schreibweise der Nummerierung der gesetzlichen Art von Nummer in Absatz angepasst. Schwerpunkt der Überarbeitung zur Aktualisierung der Novelle 2012 bildete die Zusammenführung der Bestimmungen der sogenannten Basis- und der a-Paragrafen¹⁶ im Teil A. Die Regelungen des Abschnitts 2 der VOB Teil A gelten gemäß § 100 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für Vergaben öffentlicher Auftraggeber bei Bauaufträgen oberhalb der Schwellenwerte nach § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV). Sie werden nun für EU-Baufträge durch eine entsprechende Verweisung in der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge für EU- Bauaufträge (VgV) verbindlich vorgeschrieben (§ 6 VgV). Des Weiteren erfolgten Änderungen im § 16 VOB/B zur Bekämpfung von Zahlungsverzug sowie fachtechnische Überarbeitungen und Neuerstellung verschiedener DIN-Normen im Teil C der VOB.

¹⁴ Vgl. Aufzählung nicht abschließend, nach Liste der Mitglieder des Vorstandes, Stand November 2014;

<http://www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/baufauftragsvergabe/vergabe-und-vertragsausschuss-dva/eingesehen> am 20.04.2016

¹⁵ Vgl. GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung zum Zwecke der Einhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs, gem. §§ 97 ff. Teil 4 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen

¹⁶Vgl. Unter den a-Paragrafen versteht man die im Abschnitt 2 der VOB/A zusätzlich eingearbeiteten Bestimmungen nach der EG-Baukoordinierungsrichtlinie. Die einzelnen a-Paragrafen ersetzen bzw. ergänzen bei Vergaben oberhalb des EU-Schwellenwertes (siehe dort) die jeweiligen Basisparagrafen. Mit der Fassung der VOB 2012 wurden die a-Paragrafen abgeschafft.

Die Änderungen der seit April 2016 gültigen Ausgabe der VOB 2016 betrafen erneut und umfassend den vergaberechtlichen Abschnitt 2 der europaweiten Auftragsvergabe im Teil A der VOB. Im Teil B hat die Änderung auf den einheitlichen Begriff „Kündigung“ sprachliche Folgen. Zudem erfolgte entsprechend der ständigen Weiterentwicklung im technischen Bereich die kontinuierliche Fortschreibung der DIN-Normen hinsichtlich ihrer praxisgerechten Anwendung.

1.2 Die Rechtsnatur der VOB

Bereits ausgeführt wurde, dass das bestehende Werkvertragsrecht nach BGB wenig spezifische Regeln bezüglich eines Bauvertrages bietet. Der öffentliche Auftraggeber begegnet dem regelmäßig mit der Vereinbarung der VOB in der neuesten Fassung als Vertragsbestandteil. Schon 1926, zum Erscheinen der ersten VOB, lehnte die Reichsregierung bereits einen entsprechenden Gesetzesentwurf über deren Aufnahme für das öffentliche Verdingungswesen ab. Die VOB hat bis heute keine gesetzliche Würdigung gefunden. Vielmehr ist sie als ein Regelwerk anzusehen, in welcher der besonderen Bedürfnisanforderungen eines Bauvertrages Rechnung getragen wird. Sie bildet den Lückenschluss zwischen dem Werkvertragsrecht nach BGB und den tatsächlichen Erfordernissen im Ablauf eines Baugeschehens. Die VOB ist weder ein Gesetz noch eine Rechtsverordnung, sie besitzt deshalb auch keine Allgemeingültigkeit. Dennoch kommt ihr eine herausragende Stellung in der Bauindustrie zu. Nach Vygen/Joussen, wird der Teil B der VOB z.B. als ein „selbsterschaffenes Recht der Wirtschaft“ bzw. als „fertig bereit liegende Rechtsordnung“ bezeichnet¹⁷. Ihre Anwendung gründet sich allein auf die Haushaltsrechtsvorschriften des Bundes und der jeweiligen Länder und bindet den öffentlichen Auftraggeber seit Anbeginn ihrer Verwendung. Seit 1973, der Berücksichtigung der EWG-Richtlinie¹⁸ für die Vergabe öffentlicher Aufträge, ist die VOB auch auf Ebene der Gemeinden und Gemeinschaftsverbände anzuwenden. Auswirkungen zur Umsetzung verschiedener europäischer Regelungen führen bis heute zu Anpassungen. Im rechtsverständlichen Raum besitzt die VOB den Charakter einer Allgemeinen Geschäftsbedingung. Allerdings kann durch den Umstand, dass die Umsetzung europäischer Richtlinien in das nationale Recht eingreift, der Charakter der VOB/A nicht mehr eindeutig nur einer AGB zugeordnet werden.

¹⁷ Vgl. Vygen/Joussen „Bauvertragsrecht nach VOB und BGB; 5. Auflage, Werner Verlag 2013; Kapitel 3.3 Rn. 416

¹⁸ Vgl. RWG - Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, als Vorläufer der Europäischen Gemeinschaft (EG), bereits am 25.03.1957 als Zusammenschluss europäischer Staaten zur Förderung der gemeinsamen Wirtschaftspolitik im Rahmen der europäischen Integration, unter dem Namen der „Römischen Verträge“ gegründet.

1.2.1 VOB Teil A (DIN 1960) – Richtlinien zur Vergabe

Ihrem Ursprungscharakter entsprechend wurde Teil A neben einer klaren Struktur zur Auftragsvergabe allem voran zur Sicherstellung einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung für die öffentliche Hand geschaffen. Es stand im Vordergrund, ein formalisiertes Verfahren zu entwickeln, mit dem die öffentliche Hand das für den Staat wirtschaftlichste Angebot zur Umsetzung seiner baulichen Aufgaben zu ermitteln und zu beauftragen hat.

Als Beschaffungsnorm für Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen diente sie als interne Handlungsanweisung ausschließlich dem öffentlichen Auftraggeber. In Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder wurde sie bei der Reform des Haushaltsrechts als grundsätzliche Pflicht 1969 im Haushaltsgrundsatzgesetz¹⁹ formuliert und mit dem Zusatz, dass nach einheitlichen Richtlinien bei der Auftragsvergabe vorzugehen sei²⁰, ergänzt. Schneider²¹ bezeichnet den Teil A der VOB im Beck'schen Kurzkomentar als ein baurechtliches Regelwerk, das Bestandteil des deutschen Vergaberechts ist.

Anfang 1996 trat für die Mitglieder der Welthandelsorganisation, der die Europäische Union angehört, das Regierungsbeschaffungsabkommen²² in Kraft. Innerhalb dessen wurden über die Festlegung sogenannter Schwellenwerte Auftragshöhen für Bau- und Lieferleistungen vorgegeben, ab derer die Mitgliedsstaaten sich verpflichteten, Vergaben von Leistungen und Dienstleistungen nach den Vorgaben des EU-Vergaberechts durchzuführen und darüber hinaus die von der EU erlassenen Richtlinien zur Vereinheitlichung der Vergabeverfahren in das jeweilige nationale Recht einfließen zu lassen. Mit der Vergabekoordinierungsrichtlinie²³ begann nachfolgend diese Umsetzung, die in der VOB Teil A im Abschnitt 2 Berücksichtigung fanden. Die VOB/A gliedert sich im Aufbau in Abschnitt 1 (Vergabeverordnung für die Vergabe nationaler Bauaufträgen), Abschnitt 2 (Vergabeverordnung von EU-weiten Vergaben) und Abschnitt 3 (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit).

Die Schwellenwerte werden regelmäßig durch EU-Vergaberichtlinien im Rhythmus von zwei Jahren angepasst. Sie können als Ausnahmetatbestände für die Entscheidungsfindung der Art zur Durchführung einer Vergabe, unterteilt in oberhalb oder unterhalb des Schwellenwerts, dienen. Oberhalb des Schwellenwerts ist die Anwendung auf Basis des EU-Vergaberechts zwingend einzuhalten, unterhalb kann je nach Ermessen

¹⁹ Vgl. § 30 Abs. 1 HGrG

²⁰ Vgl. jeweils § 55 der Haushaltsordnungen

²¹ Vgl. Schneider aus Kapellmann/Messerschmidt zum Beck'sche Kurzkomentar VOB Teile A und B, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck München 2013

²² Vgl. englisch: Government Procurement Agreement (GPA)

²³ Vgl. Vergabekoordinationsrichtlinie RL 2004/18/EG – EU Abl. 2004 L 134, S. 114 ff.

zur Vergabe nationales Recht angewendet werden. Weitere Unterteilungen zu den Wertgrenzen unterhalb des EU-Schwellenwerts bezüglich der Art der Vergabe legen die Bundesländer eigenverantwortlich fest.²⁴

Entscheidend für die Rechtsnatur der VOB/A entstand aus dem o. g. Abkommen die Tatsache, dass einem Bieter im Vergabeverfahren nun ein einklagbares Recht auf die Richtigkeit des Vergabeverfahrens oberhalb der Schwellenwerte in einem europaweiten Vergabeverfahren gewährt wird.

Insofern orientiert sich die Betrachtungsweise über die Rechtsnatur der VOB/A an den EU-Schwellenwerten. Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte haben „auf der Grundlage der Rechtsverordnungsermächtigungen in den §§ 97 Abs. 6 und 127 GWB und der ausdrücklichen Verweisung in der Vergabeverordnung einen Charakter einer öffentlich-rechtlichen Norm im Rang einer Rechtsverordnung“²⁵.

Unterhalb der EU-Schwellenwerte „stellt sich die VOB/A als eine Verwaltungsvorschrift zum Haushaltsrecht (Verwaltungsvorschrift zu § 55 BHO²⁶) dar und ist damit als bloße Dienstanweisung für die öffentlichen Auftraggeber“²⁷ anzuwenden.

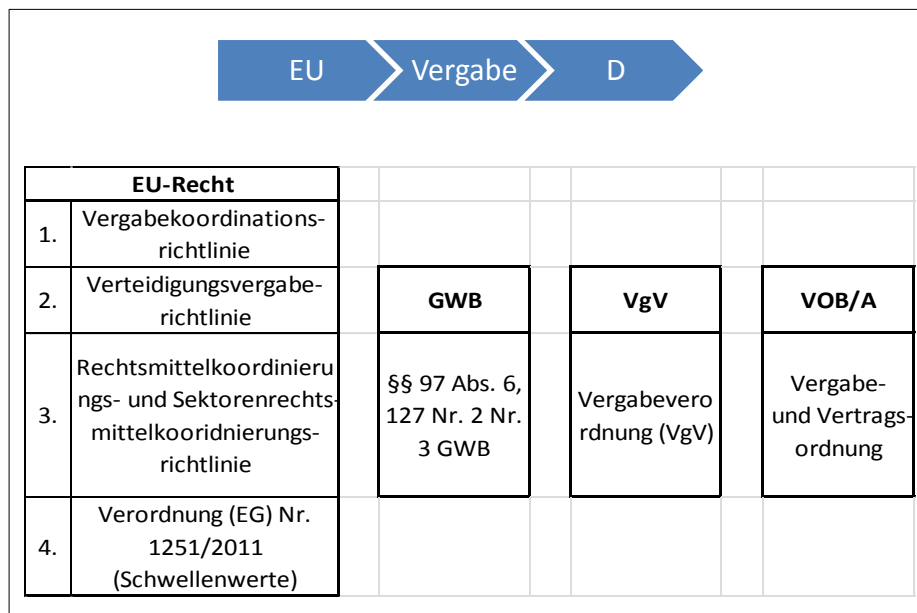


Abbildung 1: EU-Vergaberechtliche Regelungen oberhalb der Schwellenwerte, einflussnehmend auf die Vergabe- und Vertragsordnung VOB im innerdeutschen System²⁸.

²⁴ Vgl. <https://www.vergabe24.de/wissen/tipps-und-hilfe/vergabelexikon/vergabelexikon-w/wertgrenzen.html> (Recherche vom 25.08.2016)

²⁵ Vgl. Ingenstau/Korbion, Hrsg.: Kratzenberg/Leupertz: VOB Teile A und B Kommentar, 18. Auflage, Werner Verlag 2013, Rn. 24

²⁶ Vgl. BHO - Bundeshaushaltsordnung

²⁷ Vgl. Ingenstau/Korbion, Hrsg.: Kratzenberg/Leupertz: VOB Teile A und B Kommentar, 18. Auflage, Werner Verlag 2013, Rn.24

²⁸ Vgl. Kuffer, Wirth; Sonderdruck aus Handbuch der Fachanwalts Bau- und Architektenrecht; 4. Auflage, Vergaberecht Matthias Goede, Werner Verlag

1.2.2 VOB Teil B (DIN 1961) - als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Wie bereits zur Entstehung ausgeführt, wurde die VOB/B zur Regelung typischer Sachverhalte im Bauverlauf entwickelt. Es ist ein im Auftrag des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses geschaffenes Regelwerk, welches keine Rechtsnorm²⁹ ist und, in Abgrenzung zum Teil A, auch keine Rechtsverordnung darstellt. Dennoch wird mit dem § 8 Abs. 3 VOB/A auf die verpflichtende Vereinbarung der VOB/B zu Vertragsabschluss hingewiesen, die wiederum oberhalb der EU-Schwellenwerte der VOB/A einen äußeren rechtlichen Charakter zuweist. Einzelnen Bestimmungen der VOB/B kommt in Bezug zum BGB eine von Kratzenberg/Leupertz genannte Ersatzrechtsfunktion³⁰ zu. Wichtige Regelungen, wie die in der VOB/B verankerte Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers gem. § 4 Abs.3 VOB/B oder die Kooperationspflicht, deren Grundgedanken über § 242 BGB auch im allgemeinen Bauvertrag Anwendung findet, werden zum Gegenstand von Rechtsprechungen über Streitigkeiten der Vertragspartner³¹.

Insofern kommt der VOB/B eine bedeutende Rolle in der baurechtlichen Praxis bei der Abwicklung von Bauverträgen mit dem öffentlichen Auftraggeber zu.

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die als Bestandteil eines Bauvertrags rechtswirksam einbezogen werden müssen, wenn sie Anwendung finden sollen. Grundsätzlich hat dann eine AGB-Inhaltskontrolle zu erfolgen, wenn es sich gem. § 305 BGB ff. um eine Vielzahl von vorformulierte Vertragsbedingungen eines Vertragspartners handelt. Der Vertragspartner muss in zumutbarer Weise Kenntnis über den Inhalt erhalten und mit ihrer Geltung einverstanden sein. Eine Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB besagt, dass Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Bestimmungen müssen klar und verständlich formuliert sein, dürfen von gesetzlichen Regelungen nicht grundsätzlich abweichen und sie dürfen in der Sache das Erreichen des Vertragszwecks nicht gefährden.³²

In den vergangenen Jahren ist um den Umstand der Gesamtprivilegierung der VOB/B ausführlich diskutiert worden. Dabei steht im Fokus, inwieweit Bestimmungen der VOB/B einer isolierten Inhaltskontrollen nach §§ 307 ff. BGB entzogen werden können, damit AGB-rechtliche Wirksamkeitsbedenken vermieden werden. Nach der sogenannten Kernbereichrechtsprechung³³ aus dem Jahr 2004 hat der Bundesgerichtshof (BGH)

²⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 02.10.1997 – VII ZR 44/97, BauR 1997, 1027

³⁰ Vgl. Ingenstau/Korbion; VOB Teile A und B Kommentar, 18. überarbeitete Auflage; Werner Verlag 2013; Rn. 58

³¹ Vgl. BGH Urteil vom 08.11.2007 – VII ZR 183/05; BauR 2008, 344

³² Vgl. § 307 Abs.2 Nr. 1 u. 2 BGB

³³ BGH, Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02, BauR 2004, 668; Werden Änderungen jeglicher Art in der VOB/B vorgenommen, greift die Privilegierung nicht mehr. Im Ergebnis behält die VOB/B diese nur ohne jede Abänderung, als Gesamtprivilegierung der VOB/B

Klarheit darüber befunden, dass eine Gesamtprivilegierung der VOB/B nur dann in Betracht kommt, wenn sie als Ganzes und ohne jedwede Änderung vereinbart ist. Die VOB/B gelte nur in ihrer Gesamtheit weiterhin als ein für beide Vertragspartner ausgewogenes Regelwerk, welches die Interessen der Vertragsseiten angemessen berücksichtigen würde.

Unstrittig ist die Anwendung der VOB/B für eine Vielzahl von Verträgen schon allein deshalb, weil ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet ist, diese zum Vertrag zu vereinbaren. Es werden i. d. R. Verträge mit Unternehmen geschlossen, bei denen davon ausgegangen werden darf, dass es sich um im Baurecht bewanderte Firmen handelt, weshalb ein Verweis auf die Vereinbarung im Vertragstext als genügend angesehen wird. Im Falle eines Streits ist in der Tat nachweisbar vorzutragen, dass eine wirksame Einbeziehung der VOB/B im Vertrag erfolgt ist.

1.2.3 VOB Teil C – Allgemeine Technische Vertragsbedingung (ATV)

Gem. § 1 Abs. 2 VOB/B werden die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) als Vertragsbestandteil benannt. Wie zuvor dargelegt, ist dem öffentlichen Auftraggeber die verpflichtende Vereinbarung der VOB/B vorgeschrieben. Insofern wird damit einhergehend auch die regelmäßige Vereinbarung der VOB/C vorgenommen.

Insgesamt fassen Kratzenberg/Leupertz das Thema Rechtgrundlage der VOB dahingehend zusammen, dass durch die verschiedenen Auslegungswege dringend Klarheit in Form der Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts erforderlich wird. Ein gesetzlich geregeltes Leitbild für den Umgang mit den komplexen Strukturen zur Erstellung eines Bauwerks würde aus ihrer Sicht ein sicheres Fundament der VOB mit ihren Detailregelungen für die Anerkennung und Anwendung schaffen³⁴.

1.3 Vereinfachte Darstellung einer Vergabe nach VOB/A

Die Wahrung der Haushaltsmittel bestimmt die drei bis heute geltenden obersten Prinzipien der Vergabe, den *Wettbewerbsgedanken*, das *Transparenzgebot* sowie die *Gleichbehandlung*.

Es soll durch die Vergabe im Wettbewerb die Förderung mittelständischer Unternehmen erfolgen und die Aufträge an fachkundige, leistungsfähige, zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen erteilt werden. Die Grundprinzipien des Vergaberechts beinhalten das Interesse, durch die Herstellung eines transparenten und

³⁴ Vgl. Ingenstau/Korbion; VOB Teile A und B Kommentar, 18. überarbeitete Auflage; Werner Verlag 2013; Rn. 61

einheitlichen Wettbewerbs, die erforderlichen Leistungen an einen fachgerecht qualifizierten Bieter bei Gleichbehandlung aller zu wirtschaftlich angemessenen Preisen zu vergeben. Dem öffentlichen Auftraggeber wird mittels Vergabehandbuch des Bundes (VHB) der Verfahrensablauf dargestellt. Es werden ihm die Regularien vermittelt und zur Dokumentation die dafür notwendigen Formulare bereitgestellt.

Dem Vergabeverfahren ist der interne Prozessverlauf beim Auftraggeber vorgeschaltet, der für die Erstellung der vollständigen Vergabeunterlagen verantwortlich zeichnet. Ferner hat durch den AG die Prüfung der Ausschreibungspflicht zu erfolgen.

Zur Vollständigkeit der Unterlagen gehört u. a. gem. § 7 VOB/A die Leistungsbeschreibung, die nach Absatz 1 eindeutig und erschöpfend und so zu beschreiben ist, dass alle Bieter diese im gleichen Sinne verstehen müssen. Alle beeinflussenden Umstände sind in den Vergabeunterlagen anzugeben und es darf dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden, welches er zu Angebotsabgabe nicht im Voraus hätte abschätzen können. Es sollen wesentliche Aspekte für die zu bietende Leistung erfasst und zur Vergabe zur Verfügung gestellt werden. Im folgenden Kapitel - Konfliktursachen - wird auf diesen Aspekt inhaltlich eingegangen.

Gem. § 8 Abs. 3 VOB/A wird auf die Vereinbarung der VOB/B und C dergestalt hingewiesen, dass in den Vergabeunterlagen dies vorzuschreiben ist. Damit wird ein Unternehmer über die Anwendung der VOB/B und VOB/C bei eventuellem Vertragsschluss aufgeklärt. In § 8 Abs. 6 VOB/A werden zudem relevante Bestimmungen aus der VOB/B formuliert, die in den zusätzlichen oder besonderen Vertragsbedingungen gesondert geregelt werden sollen. Gem. § 8 Abs. 10 VOB/A werden der Einsatz und die Umstände, die zur Vereinbarung des schiedsrichterlichen Verfahrens führen würden beschrieben, wenn Streitigkeiten außerhalb des Gerichts ausgetragen werden sollen.

Vergabeverfahren werden auf zentral zugänglichen Plattformen³⁵ für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über auszuführende Bauleistungen bekannt gegeben. Der allgemein freie Zugang zu diesen Informationen leitet den neutralen und fairen Wettbewerb mit möglichst zahlreichen Bietern ein. Jeder Interessent erhält durch den sogenannten Abruf die Ausschreibungsunterlagen, um sich am Verfahren zu beteiligen. Damit bleibt die Neutralität gewahrt und alle Bieter werden gleich behandelt. Im Weiteren wird die Absicherung der Transparenz des Verfahrens mittels Dokumentationsunterlagen gem. Formblätter des Vergabehandbuchs dargelegt.

³⁵ Vgl. beispielsweise: www.Bund.de; www.ted.europa.eu; www.simap.europa.eu; www.subreport.de

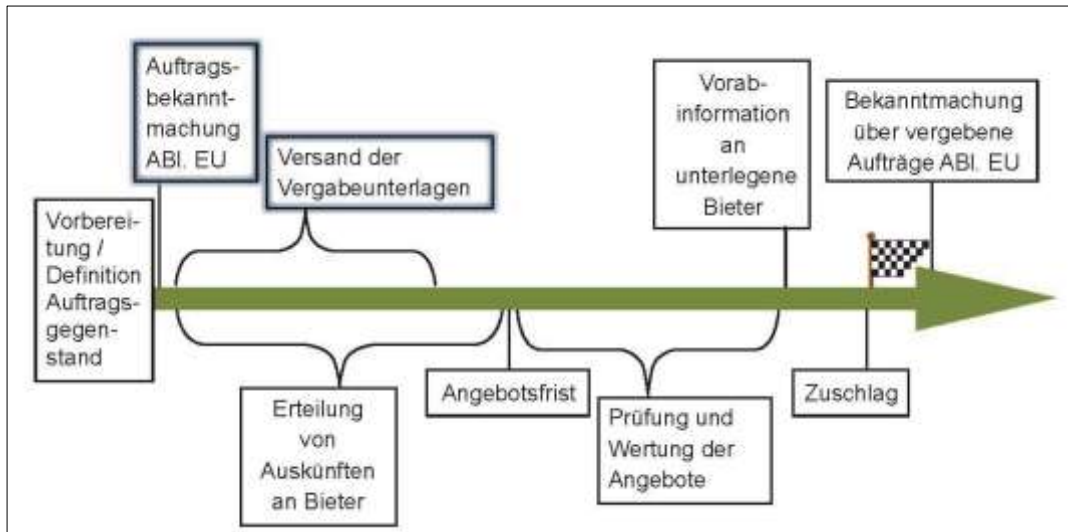


Abbildung 2: Grafische Darstellung zum Ablauf eines Vergabeverfahrens³⁶.

1.4 Vertragsabwicklung vor dem Hintergrund VOB Teil B und C

Die Vereinbarung der VOB/B ist, wie zuvor ausgeführt, für einen öffentlichen Auftraggeber durch europarechtliche Anordnung sowie innerdienstliche Weisungen für die bauvergebenden Behörden von Bund und Ländern und durch die Haushaltsordnungen für die Kommunen vorgeschrieben. Vertragswirksam ist die VOB/B in ihrer Gesamtheit in der jeweils gültigen Fassung als Vertragsbestandteil zu vereinbaren. Damit sind die Grundlagen für die Anwendung geschaffen.

Die Komplexität eines für einen längeren Erfüllungszeitraum angelegten Bauvertrages, bei dem sich während der Erbringung der Leistungen häufig Veränderungen aus der Fortschreibung des Projektes ergeben, erfordern spezielle Regelungen. Der für die Ausführung einer Baumaßnahme relevante Teil B der VOB deckt wesentliche Merkmale dieses dynamischen Prozesses ab, in dem die grundsätzlichen Bedürfnisse am Bau in den Formulierungen der einzelnen Paragraphen Eingang finden. In 18 Paragraphen werden standardisierte Bestimmungen und Verfahrensweisen für den Umgang mit einzelnen Prozessschritten im konkreten Bauablauf beschrieben.

1.5 Rechte und Pflichten aus Vertrag unter Berücksichtigung der Vereinbarung der VOB/B

Mit Auftragserteilung gehen Auftraggeber und Unternehmen bestimmte Pflichten ein und genießen Rechte, weil sie Bestandteil der VOB/B sind. Meinungsverschiedenheiten aus dem Vertrag lassen sich bereinigen,

³⁶ Vgl. Bundesanzeiger Verlag, <https://www.bundesanzeiger-verlag.de/fileadmin/BIV-Portal/pdf/.../Banz6.pdf>, eingesehen am 27.07.2016

wenn Voraussetzungen vorliegen, die einen Umgang gegenseitigen Respekts, in der Bereitschaft zu einer verbesserten Kommunikation - hin zur Kooperation - widerspiegeln. Hieraus ergibt sich eine Verhaltensanforderung für die Vertragspartner, die das kooperative Verhalten stärkt, im Gegenzug ein konfrontatives Verhalten vermeidet. Es entsteht ein Gefüge gegenseitiger Rechte und Pflichten. Mit Vertragsschluss verpflichten sich die Vertragspartner eines VOB/B-Vertrags zu diesem kooperativen Handeln. Das Prinzip Kooperation wird rechtsverständlich durch gegenseitige Mitwirkungs-, Informations- und Schutzpflichten verstanden. Dies formulierte der BGH bereits in seinem Urteil vom 20.10.1999 wie folgt:

„Die Vertragsparteien eines VOB/B-Vertrages sind bei der Durchführung zur Kooperation verpflichtet. Entstehen während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Anpassung, ist jede Partei grundsätzlich gehalten, im Wege der Verhandlung eine Klärung und einvernehmliche Lösung zu versuchen.“³⁷

Nach Schwerdtner stellen Mitwirkungs-, Informations- und Schutzpflichten die Gewährleistung ständiger Kommunikation der Vertragspartner dar und sollen „die Voraussetzungen für den Informationsaustausch, die Klärung von Problemen, das Schließen von Vertragslücken und die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten schaffen“.³⁸

Grundsätzlich basiert das Kooperationsprinzip auf ein in sich schlüssiges Gefüge, welches keine Abstufung zwischen Mitwirkungs-, Informations- und Verhandlungspflichten, bzw. Haupt-, Neben- und Obliegenheitspflichten, zulassen darf. Vielmehr rechtfertigt die Interessenlage der Vertragspartner die Einordnung nebeneinander wertiger Vertragspflichten, denen beide Vertragspartner gleichberechtigt nachzukommen haben, um das gemeinsame Ziel, den Werkerfolg, zu gewährleisten.

1.6 Zwischenfazit I: Bauvertraglicher Gestaltungsspielraum öffentlicher Auftraggeber

Erschöpfend und eindeutig, wie es gemäß § 7 VOB/A von einer Leistungsbeschreibung verlangt wird, sollten ebenso Verträge zu gestalten sein. Vertragliche Regelungen müssen durch Klarheit und Transparenz überzeugen. Sie sind so aufzustellen, dass den Vertragsparteien auch während des Bauablaufs deutlich bleibt, was sie vereinbart haben. Vertragswerke unterliegen einer eigenen Struktur, verweisen i.d.R. auf Anlagen, die in sich nachvollziehbar, schlüssig und vor allem dem Vertrag beiliegend sein müssen. Weiterführend muss geprüft werden, inwieweit Anlageninhalte wiederum auf neue Anlagen verweisen, die ebenfalls dem Vertrag beizuliegen haben. Die Inhalte aller Vertragsbestandteile sind als erklärendes Ganzes zu verstehen

³⁷ Vgl. Urteil BGH vom 20.10.1999 – VII ZR 393/98

³⁸ Vgl. Schriftenreihe IBB Heft 44, Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 23.02.2007; Vortrag Schwerdtner: „Kooperationspflichten der Vertragsparteien“, siehe Seite 37

³⁸ Vgl. Sundermeier, Dissertation „Gestaltungsvorschläge einer Neuen Vertragsordnung für Bauleistungen“, 2009, Seite 613 ff.

und dürfen sich nicht widersprechen. Fachbegriffe oder Schnittstellen zwischen anderen planenden bzw. ausführenden Unternehmen sind konkret und präzise zu formulieren, sodass eine größtmögliche Verständlichkeit abgebildet wird. Es sollte bei Vertragsschluss davon ausgegangen werden, dass der geschlossene Vertrag für einen unbeteiligten, ggfs. auch fachfremden Dritten nachvollziehbar bleibt. Wenn sich Vertragsbestandteile widersprechen, wenn bereits vor Vertragsschluss erkannte Probleme keiner Auseinandersetzung und Lösung zugeführt werden, weil ein AN fürchtet, einen Auftrag zu verlieren, oder man meint, die Lösung würde sich schon später ergeben, werden so bereits die Grundlagen für Streitigkeiten gelegt, die sich ökonomisch gesehen immer zum Nachteil beider Vertragspartner auswirken werden. Neben einem Vertragsschluss kommt der Dokumentation von vertraglich relevanten Tatbeständen eine außerordentliche und wichtige Rolle zu.

Beispielsweise formulierte Sundermeier eine sogenannte Schlüsselanforderung an einen Bauvertrag und schlug bereits 2009 eine zweistufige Vertragsgestaltung vor, die als oberstes Leitprinzip der Vertragsabwicklung allem voran den gemeinsamen Projekterfolg stellt.³⁹

Demnach sei dies durch eine vor Vertragsschluss gemeinsam erfolgte Bausollbestimmung und einer Systematisierung von Neuverhandlungspflichten für die Vertragsanpassung an veränderliche Projektbegebenheiten sicher zu stellen. Weiter heißt es, dass bereits zum Zeitpunkt der Vergabe implementierte Lösungsansätze für sämtliche Problemkreise der Organisation von Bauleistungstransaktionen bilden, die die Voraussetzung für eine baubegleitende Problem- und Konfliktbewältigung schaffen würden⁴⁰.

Den bauvertraglichen Gestaltungsspielraum muss sich der öffentliche Auftraggeber selbst zu Eigen machen. Im Rahmen vorhandener Vorschriften, Gesetze und seinem Verantwortungsbewusstsein ist es seine Aufgabe den möglichen Raum zu begreifen und auszunutzen, indem er ein kooperatives Verständnis für den Vertragspartner entwickelt und in einer gemeinsamen, vertraglichen Zusammenarbeit, unter Berücksichtigung rechtlicher Faktoren sowie wirtschaftlicher und soziale Aspekte, eine Grundhaltung zum kooperativen Handeln vorgibt. Dies stellt sich in der Praxis als hochkomplexes Thema dar.

Mit Blick auf Konfliktbewältigung müssen vertragliche Strategien implementiert sein, mit denen bei Eintritt von Meinungsverschiedenheiten klare Wege begangen werden können. Dazu sind im Vertrag konkrete Handlungsstränge beim Umgang mit Meinungsverschiedenheiten zu vereinbaren. Anders als im reinen

⁴⁰ Vgl. Sundermeier, Dissertation „Gestaltungsvorschläge einer Neuen Vertragsordnung für Bauleistungen“, 2009, Seite 613 ff.

BGB-Vertrag wird durch die Vereinbarung der VOB/B der Zugang zum § 18 VOB/B automatisch gewährt. Grundlegende Bestimmungen zur Streitvermeidungsregelung zeigt der § 18 VOB/B für den Umgang mit Meinungsverschiedenheiten auf. Inwieweit dessen Ausgestaltung als leistungsfähiges Instrument einer außergerichtlichen Konfliktbewältigung in der Vertragstheorie sowie in der Praxis standhält, wird in den folgenden Kapiteln beleuchtet.

2. Kapitel 2: Konfliktursachen bei öffentlichen Bauvorhaben und deren Auswirkungen

2.1 Konfliktursachen und Einflussfaktoren bei öffentlichen Bauvorhaben

Konflikte am Bau haben vielschichtige Ursachen. Sowohl der Bauherr als auch die Unternehmen sind hohen Anforderungen ausgesetzt. Die vor der Entstehung erforderlichen Betrachtungen eines öffentlichen Bauherrn unterscheiden sich von jenen der Privatwirtschaft in der Gestalt, dass standardisierte Verfahrensstrukturen geringen Gestaltungsspielraum für den zu planenden Bedarf zulassen. Der Faktor Zeit spielt im Bereich Bau eine außerordentlich große Rolle. Öffentlich finanzierte Projekte, die komplexen Ansprüchen genügen müssen, sollen zügig, wirtschaftlich und bedarfsgerecht sowie im sicheren Kosten- und Terminrahmen entstehen. Ein zusätzlicher Zeitdruck entsteht, wenn der Bedarf durch den Nutzer nicht ausreichend konkretisiert ist, dessen Grundlage jedoch zur Planung führen soll. Es stimmt i. d. R. das zur Verfügung stehende vorhandene Budget nicht mit dem tatsächlichen Kostenaufwand überein bzw. spiegelt nur den zum Zeitpunkt der Antragstellung zur Mittelbewilligung belegbaren Bedarf wider – oftmals liegt dieser Zeitpunkt jedoch Jahre vor dem tatsächlichen Baubeginn einer öffentlichen Baumaßnahme.

Zukunftsorientierter Bedarf bzw. einen über den Standard hinausgehender höheren Anspruch bei der Umsetzung neuerer Erkenntnisse aus Wissenschaft und Technik während dieser Zeitspanne werden durchaus vernachlässigt. Vielmehr orientiert sich der Bedarf im öffentlichen Bau an festgelegten Mindeststandards, die durch die Haushalte von Bund und Länder genehmigt werden. Unter dem wirtschaftlichen Druck der Schuldenbremse, dem Transparenzanspruch Gremien und Bürgern gegenüber – und der gewollten „Mitnahme“ sämtlicher Anspruchsgruppen erreicht derzeit der volkswirtschaftlich von hoher Bedeutung geprägte Bereich Bau in Deutschland eine relativ geringe Produktivität mit hoher Fehlerquote. Es müssen Wege gefunden werden, wie Innovationen und neue technische Erkenntnisse, innovative Gestaltung sowie neue Verfahrensweisen in der Bauausführung finanziell flexibel umgesetzt werden können.⁴¹

Die Hürden zur Finanzierung bei gleichzeitigem Anspruch an eine zukunftsorientierte Werterhaltung gestalten sich sehr hoch. Allein deshalb wird der öffentlichen Auftraggeber intern schon vor großen Herausforderungen gestellt, ob und unter welchen finanziellen und terminlichen Voraussetzungen ein Bauvorhaben umgesetzt werden wird. Obwohl begonnen, könnten Änderungen von bereits abgeschlossenen Projektphasen trotz intensiven Bemühens zur Einstellung eines Gesamtprojekts führen. Es muss parallel zum haushalts-

⁴¹ Vgl. Dieter Grömling, Max-Planck-Gesellschaft (MPG)/Deutsche Gesellschaft für Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen (DGA-Bau) – Arbeitskreis 6, 07.09.2015; Ergebnisse aus dem Arbeitskreis „Konfliktvorbeugung für Bau- und Infrastrukturprojekte beim öffentlichen Auftraggeber: <http://www.dga-bau.de/arbeitskreise/arbeitskreis-6/> eingesehen am 19.05.2016

rechtlichen Genehmigungsverfahren eine Planung erstellt und der Prozess zur Ausführung vorangetrieben werden, um unter Berücksichtigung langer genehmigungsrechtlicher Verfahrenswege in Ausschüssen/Ministerien im geplanten Zeitrahmen zu verbleiben. Das kann zu schwer kalkulierbaren Risiken für den Auftraggeber führen, denn unter dem Aspekt der Effizienz erfolgen weitere Parallelitäten, werden die Prozesse vom Vertragsschluss bis hin zu den Ausschreibungen gleichzeitig durchgeführt. Risiken werden nicht erkannt, sie bleiben unberücksichtigt oder intransparent. Sie werden an die Firmen weitergeben, indem beispielsweise lückenhafte Leistungspakete bzw. Leistungsbeschreibungen auf unfertige Planungsleistungen beruhen. Die Kalkulationen der Firmen können wiederum für beide Parteien zusätzliche unkalkulierbare Risiken enthalten. Zum einen kennen sich Firmen immer tiefer bezüglich Vergabe und Recht im öffentlichen Auftragswesen aus und wissen Unschärfe in Vergabe und Ausschreibungen zu ihren Gunsten zu nutzen, sodass mögliche Handlungsspielräume durch öffentliche Bauherren nicht ausgeschöpft werden. Beispielsweise kann der Erhalt einer vergaberechtlichen Rüge zu hohen zeitlichen Verzögerungen führen.

Andererseits stehen bei den Vergaben von Bauaufträgen die monetären Aspekte als Wertungskriterium i. d. R. an oberster Stelle. Das ist auch verständlich, denn die Aufgabe des öffentlichen Beschaffungswesens besteht vor allem darin, den Bedarf der öffentlichen Hand unter sparsamer und wirtschaftlicher Verwendung der verfügbaren Mittel zu decken. Im Widerspruch dessen steht allerdings die Festlegung, allein der Preis bestimme den Zuschlag⁴². Aufträge werden folglich überwiegend an den Bieter mit dem preiswertesten, nicht in jedem Fall jedoch an den Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot, wie es unter vergaberechtlicher Sicht durchaus möglich wäre, vergeben.

Veranschlagte Kosten zur Durchführung von Projekten im öffentlichen Raum steigen regelmäßig. Einer aus Mai 2015 stammenden Studie der Hertie School of Governance⁴³ zufolge, liegt die Steigerung der Kosten für Gebäude im Durchschnitt bei 44%. In der Studie wurden insgesamt 170 in Deutschland zwischen 1960 und 2014 registrierte Projekte betrachtet⁴⁴, die öffentlich oder von öffentlichem Interesse sowie mit unterschiedlichen Vertragsformen⁴⁵ vereinbart waren. Davon entfielen auf den Bereich Gebäude 87 Projekte, die sich zum Zeitpunkt der Untersuchung zum Teil noch in der Fertigstellung⁴⁶ befanden. In der Studie wurden das Ausmaß, die Muster und Ursachen von Kostensteigerungen in öffentlichen Infrastruktur-Großprojekten in Deutschland untersucht. Diesen Forschungsergebnissen zufolge sind Steigerungen der Kosten auf Vertrags-

⁴² Vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 14.05.2013, Verg. 4/13; OLG München, Beschluss vom 20.05.2010, Verg. 4/10; Der öffentliche Auftraggeber kann sich nach überwiegender Ansicht für das Kriterium Preis als alleiniges Zuschlagskriterium aussprechen

⁴³ Vgl. Studie: „Großprojekte in Deutschland- Zwischen Ambition und Realität“ Hertie School of Governance GmbH, Friedrichstraße 180, 10117 Berlin, Germany; www.hertie-school.org

⁴⁴ Vgl. Fact Sheet 1, Seite 2 „Es handelt sich dabei um vergleichsweise kleine Projekte, deren Durchschnittsgröße beträgt € 176 Millionen.“

⁴⁵ Vgl. Öffentliches Auftragswesen, öffentlich-private Partnerschaften oder semi-privat

⁴⁶ Vgl. Fact Sheet 1, Seite 2 Gem. Studie: 44 vollendet sowie 29 unvollendete Projekte;

abschlüssen gegründet, deren Grundlagen auf einer fehlenden oder nicht abgeschlossenen Planung beruhen. Unzureichende Planungstiefe vor der Auftragsvergabe und Planänderungen nach Auftragserteilung sind zwei potenzielle Auslöser für Konflikte, die in der Folge regelmäßig hohe Kosten- und Terminüberschreitungen nach sich ziehen⁴⁷. Tatsache ist, dass zwei der untersuchten Großbauprojekte (Flughafen Berlin-Brandenburg und Elbphilharmonie Hamburg) der öffentlichen Hand eine Kostensteigerung von mehr als 100 % und eine Bauzeitenverzögerung von ca. 200 % aufweisen.

Meinungsverschiedenheiten aus Kosten- und Bauzeitverlängerungen, die zu gerichtlichen Verfahren führen und den daraus entstehenden Konsequenzen verursachen dem Staatshaushalt zusätzliche hohe finanzielle Verluste, die von der Gesellschaft, dem einzelnen Steuerzahler, getragen werden müssen. Beispielhaft wird diese Aussage durch die politische Stellungnahme untermauert, dass die Stadt Hamburg ihre Bereitschaft der Risikoübernahme erklärt, für die Kostensteigerung am Großbauprojekt Elbphilharmonie aufzukommen.⁴⁸

Auch der Bund Deutscher Architekten veröffentlichte im November 2013 zusammenfassend Vermeidungsstrategien zur Bauzeit- und Kostenüberschreitungen. Neben der Stärkung der Bauherrenkompetenzen wird ebenfalls verdeutlicht, dass ein Bauvorhaben erst dann ausgeschrieben werden dürfe, wenn die Ausführungsplanung so detailliert und vollständig abgeschlossen sei, dass eine konkrete Leistungsbeschreibung und die Vergabeunterlagen vollständig fertiggestellt werden können⁴⁹. Unter Berücksichtigung dieser Parameter würden sich viele Konflikte und folglich Streitigkeiten vor Gericht verhindern lassen. Beide Auswertungen bestätigten zudem, dass eine zu hohe politische Einflussnahme und fehlendes Fachwissen bei den Entscheidungsträgern zu Kostenintransparenz und damit zu Kostensteigerungen führen würden.

In der Entwicklungsphase öffentlicher Bauvorhaben werden durch landes- und bundesrechtliche Regelungsvorschriften bis zur Genehmigung eines Bauvorhabens fundierte Vorleistungen gefordert. Diese müssen regelmäßig neben der Umsetzung aktueller Projekte durch das eigene Personal entwickelt und bearbeitet werden. Dem öffentlichen Auftraggeber steht hierfür häufig nicht ausreichend Personal zur Verfügung. Die für die zeitaufwendige Entwicklung eines kommenden Bauvorhabens benötigten Mitarbeiter abzustellen, ist kostenaufwendig, unter haushaltstechnischen Maßstäben kaum abbildbar und mit vorhandenen Mitarbeitern nur schwer umzusetzen. Über erforderliche Haushaltsmittel für zusätzliches Personal bereits zum Zeitpunkt der Grundlagenermittlung und Bedarfsplanung zu verfügen, entspricht nicht der gängigen Praxis. Nur um Projekte zügiger an den Start zu bringen, erhöht sich das Risiko der Fehler, wenn ein zu geringer

⁴⁷ Vgl. Pressemitteilung der Hertie School of Governance vom 19.05.2015

⁴⁸ Vgl. <https://hertie-school.org/Nachrichten/Details> vom 05/19/2015 „Öffentliche Großprojekte: Frühe Planungsfehler setzen oft unaufhaltsame Kostenspirale in Gang“; eingesehen am 06.02.2016

⁴⁹ Vgl. Zentralverband Deutsches Baugewerbe; Bund Deutscher Architekten; Großprojekte = Große Probleme?; November 2014

Bearbeitungszeitraum für die bedarfsgerechte Nutzungs- und Planungsphase einkalkuliert wird. Dies hat Auswirkungen darauf, dass sich Verschiebungen der Teilziele Termine und Kosten durch das gesamte Projekt manifestieren können.

Dem Umstand Rechnung tragend, dass vermehrt Großbauprojekte Zeit und Geld in Größenordnungen verschlingen, wurde im April 2013 durch das damalige Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung eine Reformkommission Bau mit dem Auftrag installiert, einen Aktionsplan zur Abwicklung von Großprojekten zu erarbeiten⁵⁰. Die daraus entstandenen Handlungsempfehlungen zur Verbesserung der Transparenz, Organisation und Effizienz hinsichtlich Kosten und Termine bei Großprojekten im Hoch- und Infrastrukturbau wurden im Juni 2015 durch das hochrangig besetzte Expertenteam aus Wirtschaft, Wissenschaft, öffentlicher Hand und Verbänden⁵¹ vorgelegt. Im Endbericht der Reformkommission Bau von Großprojekten, mit dem Leitspruch— „Komplexität beherrschen – kostengerecht, termintreu und effizient“— wird von allen Projektbeteiligten bei der Planung und Realisierung von Großbauprojekten ein grundlegender Kulturwandel gefordert. Am Ende der gemeinsamen Arbeit bestand Einigkeit darüber, dass in Übereinstimmung mit der Literatur davon ausgegangen werden kann, die wichtigsten Gründe für nicht eingehaltene Budgets und Bauzeiten identifiziert zu haben.⁵²

Oberstes Ziel aller Handlungsempfehlungen stellt die Sicherheit der Kosten, Termine und Qualitäten dar. Sie führen zu einem verringerten Konfliktpotential im Baugeschehen. Umgekehrt beschreiben die Handlungsempfehlungen bezogen auf Konflikursachen jene Bereiche, aus denen Meinungsverschiedenheiten, in der Folge Streitigkeiten am Bau entstehen, wenn sie im Projekt unvollständig und /oder unberücksichtigt gelassen werden. Losgelöst von der Tatsache, dass die Untersuchung auf Großprojekte abgestellt war, sollen angesichts der hohen Auslastung der Gerichte die nachfolgend zusammengestellten Ergebnisse der Reformkommission projektgrößenunabhängig und umfassend Berücksichtigung finden. Die nachfolgende Zusammenstellung stellt, neben der Inhaltsbeschreibung der Handlungsempfehlungen, Aufgaben und deren Folgen dar. Die Einflussfaktoren aus den Projektphasen werden differenziert nach Projektentwicklung und Herstellungsphase aufgeschlüsselt und beschrieben.

⁵⁰ Vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur: „Reformkommission Bau von Großprojekten“, Endbericht, Stand Juni 2015

⁵¹ Vgl. http://www.bmvi.de/DE/VerkehrUndMobilitaet/Verkehrspolitik/Grossprojekte/grossprojekte_node.html, eingesehen am: 24.01.2016

⁵² Vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur „Reformkommission Bau von Großprojekten“, Endbericht, Ziele und Arbeitsweise der Reformkommission, siehe Seite 10

Handlungsempfehlung	Überschrift	Inhaltsbeschreibung	Aufgabe und Folgen
1.	Kooperatives Planen im Team	interdiszipliniertes Planungsteam, das bereits vor Beginn Nutzerbedarf genau analysiert, alle Planungsbestandteile detailliert ermittelt und mit allen Beteiligten kontinuierlich abstimmt, ggfs. unter Einbindung bauausführender Unternehmen.	sorgfältige Bedarfsermittlung der Bauherrenwünsche, Kostensicherung durch Verhinderung von Planänderungen in späteren Projektphasen
2.	Erst planen, dann bauen	Lückenlose Ausführungsplanung für das gesamte Projekt vorliegend, Baubeginn nur unter der Bedingung vollständiger abtrennbarer Teilprojekte möglich.	Sequentielles, teamorientiertes kooperatives Planen, im fortlaufenden nacheinandergefolgenden Planungprozess, ggfs. unter frühzeitiger Einbindung von Unternehmen, Minderung paralleler Planungsabläufe führen zur Kosten- und Termsicherheit
3.	Risikomanagement und Erfassung von Risiken im Haushalt	Analyse und Bewertung von Risiken gem. Risikomanagement ISO 31000 sowie DIN EN 31010, als Grundvoraussetzung für die Bereitstellung von Haushaltsmitteln sowie unter Einbeziehung sämtlicher Projektplanungsbeteiligten.	Schaffung belastbarer Datengrundlagen für Kostenschätzung in der Projektvorbereitung (Bedarf, Grundlagen, Vorplanung), Offenlegung qualitativer Überlegungen zur Bewältigung technischer Risiken, transparente Darstellung aller Projektkosten, incl. Risiken aus Unvorhergesehenem, Teuerung und Restrisiken, gleichzeitige Beschreibung der Risiken aus Chancen und Gefahren
4.	Vergabe an den Wirtschaftlichsten, nicht den Billigsten	Herleitung der Auftragsvergabe neben Preis auf Basis qualitativer Wertungskriterien, wie z.B. planerisch-technischer Wert, Betriebs- und Folgekosten, Qualität der Antworten auf Fragen zur Auftragsdurchführung und im Umgang mit Risiken.	Durch qualitative Ausschreibung und Beschreibung voranzusammengetragene Risiken, Bietermotivation zur Offenlegung unternehmerseitig erarbeiteten technischen Risikomanagement darzulegen. Klarheit über vertraglich bestimmtes gemeinsames Bausoll.
5.	Partnerschaftliche Projektzusammenarbeit	Projektentwicklung auf Basis gleichwertiger Kooperationskultur unter allen Vertragspartnern mit gleichzeitigem Informationsaustausch, unter Zulässigkeit von Bonus-Malus-Regelungen mit rechtlicher Regelung von Zielpreispriämien.	Übereinkunft hinsichtlich des Umgangs mit Risiken, Änderungen, finden gemeinsamer vertraglicher Verankerung projektbezogene Bedürfnisanforderung unter Berücksichtigung der Bedürfnisse einzelner Vertragspartner.
6.	Außergerichtliche Streitbeilegung	vertragliche Verankerung von internen und externen Konfliktlösungsmechanismen unter Abbau rechtlicher Hemmnisse für die Durchführung externer Streitbeilegungsverfahren	Übereinkunft über den Umgang mit Meinungsverschiedenheiten und deren vertragliche Verankerung
7.	Verbindliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung	Untersuchung verschiedener Beschaffungsmodelle im Rahmen einer angemessenen Wirtschaftlichkeitsprüfung gem. § 7 BHO, als Voraussetzung für die Bereitstellung von Haushaltsmitteln	Klarheit und Transparenz zur Entscheidungsfindung
8.	Klare Prozesse und Zuständigkeiten/Kompetenzzentren	Verteilung eindeutig verständlicher Projektstrukturen - und Abläufe mittels Projekthandbuch, Klarheit zwischen Projektleitungs- und Projektsteuerungsaufgaben, Schaffung von Kompetenzzentren zur Nutzung personeller und fachlicher Kompetenzen verschiedener öffentlicher Auftraggeber	Eindeutigkeit der Handlungsstränge
9.	Stärkere Transparenz und Kontrolle	Schaffung Organisationsstrukturen zur klar definierten Steuerung und Kontrolle gewährleisten, offene und kontinuierliche Bürgerbeteiligung zum frühestmöglichen Zeitpunkt mit Vorliegen belastbarer Planungsdaten, hinsichtlich Kosten, Termine, Risiken	vertrauensbildende Maßnahme
10.	Nutzung digitaler Methoden - Building Information Modeling (BIM)	Verstärkte Nutzung digitaler Methoden mit BIM (Building Information Modeling), Entwicklungskonzepte zur Anforderungen und Vereinheitlichung digitaler Methoden zum Planungs- und Bauablauf.	Erstellung einer konsistenten Planung durch Visualisierung von Projektvarianten durch Kollisionsprüfung und friktionslosen (kontroversen) Bauablauf

Tabelle: Zusammenfassung Ergebnisse der Reformkommission, Stand Juni 2015

Abbildung 3: Zusammenfassung der Ergebnisse der Reformkommission, Stand Juni 2015

2.2 Konfliktursachen aus der Projektentwicklung

Es lassen sich drei Bausteine hinsichtlich der Projektentwicklung eines Bauvorhabens identifizieren, für die der öffentliche Bauherr verantwortlich zeichnet und welche im weiteren Verlauf Einfluss auf den Herstellungsprozess nehmen

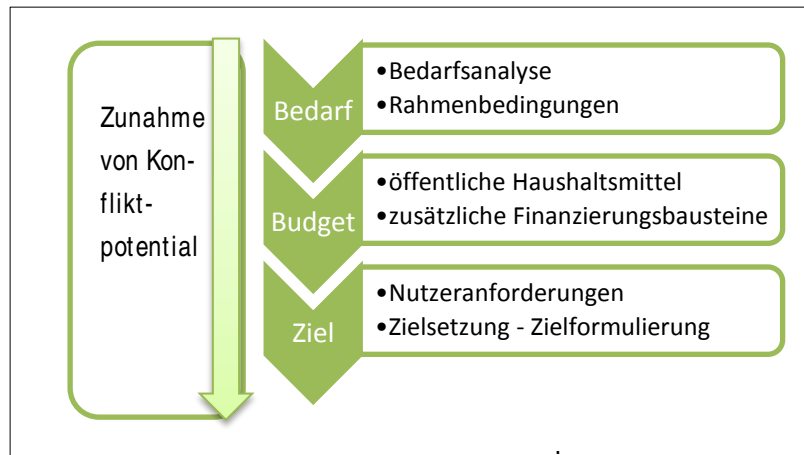


Abbildung 4: Bedarf – Budget – Ziel

Beginnend mit der Leistungsphase 0 – der Projektvorbereitung – stellt die *Bedarfsanalyse* in der Gegenüberstellung des vorhandenen Ist zum benötigten Soll grundsätzlichen Bedarf an zusätzlichen Investitionen dar. Die durch den öffentlichen Bauherren federführend erarbeiteten Bedarfsanforderungen umfassen die Zusammenstellung des benötigten Raum- und Flächenbedarfs in Abhängigkeit ihrer Nutzung, Funktion, Qualität und Ausstattung. Sie enthält organisatorische und funktionale Beschreibungen sowie die finanziellen und terminlichen Rahmenbedingungen.⁵³

Die *Zielsetzung-Zielformulierung* definiert den voraussichtlichen Nutzerwillen und beschreibt die Projektziele. Im Abgleich mit dem Projektverlauf gibt sie über den Zeitraum des Projektes verbindlich darüber Auskunft, ob und inwieweit die Planungs- und Ausführungsergebnisse deckungsgleich mit den Projektzielen sind. In der Entwicklung des *Nutzerbedarfsprogramms* liegen die Chancen darin, die am Beginn des eigentlichen Planungsprozesses noch nicht durch Planungsentscheidungen eingeschränkten Freiheitsgrade zu nutzen und damit Vorgaben für Planungsentscheidungen zu liefern.⁵⁴

⁵³ Vgl. Walter Volkmann – Leistungsphase 0 – www.volkmann-pm.de/images/kunde/pdfs/Bedarfsplanung.pdf; eingesehen am 30.07.2016

⁵⁴ Vgl. Kommentar zum Leistungsbild Projektsteuerung Ho PS 2001, Hrsg. Hans Lechner

Mit der DIN 18025 liegt jedem Bauherren seit 1996 eine Norm für die Bedarfsplanung im Bauwesen vor, in der Prüflisten zur Verfügung stehen, die den Bauherren unterstützend die Anforderungen nach ihrer Vollständigkeit aufzeigen sollen. Dem öffentlichen Auftraggeber muss zu Beginn der Planungsphase 0 ausreichend Zeit zur Verfügung stehen, damit Unklarheiten ausgeräumt und die Konkretisierung seines Bedarfs abschließend erfolgen kann. Aus dieser Planungsphase herrührend können Meinungsverschiedenheiten, die sich in der Ausführungsphase am Bau zeigen, ihren Ursprung haben.

2.3 Betrachtungsebenen bauspezifischer Merkmale

Die zur Entstehung eines Bauwerks erforderlichen Planungs- und Ausführungsphasen weisen wiederum ihre eigene hohe Komplexität hinsichtlich bauspezifischer Merkmale auf. Diese sind ebenso vielfältig aufgestellt, lassen sich in drei Betrachtungsebenen gliedern und entfalten jede für sich ausreichend Grundlagen zur Streitigkeiten.

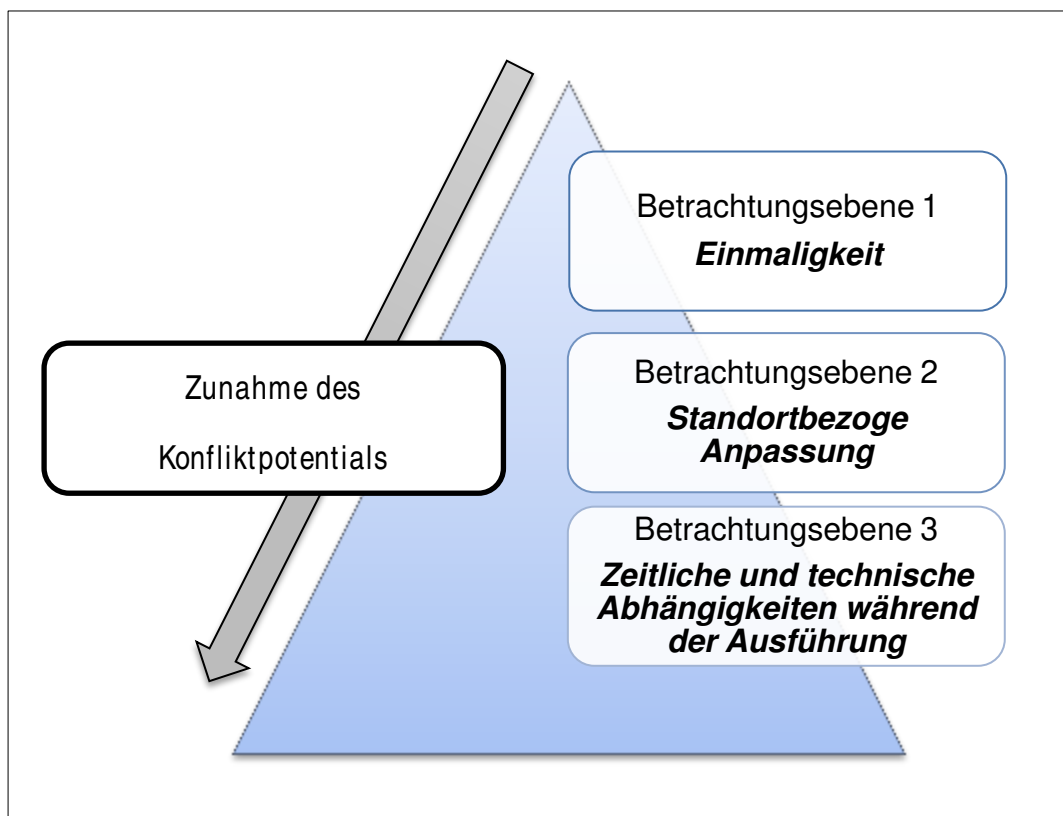


Abbildung 5: Konfliktanfälligkeit aus den Betrachtungsebenen bauspezifischer Merkmale

2.3.1 Betrachtungsebene Eins

Die Prozesse zur Herstellung eines Bauwerks sind sehr diffizil und unterliegen von Beginn an einem dynamischen Verlauf, viele Faktoren sind unbekannt. In der ersten oberen Ebene ist wesentlich, dass ein Bau-

werk einzigartig ist, weil es i. d. R. einmalig hergestellt wird. Es zeichnet sich durch seine Einzelproduktion unter Einwirkung stetiger Neuartigkeit aus, die auf eine kontinuierliche Entwicklung aus Wissenschaft und Innovationen, auf Veränderungen der Technik und Normen, auf Änderungen der gesetzlichen Grundlagen sowie den aktuell einwirkenden konjunkturellen Entwicklungen fußen.

2.3.2 Betrachtungsebene Zwei

In zweiter mittlerer Betrachtungsebene zeigt sich, dass die Erstellung des Bauwerks stets standortbezogen erfolgt und deshalb davon auszugehen ist, dass immer veränderte Bedingungen bei der Durchführung des Bauvorhabens vorliegen. So weisen beispielsweise der vorhandene Baugrund, die Grundwasserverhältnisse, die Umgebungsbebauung und die Zuwegung zum Grundstück ortsbedingte Beschaffenheit auf, die selten wiederkehrend sind. Zudem nehmen örtlich geltende Vorschriften bzw. in jedem Fall andersartige Witterungsbedingungen und neue Teamzusammensetzungen zumeist großen, unvorhergesehenen Einfluss.

Im Unterschied hierzu wird ein stationär entwickeltes Endprodukt dem Markt erst am Ende einer langen Umsetzungsdauer mit vorangegangener Markterkundung sowie Entwicklungs- und Produktionskonzeptphasen präsentiert. Durch die hohe Komplexität und die hohen Erwartungen an eine erfolgreiche Durchführung hält der Bereich Bauen im Branchenvergleich zu stationär gefertigten Produkten hinsichtlich einer hohen Fehlerquote aktuell nur unzureichend stand. Am Bau gibt es keine Return-Taste, unberücksichtigte Risiken haben Einfluss auf die Fehlerquote. Diese müssen an Ort und Stelle zeitnah bewertet und behoben werden.

2.3.2 Betrachtungsebene Drei

Die dritte Betrachtungsebene, konzentriert sich auf den Zeitpunkt nach der behördlichen Genehmigungsphase und der Auftragserteilung für die ausführenden Gewerke, auf die Herstellungsphase eines Bauwerks. Es wirken weitere Faktoren konfliktauslösend ein, die nachfolgend benannt werden.

Innerhalb der aktiven Ausführungsphase zur Herstellung eines Bauwerkes bedingen sich zeitliche und technische Abhängigkeiten zwischen den Teilleistungen, deren Störungen im Ablauf ausreichend Raum für Konfliktursachen bieten. Beispielsweise beruhen die vom Bauunternehmen zu erbringenden Bauleistungen, auf Planungen und ausgeschriebenen Leistungspaketen der Architekten und Ingenieure, die als Auftragsgehilfen des Auftraggebers tätig sind. Die Angebots-Herbeiziehung einzelner Leistungspakte soll auf der Grundlage einer abgeschlossenen Ausführungsplanung erfolgen. Muss die Planung jedoch durch Ergänzungen oder Änderungen baubegleitend fortgeschrieben werden, ist dies in der Angebotsphase unberücksichtigt

geblieben und wirkt sich zwangsläufig nachfolgend aus. Die von den ausführenden Bauunternehmen zu erstellende Werkplanung gründet sich auf die lückenhafte Ausführungsplanung der Ausschreibungsunterlagen. Die Werkplanung liegt im Risikobereich der Auftragnehmer und die Unternehmen haben gem. § 3 Abs. 1 VOB/B ein Anrecht auf die rechtzeitige Übergabe aller für die Ausführung nötigen Unterlagen. Unter „nötige“ Unterlagen dürften wohl jene zu verstehen sein, die als vollständig und abschließend für die Ausführung gemeint sind. Sind sie es nicht, kann die Erstellung der Werkplanung nur unzureichend, schleppend und/oder mit Zeitverzug erfolgen, weil Nachfragen der Unternehmen zu Änderungen oder Anpassungen führen. In der Sache entstehen Kommunikationsschnittstellen zwischen den beteiligten Fachplanern und, entsprechend der Vertragskette weiterführend, zwischen den baustellenleitenden- und bauausführenden Beteiligten. Die Weitergabe von Informationen erfolgt häufig zeitversetzt und/oder mit Verlust der tatsächlich notwendigen sachlichen Bauumsetzungsproblematik. Die beteiligten Menschen ergreifen unterschiedlich Initiative, werden unterschiedlich aktiv und handeln entsprechend ihren eigenen Möglichkeiten. Konflikte sind vorprogrammiert, die sich auf sachlicher und personeller Ebene abspielen. Sie benötigen Zeit zur Klärung und führen u.a. zu hohen Produktivitätsverlusten. Leistungen von Vorgewerken werden durch Eigen- oder Fremdverschulden nicht termingerecht erbracht. Die Nachfolgewerke können ihre Leistungen nicht, wie vertraglich vereinbart, terminplangerecht ausführen und melden daher oftmals Behinderung an, formell gem. § 6 Abs. 1 VOB/B. Konfliktursachen und Auswirkungen bedingen sich und produzieren noch mehr Konfliktpotential. Eine kausale Kette, die es zu durchbrechen gilt, weil sie zu Verhärtungen zwischen den Vertragsparteien führt und ein kooperatives Arbeitsverhalten der Beteiligten verhindert.

2.4 Auswirkungen der Konfliktursachen aus Projektentwicklung auf die Herstellungsphase

Bereits 2005 arbeiteten die Autoren Haghsheno und Kaben⁵⁵ in einer empirischen Untersuchung über Konflikte und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten die häufigsten Konfliktursachen heraus. Die im Jahrbuch BauR 2005 veröffentlichte Erhebung beruht auf einer schriftlichen Befragung, deren 76 Teilnehmer aus Juristen und Bauingenieuren beider Sphären, Auftraggeber und Auftragnehmer, stammten sowie auf der Auswertung von 166 Gerichtsentscheidungen. Die Ergebnisse lassen Rückschlüsse auf die ursächliche Sphäre zu. Die häufigsten konfliktfördernden Ursachen stammen demnach aus dem Bereich des Auftraggebers. Die Darstellung zeigt, dass Leistungsänderungen mit 55,10 % vor den Zusätzlichen Leistungen mit 51,90 % über die Hälfte aller Streitursachen ausmachen. Rang drei der Streitursachen belegen immer noch mit 50,60 % Unklarheiten aus dem Vertrag. Fehlerhafte Leistungsverzeichnisse schlagen

⁵⁵ Vgl. Haghsheno/Kaben, Jahrbuch Baurecht 2005, Werner Verlag, Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten – Eine empirische Untersuchung, S. 263 ff.

mit 49,70 % und fehlende oder unvollständige Planungsunterlagen mit 44,20 % auf den Plätzen vier und fünf zu Buche.

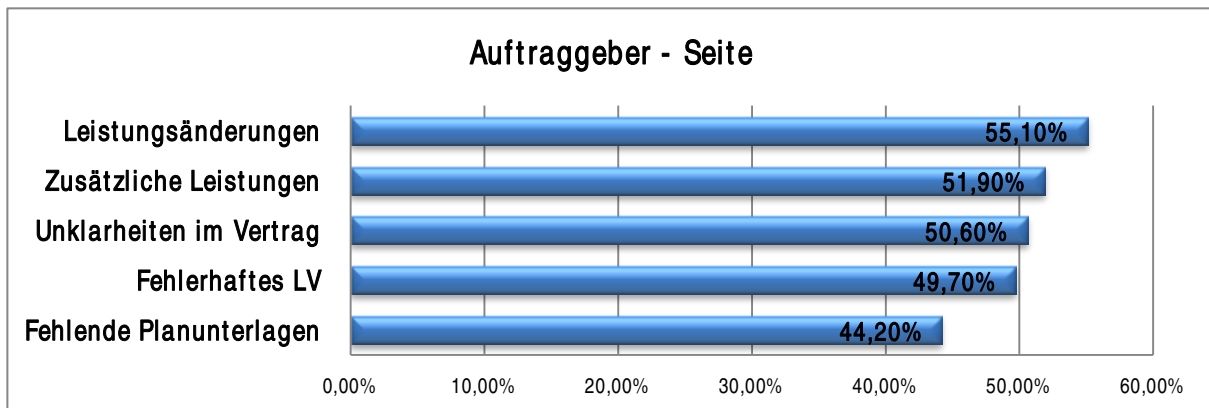


Abbildung 6: häufigsten Konfliktursachen der Auftraggeber-Seite

Demgegenüber steht aus der verantwortlichen Sphäre des Auftragnehmers die mangelbehaftete Bauleistung mit 41,90 %, eine fehlerhaft aufgestellte Kalkulation (unter der Voraussetzung, alle Umstände waren zum Zeitpunkt der Angebotsbildung bekannt) mit 29,10 %, fehlendes Spezialwissen aus betrieblichen oder technischen Erfahrungen – fehlendes Know-How - mit 26,80 % sowie eine fehlerhafte Aufstellung der Schlussrechnung und die entsprechend schlechte Prüfbarkeit mit 23,50 %, gegenüber. Die eindeutige Zuordnung kann nur einen Versuch darstellen und ist in jedem speziellen Einzelfall immer bezüglich der kausalen Ursachen-Wirkungskette festzustellen.

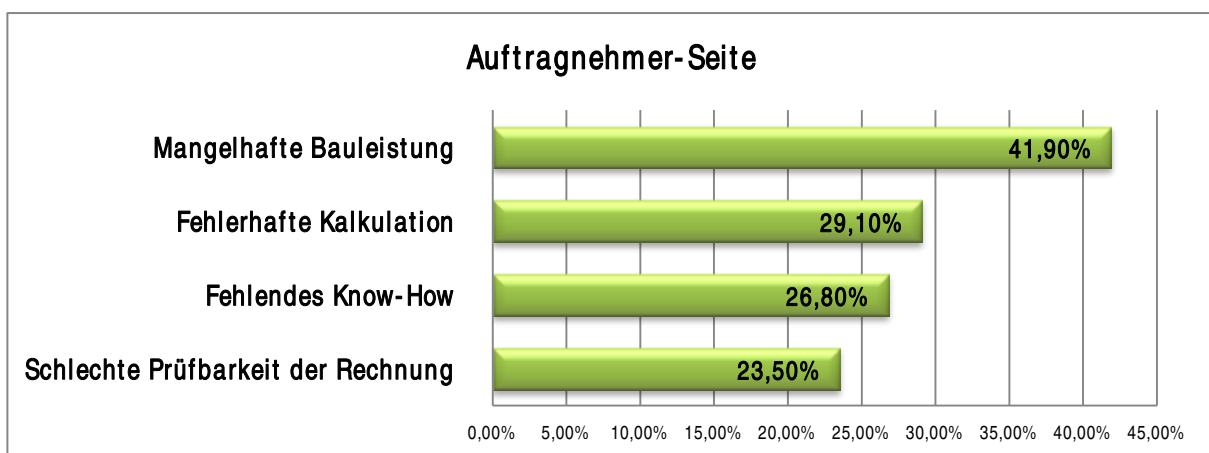


Abbildung 7: häufigsten Konfliktursachen der Auftragnehmer-Seite

Werkvertragliche Vereinbarungen beschreiben auf verschiedene Art und Weise Leistungen. Die Leistungsbeschreibung kann detailliert oder pauschal formuliert sein. Eine detaillierte Leistungsbeschreibung, mit einem Positions – und mengenbezogenen Leistungsverzeichnis kennzeichnet einen Einheitspreisvertrag,

kurz EP-Vertrag. In den sogenannten Pauschalverträgen werden zwei Gruppen unterschieden, der Detail-Pauschalvertrag und der Global-Pauschalvertrag. Im Detail-Pauschalvertrag werden die Leistungen konkret beschrieben, während im Global-Pauschalvertrag die Leistungen nur funktional ausgewiesen werden. Beide Verträge haben gemeinsam, dass die formulierten Mengen nicht abschließend bestimmt werden. Die Vergütung aller Leistungen erfolgt grundsätzlich erst einmal zu einem pauschalisierten Festpreis. Weitere Unterscheidungen gelten für den Global-Pauschalvertrag, die nicht weiter ausgeführt werden. Zur Vervollständigung werden der Stundenlohnvertrag und der Selbstkostenerstattungsvertrag benannt. Weiteren Betrachtungen beziehen sich auf einen klassischen Einheitspreisvertrag. Es werden im Einzelnen wesentliche Ursachen beschrieben und Konfliktwirkungen herausgearbeitet.

2.4.1 Das Konfliktpotenzial im Bausoll eines Einheitspreisvertrages

Im vertraglich vereinbarten Bausoll sollen die Anforderungen der Bauaufgabe in Umfang und Qualität eindeutig, erschöpfend und vollständig definiert sein. Aus der Sphäre des Auftraggebers sind alle Umstände der Bauaufgabe, die Einfluss auf die Erstellungskosten haben können, in der Leistungsbeschreibung zu beschreiben. Ferner sind alle Termine und Fristen festzulegen. Auf dieser Basis erarbeitet ein potenzieller Auftragnehmer die Grundlagen für eine nachvollziehbare, prüffähige und vollständige Angebotsunterlage, der Urkalkulation. Wirtschaftlicher Druck, beispielsweise durch zeitlich begrenzte Finanzierungs- und Fördermittelzeiträume, unzureichende Erkundung des Baugrunds, nicht auskömmliche Honorare für Gutachter/Planer oder nicht zulässige Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer führen zu unkalkulierbaren Risiken. Zu kurze Zeiträume für die Ausführungsplanung wirken sich in einer mangelbehafteten unvollständigen Ausführungsplanung und damit in einer nicht eindeutigen und abschließend erschöpfenden Ausschreibungs- und Vergabeunterlage aus. Das Bausoll wird in der Folge entsprechend unvollständig vertraglich vereinbart. Unklarheiten aus der Planung, die sich im Bausoll niederschlagen und zu unklaren Vertragsbedingungen führen, bergen Konfliktpotenzial und führen zu Meinungsverschiedenheit. Ein auf Wettbewerbsdruck basiertes schlechtes, teilweise nicht auskömmliches Preisniveau oder fehlende bzw. verspätete Vorunternehmerleistungen oder aber auch eine verspätete Mitwirkung und Entscheidungsfindung durch den Auftraggeber führen zu zusätzlichen Risiken in der Bauabwicklung. Mangelnde Bauqualität und ein unzureichender Baufortschritt sind mögliche Folgen. Werden noch Änderungen des Bauentwurfs oder des Bauablaufplans, die zusätzliche oder geänderte Leistungen erfordern, als neues Bausoll definiert, entsteht zur Beweissicherung beiden Vertragspartnern ein hoher Aufwand für deren Dokumentation. Nachtragsmanagement und Schriftverkehr werden unabdingbar notwendig. Einsetzende zeitaufwendige Auseinandersetzungen über das vertraglich geschuldete Bausoll verzögern die Nachtragsbeauftragung und damit den Fort-

schritt auf der Baustelle. Nicht kalkulierbare zusätzliche Vergütungsansprüche und Terminüberschreitungen gehören zu den häufigsten Konfliktauswirkungen.

2.4.2 Das Konfliktpotenzial aus Vergütung eines Einheitspreisvertrages nach § 2 VOB/B

Grundsätzlich wird die Vergütung gem. § 2 Abs. 1 VOB/B durch die vereinbarten Preise aller Leistungen, die nach der Leistungsbeschreibung sowie aller zusätzlichen Vereinbarungen zum vertraglichen Umfang des Bauauftrags gehören, abgegolten. Entsprechend der tatsächlich ausgeführten Leistungen ist auf Basis der vertraglich vereinbarten Einheitspreisen ab zu rechnen. Vielseitige Umstände während des Bauablaufs erfordern Regelungen über zusätzliche Vergütung, wenn diese zur Erfüllung des Werkerfolgs notwendig werden und über die bereits beauftragten und zum Bausoll gehörenden Leistungen hinausgehen.

2.4.2.1 Vergütung von Mehr- oder Minderleistungen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B

Bei Einheitspreisverträgen stellt es keine Ausnahme dar, wenn die tatsächlichen Ausführungsmengen von den ausgeschriebenen Mengen abweichen. Mengen, sogenannte Vordersätze, werden unter den Positionen eines Leistungsverzeichnisses vom Ersteller geschätzt. Im technisch/rechtlichen Sinne liegt die Ursache für Mengenermittlungen in der von Auftraggeber gewählten Methode, einer mehr oder weniger genauen Schätzung. Es handelt sich um eine systemimmanente Eigenschaft aus dem Vertrag. Bei der Kalkulation seiner Preise geht der Auftragnehmer von diesen Vordersätzen aus. Stellt sich im Bauablauf heraus, dass Mengen zwischen Angebot und Ausführung um mehr als 10 % als Minder- und Mehrmengen abweichen, wirkt sich das auf die einzelnen Bestandteile der Kalkulation des Auftragnehmers aus. Die ursprünglich angenommene Kalkulationsbasis ändert sich mit Ab- oder Zunahme der Mengenabweichung. Vertraglich kann der Einheitspreis als Festpreis gesehen werden, die Menge ist als kalkulatorische Größe jedoch variabel. Je nach Ausmaß der Mengenabweichung führt dies zu einer mehr oder weniger großen Unter- oder Überdeckung der einkalkulierten Einzelbestandteile des Einheitspreises, wie die Gemeinkosten und Wagnis + Gewinn, unter Umständen auch der Einzelkosten. Die Feststellung der erbrachten Mengen erfolgt über ein Aufmaß. Bei kleineren Mengen als im Vertrag vorgesehen würde der Auftragnehmer durch Unterdeckung schlechter gestellt werden. Eine Überdeckung tritt ein, wenn die Mengen größer als vertraglich vereinbart sind. Gem. § 2 Abs. 3 VOB/B wird dem Auftragnehmer erst dann ein neuer Preis gewährt, wenn die vertraglich vereinbarten Mengen um mehr als 10 % nach unten oder oben abweichen. Auch wird der Preis nicht automatisch angepasst, sondern ist unter Berücksichtigung der Urkalkulation plausibel exakt der Minder- oder Mehrmengen in die Einzelbestandteile aufzuschlüsseln und nachzuweisen. In der Folge werden Unter- und Überdeckungen für Preisanpassung erst bei Abweichungen von mehr als 10 % relevant, das Risiko der Mengenände-

rung tragen gemäß BGH Urteil in diesem Bereich Auftraggeber und Auftragnehmer gleichermaßen⁵⁶. Die Praxis zeigt jedoch häufig eine größere Diskrepanz zwischen ausgeschriebener und der tatsächlich ausgeführten Mengen. Für den Anspruch auf Vergütung nach § 2 Abs. 3 VOB/B trägt der Auftragnehmer die Beweislast. Sie ist eindeutig, vollständig und transparent zu dokumentieren. Hieran fehlt es i. d. R., weshalb der Umgang mit Mengenabweichungen von mehr als 10 % als beachtlich störanfällig gilt und ein hohes Konfliktpotenzial darstellt.

2.4.2.2 Vergütung von geänderten und/oder zusätzlichen Leistungen gem. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B

Im VOB/B-Vertrag können aufgrund des einseitigen Änderungsrecht des Bauentwurfs nach § 1 Abs. 3 VOB/B und/oder Ergänzungen des Bau-Solls gem. § 1 Abs. 4 VOB/B durch den Auftragsgeber geänderte und/oder zusätzliche Leistungen angeordnet werden. Die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch liegen im Vergleich zwischen Bau-Soll und Bau-Ist sowie in der Tatsache begründet, dass die Zuordnung der Ursache für die Leistung aus der Sphäre des Bauherrn stammt. Um diese Leistungen dem vertraglichen Bausoll hinzufügen zu können, sollen sie formal und vor der Ausführung beauftragt werden. Der Auftraggeber bzw. seine Erfüllungsgehilfen erstellen hierfür ein Nachtrags-Leistungsverzeichnis, welches vom Auftragnehmer zu bepreisen ist. Üblicherweise reicht der Auftragnehmer ein Nachtragsangebot ein. Die Grundlage für die Preisbildung der erforderlichen Leistungen hat auf der Basis der kalkulatorischen Preisfortschreibung aus der Urkalkulation zu erfolgen, wenn eine Bezugsposition aus dem Angebot herangezogen werden kann.⁵⁷ Andernfalls ist ein neuer Preis dergestalt zu bilden, dass dieser einen Bezug auf die Preisbildung der Urkalkulation⁵⁸ zulässt. Oder der Preis spiegelt eine plausible Nachtragskalkulation, in Angemessenheit und mit ortüblichen Preisen⁵⁹, wider. Der Auftraggeber prüft das Angebot, es kann zusätzlich verhandelt und erfolgreich beauftragt werden.

Leistungsänderungen, die gem. § 2 Abs. 5 VOB/B auch ohne vorherige Ankündigung durch den Auftragnehmer vergütungspflichtig sind, stellen auf das einseitige Änderungsrecht des Bauentwurfs gem. § 1 Abs. 3 VOB/B ab. Änderungen des Bauentwurfs können auf unvorhersehbare Probleme in der Ausführungsphase und/oder auf eine unvollständige Planung und/oder auf geänderte/unkonkrete Bedarfsermittlung hinweisen.

Zusätzliche Leistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B grenzen sich gegenüber geänderter Leistungen dahingehend ab, dass sich die neuen Leistungen nicht auf die angebotenen technischen Kalkulationsansätze zurückfüh-

⁵⁶ Vgl. BGH Urteil vom 14.03.2013 VII ZR 116/12

⁵⁷ Vgl. BGH Urteil vom 14.03.2013 – VII ZR 142/12, BauR 2013, 943 = NZBau 2013, 364

⁵⁸ Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 26.01.2016 – 3 U 115/15, Volltext: IBRRS 2016, 2073

⁵⁹ Vgl. BGH Urteil vom 07.03.2013, VII ZR 68/10, BauR 2013, 1116 = NZBau 2013,366

ren lassen. Zusätzliche Leistungen müssen sich klar vom vereinbarten Bausoll abgrenzen lassen. Sie gründen sich auf § 1 Abs. 4 VOB/B. Es handelt sich um nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung auf Verlangen des Auftraggebers erforderlich werden. Sie sind vom Auftragnehmer mit auszuführen, wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen eingestellt ist. Zusätzliche Leistungen sind gem. § 2 Abs. 6 VOB/B vom Auftragnehmer vor Ausführung anzukündigen. Diese Bestimmung trägt zur Kostenklarheit gegenüber dem Auftraggeber bei und könnte im Falle einer Ablehnung des Auftraggebers zur Verweigerung einer zusätzlichen Vergütung führen.

Die Schwierigkeiten, die sich aus der o. g. Abgrenzungsüberlegung für unkundige Unternehmer ergeben könnte, werden oftmals nicht zeitnah erkannt und abschließend geregelt. Aus Zeit und/oder Personalgründen rückt der aktive Entstehungsprozess, die Baustellentätigkeit in den Vordergrund, während Meinungsverschiedenheiten um Vergütungsansprüche aus beiden Vertragslagern i. d. R. verschleppt werden. Spätestens jedoch zur Schlussrechnungslegung und deren Prüfung keimen zwischenzeitlich ruhende Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragspartnern wieder auf. Diese können allein deshalb zu langwierigen Streitigkeiten auswachsen, weil rückblickend Ursachenforschung betrieben und deren Dokumentation aufbereitet werden muss.

Die Darlegung von Vergütungsansprüchen aus Planänderungen oder Behinderungen und sowohl für geänderte als auch zusätzliche Leistungen hat auf Grundlage einer lückenlosen und nachvollziehbaren Dokumentationsunterlage aller dazugehörigen baubetrieblichen Umstände durch den Auftragnehmer zu erfolgen. Es wird der Nachweis zwischen der anspruchsbegründenden und der anspruchsausfüllenden Kausalität erforderlich.⁶⁰ Diese liegen häufig nur in Teilen oder fehlerbehaftet oder gar nicht vor. Streitgegenständlich liegen Konflikte über die Vergütung nach der eingangs erwähnten Untersuchung mit 55,80 % auf Platz eins.

2.4.2.3 Mängelrechte gem. § 4 VOB/B und § 13 VOB/B

Es liegt dann ein Mangel vor, wenn die Leistung nicht frei von Sachmängeln ist, nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder entgegen der anerkannten Regeln der Technik ausgeführt wurde, gem. § 13 VOB/B und § 633 BGB⁶¹. Mit dem VOB/B-Vertrag werden Mängelrechte bereits vor der Abnahme gem. § 4 Abs. 6 und 7 VOB/B geregelt. Demnach hat der Auftraggeber Anspruch auf Beseitigung vertragswidrig eingebauter Stoffe/Bauteile und auf Mängelbeseitigung für Leistungen, die schon während der Ausführung als

⁶⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 24.02.2005 - VII ZR 141/03

⁶¹ Vgl. § 4 Abs. VOB/B

mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden.⁶² Den Beweis, dass die betroffenen Leistungen oder Stoffe/Bauteile mangelfrei bzw. eine vertragskonforme Qualität aufweisen, liegt vor der Abnahme in der Sphäre des ausführenden Unternehmens. Die Abnahme zieht verschiedene Rechtsfolgen nach sich. Mit der Abnahme kehrt sich unter anderem das System zur Beweispflicht für einen vorliegenden Mangel um und ist dann durch den Auftraggeber nachzuweisen. Eine Ausnahme ist gegeben, wenn der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Abnahme Vorbehalt gegenüber einer einwandfreien Leistungserbringung dem Auftragnehmer gegenüber angemeldet hat. Mit der Übernahme des Werkes durch die Abnahme setzen der Beginn der Verjährung und die daraus folgenden Gewährleistungsansprüche ein. Nach der Abnahme werden Mängelansprüche gem. § 13 Abs. 5 VOB/B auf die Mangelfreiheit während der Verjährungsfrist geregelt, sofern die Leistung auf eine vertragswidrige Leistungsausführung zurückgeführt werden kann und der Auftraggeber diese dem Auftragnehmer gegenüber innerhalb der Verjährungsfrist ordnungsgemäß anmeldet.

Auch die Darlegung der unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen von Mängelansprüchen ist sensibel, hoch komplex und bedarf umfassend Kenntnis über Sachzusammenhänge sowie deren rechtliche Folgen. Es werden während des Bauablaufs fortlaufend Zustandsfeststellungen erforderlich, wenn die Leistungen durch Nachfolgearbeiten der Feststellung und Prüfbarkeit entzogen werden. Diese sind gemeinsam von beiden Vertragspartnern durchzuführen und so zu dokumentieren, dass Folgen eindeutig zugeordnet werden können. Die Konflikthanfälligkeit im Bereich einer mangelhaften Ausführung einer Bauleistung liegt demnach mit 41,90 % auf Auftragnehmer-Seite gem. der Auswertung nach Haghsheno an erster Stelle.

2.4.2.4 Abrechnung nach § 14 VOB/B

Aus der Sphäre des Auftragnehmers erfolgt die Erstellung einer prüfbaren Rechnung seiner Leistungen. Gem. § 14 Abs.1 VOB/B ist diese so aufzustellen, dass u. a. die positionsbezogene Reihenfolge aus dem Leistungsverzeichnis einzuhalten ist. Alle zur Prüfung erforderlichen Komponenten, z. B. Zeichnungen oder Mengenerrechnungen, sind der Rechnung beizulegen. Zur Leistungsermittlung können aus Zeichnungen die Mengen ermittelt werden, wenn die ausgeführte Leistung den Zeichnungen entspricht. Andernfalls ist möglichst gemeinsam ein Aufmaß gem. § 14 Abs. 2 VOB/B vorzunehmen. Rechnungen, deren Aufstellung sich auf eine Abschlagszahlung beziehen, erfordern eine rasche, sichere Beurteilung der ausgewiesenen Leistungen und stellen nur reine vorläufige Rechnungsposten dar. Sie müssen dennoch objektiven Mindestanforderungen genügen. Die Fälligkeit der Schlussrechnung setzt die Abnahme der Werkleistung voraus und ist dem Auftraggeber mit einer ausführungszeitabhängigen Frist prüfbar vorzulegen. Die Abrechnung erfolgt

⁶² Vgl. Gem. § 4 Abs. 6 und 7 VOB/B

in Abhängigkeit der Abnahme. Alle bereits zuvor beschriebenen Abhängigkeiten, die entstehen bis es zur der Abnahme und der Aufstellung von Rechnungen kommt, fließen hierin ein und erhöhen die Konflikthanfälligkeit im Bereich Abrechnung um ein Vielfaches. In der Folge zählt die Aufstellung prüfbarer Rechnungen mit über 20 % ebenso zu den häufigsten Konfliktursachen, die regelmäßig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Begründetheit des Werklohns führen.

2.4.2.5 Zahlung nach § 16 VOB/B

Die Zahlung der Schlussrechnung setzt neben einer erfolgreichen Abnahme voraus, dass sämtlich während des Bauverlaufs aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten zum beidseitigen Einvernehmen beigelegt wurden. Meinungsverschiedenheiten unterliegen ihrer eigenen Dynamik. Sie wirken sich umfassend aus, wenn ihnen zur Beilegung unzureichend Aufmerksamkeit und Zeit eingeräumt wird. Sämtlich zuvor beispielhaft aufgeführte Darlegungen von Konfliktwirkungen eines Einheitspreisvertrages über Bau-Soll-Inhalte, die Vergütung, die Ausführungsart, Mängel und Abrechnung bilden am Ende die Einflussfaktoren auf eine ordnungsgemäße und vollständige Zahlung der Schlussrechnung. Die Komplexität der gewählten Einzelbetrachtungen führe einem den dynamischen Verlauf in der Bauausführung eines Bauprojekts vor Augen, auf die viele am Bau beteiligte Personen Einfluss nehmen. Der empirischen Untersuchung nach Hangsheno zufolge gehört der Zahlungsverzug mit 37,90 % zu die Top Ten der Streitursachen. Der Verzug der Zahlung tritt gem. § 16 Abs. VOB/B ein, wenn eine nach Prüfung und Feststellung anerkannte Schlussrechnung nicht innerhalb von einem Monat, maximal nach zwei Monaten, sofern bereits in der Ausschreibung entsprechend aufgrund zu erwartender Komplexität des Auftrags angemeldet und somit vertraglich vereinbart, nach Zugang gezahlt wird. Die Sphäre der Verursachungen ist ohne Ursachenforschung und Dokumentation nicht abschließend und eindeutig zu zuordnen.

2.5 Zwischenfazit II: Folgen der Konflikte auf Kosten-Termine-Qualität

Bereits zu einem frühen Zeitpunkt wird erwartet, dass neben den aufgeführten Einflussfaktoren aus den Projektphasen sämtliche Vorgaben des zukünftigen Nutzers in eine so gründliche Planung geflossen sind, damit in der Folge Änderungen jedweder Art und Weise ausgeschlossen werden können. Sie stellt die Grundlage der Kostenaufstellung dar, auf derer die Genehmigung zur Durchführung durch die behördlichen Institutionen erteilt wird. Aus jenen Planungsleistungen sind gem. § 7 Abs. 1 VOB/A alle erforderlichen Leistungspakete und/oder Leistungsverzeichnisse eindeutig und erschöpfend zu erstellen. Sie bilden die Grundlagen, auf denen die Unternehmen die Kalkulationen für ihre zu erbringenden Leistungen anbieten. Dies ist ein in sich unbewegliches System, welches im Bereich Bau dann erfolgreich Anwendung finden könnte,

wenn im Vorwege sämtliche Einflussfaktoren aus den frühen Projektentwicklungsphasen klar definiert würden. Mit Fortschreiten der Bauausführung werden jedoch i. d. R. Planungslücken aufgedeckt, die eine überarbeitete Planung erfordern. Aus der erneuten Planung notwendig werdende geänderte und zusätzliche Leistungen oder andere erforderlich werdenden Maßnahmen zu einer erfolgreichen Ausführung sind die direkte Folge. Zu diesem Zeitpunkt sind die Unternehmen ggfs. mit einer spekulativen Preisgestaltung für ihre Leistungen vertraglich bereits gebunden. Für nun zusätzliche oder geänderte Leistungen, die zur Erfüllung des Werkerfolgs notwendig werden, ist die vertragliche Urkalkulation fortzuschreiben. Unter dem Stichwort „Guter Preis bleibt guter Preis“ und „schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ sind damit die mehr als früher fortgebildeten und konfliktbereiten Firmen erwähnt, die durch einen bewusst niedrig gestalteten Angebotspreis den Zuschlag erhielten. Unverhältnismäßig hohe Nachtragsvolumina sind die Folge. Zusätzlich erforderliche Leistungen auf Grundlage von Änderungen in der Ausführungsplanung oder im Bauablauf ziehen neben einer möglichen Kostenexplosion zwangsläufig zusätzlichen Zeitbedarf, der wiederum ebenfalls finanziert werden muss, nach sich.

In den überwiegenden Fällen muss heute davon ausgegangen werden, dass der zeitliche Rahmen für die Prüfung aller zu berücksichtigten Umstände der Grundlagen- und Bedarfsermittlung, die daraus beschriebenen Leistungen, die zur Definition zum Bau-Soll führen, zu gering angesetzt wird.

Die Konfliktursachen haben sich seit der Untersuchung aus 2005 in der Sache nicht grundlegend verändert. Dem Autorenteam Kapellmann und Laugen nach entstehen mindestens 70% der Rechtsstreitigkeiten daraus, dass zwischen den Vertragspartnern später streitig wird, was sie eigentlich genau geregelt haben. Ihrer Meinung nach liegt das A und O eines Vertrages in der Eindeutigkeit und Klarheit der vertraglichen Regelungen.⁶³

⁶³ Vgl. Kapellmann/Langen: „Einführung in die VOB/B – Basiswissen für die Praxis“, 23. Auflage, Werner Verlag, 2014, Prinzipien, Rn.2

Dipl.-Ing. Architekt Dieter Grömling, Leiter der Abteilung Forschung-Technik-Immobilien der Max-Planck-Gesellschaft in München, berichtete auf dem 1. Kongress der DGA-Bau⁶⁴ in seinem Beitrag über die Konfliktvorbeugung beim öffentlichen Auftraggeber. Dabei stellte er aus seinen Erfahrungen die drei häufigsten Ursachen von Konflikten im Bau wie folgt heraus:

1. Bedarf und Budget stimmen nicht überein,
2. der Bauherr weiß nicht konkret genug, was er will und
3. die beteiligten Menschen agieren nicht optimal.

Aus vorher gehenden Betrachtungen lassen sich Konfliktursachen durch die Gefährdung der am Bau definierten Erfolgsziele hinsichtlich der Einhaltung der Kosten, der Termine und der Qualitäten zurückführen. Die Ursachen sind in einer Vielzahl von Möglichkeiten und deren Kombinationen zu finden, die sowohl in der Sphäre des Auftraggebers als auch in der des Auftragnehmers ihren Ursprung haben können. Es gibt am Bau immer eine Vielzahl von kleinen und großen Konflikten. Sie sind komplex, multikausal und beeinflussen sich wechselseitig. Werden Streitigkeiten nicht zeitnah aufgelöst und bleiben diesbezüglich Entscheidungen im Umgang mit ihnen aus, sind kostenoptimierende Lösungen bzw. Anpassung im aktuellen Tagesgeschäft auf der Baustelle nicht mehr umsetzbar. In der Folge steigen damit jene Kosten, die aufgewandt werden müssen, um Ansprüche zwischen zu finanzieren; Verzugs- und Mangelfolgeschäden vervielfältigen sich. Es wurde klar herausgestellt, dass Meinungsverschiedenheiten, aus denen Konflikte erwachsen und die zu gerichtlichen Streitigkeiten führen, weit vor Abschluss der Baumaßnahme ihren Ursprung finden. Recherchen der Verfasserin zufolge und gemäß einschlägiger Literatur erfolgt die Konfliktbewältigung überwiegend mit der Schlussrechnungslegung. Dennoch wird gleichwohl klar herausgestellt, dass Meinungsverschiedenheiten, aus denen Konflikte erwachsen und die zu gerichtlichen Streitigkeiten führen, weit vor Abschluss der Baumaßnahme ihren Ursprung finden. So wie die VOB/B gem. § 2 die Vergütung bzw. die Abrechnung mit § 14 VOB/B regelt, stellt sie mit dem § 18 Abs. 2 VOB/B ein Instrument zur Konfliktlösung bereit, welches schon während der Bauausführung angewendet werden kann. Das folgende Kapitel befasst sich mit den unterschiedlichen Instrumenten zur außergerichtlichen Streitbeilegung. Es werden der § 18 VOB/B und andere Verfahren hierfür beschrieben.

⁶⁴ Vgl. am 24.04.2015 fand der 1. Kongress der Deutsche Gesellschaft für Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen e.V. (DGA-Bau) in Berlin statt. Vgl.: Dieter Grömling, Max-Planck-Gesellschaft (MPG)/Deutsche Gesellschaft für Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen (DGA-Bau) – Arbeitskreis 6, 07.09.2015; Ergebnisse aus dem Arbeitskreis „Konfliktvorbeugung für Bau- und Infrastrukturprojekte beim öffentlichen Auftraggeber: <http://www.dga-bau.de/arbeitskreise/arbeitskreis-6/> eingesehen am 19.05.2016

3. Kapitel 3: Außergerichtliche Streitbeilegung des öffentlichen Auftraggebers nach § 18 VOB/B

Mit der rechtsgültigen vertraglichen Vereinbarung der VOB/B als Ganzes zwischen dem öffentlichen Bauherren und einem bauausführendem Unternehmen findet entsprechend der § 18 VOB/B Anwendung.

Als geregelt Schlichtungsverfahren oder behördliche Schlichtung wurde ein Verfahren gem. § 18 Abs. 2 VOB/B für den Umgang mit Meinungsverschiedenheiten schon in der ersten Auflage 1926 beschrieben. Im Zuge von gescheiterten Verhandlungen zwischen den Vertragspartnern kann es vom Auftragnehmer in Anspruch genommen werden. Ziel ist die Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzungen. Ferner hegt der Auftraggeber mit der Anwendung des sogenannten 18.2-Verfahrens, auch als Anhörungsverfahren bezeichnet, berechtigte Hoffnungen keine öffentlichen Mittel zu verschwenden und damit dem Grundsatz der Sparsamkeit mit öffentlichen Geldern zu folgen.⁶⁵ Es basiert grundsätzlich auf Freiwilligkeit.

Seit der Aufnahme des Absatzes 3 in die VOB 2006 wird zudem die Möglichkeit zur Vereinbarung eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens gegeben. Die Verfahren werden nachfolgend detaillierter beleuchtet.

Die Regelung zu Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Stoffen und/oder Materialien sind, ebenfalls seit der Einführung der VOB 1926 Bestandteil, im § 18 Abs. 4 VOB/B formuliert.

3.1 Verfahrensstruktur nach § 18. Abs. 2 VOB/B

Wörtlich heißt es im § 18 Abs. 2 VOB/B:

„Entstehen bei Verträgen mit Behörden Meinungsverschiedenheiten, so soll der Auftragnehmer zunächst die der auftraggebenden Stelle unmittelbar vorgesetzte Stelle anrufen. Diese (vorgesetzte Stelle) soll dem Auftragnehmer Gelegenheit zur mündlichen Aussprache geben und ihn möglichst innerhalb von 2 Monaten nach der Anrufung schriftlich bescheiden.....“

Die Verfahrensstruktur nach § 18 Abs. 2 VOB/B kann speziell für Verträge mit dem öffentlichen Auftraggeber dann Anwendung finden, wenn im hierarchischen Aufbau der Verwaltung mit entsprechenden Aufsichtsfunktionen eine vorgesetzte Stelle installiert ist. Daraus muss abgeleitet werden, dass ein 18.2-Verfahren nur beantragt werden kann, wenn es überhaupt eine der beauftragenden Behördenebene überge-

⁶⁵ Vgl. Lembcke: „Rechtsnatur des Verfahrens mit der vorgesetzten Stelle nach § 18 Abs.2 VOB/B“ in Baurecht; Jahr 2009 Heft 11; Seite 16661 - 1674

ordnete und weisungsbefugte Stelle gibt. Dies kann für Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie kommunale öffentliche Einrichtungen nicht immer gegeben sein und ist jeweils vor Verfahrensbeginn zu prüfen.

Dem Auftragnehmer wird mit der behördlichen Schlichtung eine Handlungsoption offeriert, er wird jedoch nicht dazu verpflichtet. Es ist abzuleiten, dass es sich um eine für den Auftragnehmer anzuwendende SOLL Bestimmung handelt, die als Instrument im Sinne eines Angebotes zur gütlichen Einigung eines Streitgegenstandes zur Verfügung gestellt wird. Im Rahmen der strukturellen Ordnung stellt die öffentliche Hand mit der vorgesetzten Stelle einen in der Sache unbeteiligten Dritten zur Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten zur Verfügung. Diese „dritte“ Person soll federführend unterstützen, Konflikte mit einem Bescheid möglichst in einem Zeitrahmen von zwei Monaten beizulegen. Ein Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B anzustreben, kann von der Auftrag gebenden Vertragspartei angeregt werden, die tatsächliche Inanspruchnahme verbleibt im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers.

Das Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B ist strukturell insofern geregelt, als dass mit Anrufung und Vortrag des Auftragnehmers bei der vorgesetzten Stelle des Auftraggebers ein formelles Verfahren eingeleitet wird. Der Auftragnehmer soll im ersten Schritt die Möglichkeit erhalten, seine Sicht des Streitgegenstandes in einer Anhörung mündlich darzustellen. Für diesen Vortrag bedarf es keiner besonderen Form oder Frist und auch keiner anwaltlichen Vertretung. Er kann ein Verfahren jederzeit, also beispielsweise während der Bauausführungsphase, zum Zeitpunkt der Schlussrechnungslegung oder gar nach der Abnahme bis hin zum Gewährleistungsende, einleiten. Nach Einleitung soll dem Auftragnehmer möglichst binnen zwei Monaten eine schriftliche Entscheidung in Form eines Bescheides zum streitgegenständlichen Sachverhalt mit Belehrung der Rechtsfolgen gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 1 S. 3 VOB/B zugehen. Zudem wird die Verjährung des Streitgegenstandes (§ 261 ZPO) für die Dauer des Verfahrens zuzüglich einer dreimonatigen Nachfrist aus § 18 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B gehemmt. Der Auftragnehmer erhält mit Zustellung des behördlichen Bescheides eine dreimonatige Einspruchsfrist. Den Einspruch sollte er unbedingt schriftlich einlegen, da es sich um eine Notfrist⁶⁶ handelt und der Auftragnehmer nur so den Beweis der rechtzeitigen Einlegung erbringen kann. Ein Einspruch entfaltet seine absolute Wirksamkeit nur dann, wenn der Auftragnehmer den Voraussetzungen für den Einspruch sowohl der Form- als auch der Fristerfordernis nachgekommen ist. Wird Einspruch gegen den Bescheid eingelegt, gilt der formulierte Vorschlag als abgelehnt, und das Verfahren ist gescheitert. Äußert sich der Auftragnehmer wiederum nicht, gilt sein Schweigen ausnahmsweise als Annahmeerklärung der im Bescheid formulierten Entscheidung. Die durch die vorgesetzte Stelle gefällte Ent-

⁶⁶ Vgl. Notfrist - Frist, die als starr und quasi unverrückbar gilt. Sie unterstehen weder der Disposition des Gerichts noch der Parteien. Bei Fristversäumnis ohne Verschulden ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 233 ZPO ggfs. möglich

scheidung wird zwischen beiden Vertragspartnern erst mit Ablauf der Einspruchsfrist verbindlich. Der Sachgegenstand, der zur Meinungsverschiedenheit geführt hat, gilt als geklärt und darf seitens des Auftragnehmers nicht erneut in anderen streitgegenständlichen Sachzusammenhängen aufgerufen werden. Die Wirkung entspricht der Rechtskraft gem. § 261 ZPO. Die Meinungsverschiedenheit ist bereinigt, und das Verfahren ist damit erfolgreich beendet. Die übergeordnete und vorgesetzte Stelle des Auftraggebers hat demnach eine einvernehmliche Lösung für beide Vertragspartner herbeiführen können.

Im gegenteiligen Fall, d. h. der Auftragnehmer hat seinen Einspruch über die im Bescheid formulierte Entscheidung frist- und formgerecht erhoben, bleibt ihm zur Entscheidungsfindung der Klageweg ohne Einschränkungen erhalten. Der Weg, die Streitigkeit zu klären, bleibt ihm auch ohne einen Versuch über ein 18.2-Verfahren frei wählbar. Insofern besteht kein Zwang zur Durchführung dieses Verfahrens. Dem Auftragnehmer, der mit einer Behörde vertragliche Verpflichtungen eingeht, wird mit dem 18.2-Verfahren eine Unterstützung zur Konfliktlösung außerhalb des Bereiches seines direkten Vertragspartners aufgezeigt. Es ist davon auszugehen, dass dieses Verfahren für den Auftragnehmer sowohl eine Kosten- als auch Zeiterparnis mit sich bringt. Für ein 18.2-Verfahren fallen keine direkten Verfahrenskosten an, eigene Aufwendungen trägt jede Partei selbst.

Im Weiteren wird die Frage nach der Wirksamkeit erörtert, wenn die VOB/B nicht als Ganzes, jedoch der § 18 VOB/B vereinbart wurde. Dann müsste eine isolierte Inhaltskontrolle nach AGB-Recht gem. § 307 BGB erfolgen.

3.1.1 AGB-Inhaltskontrolle des § 18 Abs.2 VOB/B

Mit der inhaltlichen Ausgestaltung des 18.2 Verfahrens sind die Bestimmungen klar und verständlich formuliert. Es werden eindeutige Fristen beschrieben, wie der Verfahrensverlauf zeitlich einzuordnen ist. Die vorgesetzte Stelle des Auftraggebers soll dem Auftragnehmer Gelegenheit zur Anhörung geben und dieser erhält möglichst innerhalb der folgenden zwei Monate einen schriftlichen Bescheid. Der Auftragnehmer erhält also die Möglichkeit, „gehört“ zu werden. Mit dieser Regelung wird dem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), wie es nach Deutschem Verfassungsrecht allen Bürgern zusteht, Sorge getragen. Dem Auftragnehmer wird zudem eine ausreichend lange Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung gegen den Inhalt des Bescheides gegeben, nämlich drei Monate. Durch die eindeutige Hinweispflicht auf die Rechtsfolgen im Bescheid gem. § 18 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/B, die sich aus einem Schweigen seinerseits ergeben würden, ist nicht von einer sogenannten fingierten Erklärung, gem. § 308 Abs. 5 BGB auszugehen. D. h. „eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder

Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sein denn“, dem Vertragspartner wurde eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt und er wurde mit Beginn der Frist auf die Folgen seines Verhaltens ausdrücklich hingewiesen.⁶⁷

Insofern hielte nach Vygen/Jousen⁶⁸ der § 18 Abs. 2 VOB/B auch dann einer AGB-Inhaltskontrolle stand, wenn die VOB nicht als Ganzes vertraglich vereinbart wurde, wohingegen Merkens im Beck'schen Kurzkommentar den Bescheid der vorgesetzten Stelle als ein rechtsempfängliches und empfangsbedürftiges Angebot im Sinne der §§ 130, 145 ff BGB einordnet.⁶⁹ Es ist mit § 18 Abs. 2 VOB/B vereinbart, dass das Angebot ohne ausdrückliche Annahme mit Verstreichen der Einspruchsfrist als „Anerkenntnis“ dessen gelte. Merkens stellt jedoch dar, dass in jedem Einzelfall zu prüfen sei, welche rechtlichen Konsequenzen aus der Vermutung, dass dies der Wille des Auftragnehmers sei, zu ziehen wäre. Er gibt zu bedenken, ob dies sowohl im Einklang mit einem Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB zu werten sei bzw. in Einklang mit den Regelungen über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch ABG nach §§ 305 BGB stünde. Denn der Auftragnehmer erklärt weder seinen eindeutigen Willen zur Annahme des Angebots, noch muss dies in schriftlicher Form durch ihn erfolgen.

Einigkeit der vorgenannten Autoren besteht hingegen darüber, dass die nach § 18 Abs. 2 VOB/B vertraglich geregelten Rechtsfolgen nur daran zu knüpfen sind, dass die Form und die Frist des Einspruchs entsprechend erfolgten.

Somit kann zusammengefasst werden, dass der § 18 Abs. 2 VOB/B eine für beide Vertragspartner ausgewogene Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt, einer isolierten Inhaltskontrolle standhielte und nicht im Sinne § 307 und § 308 Abs. 5 BGB gegen geltende Regelungen verstößt.

3.1.2 Kernelement der Streitbeilegung im Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B

Das Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B ist als fester Vertragsbestandteil eines VOB-Vertrages bereits vereinbart und kann dementsprechend in einem sehr frühen Stadium eines entstehenden Konflikts als Schlichtung zur Anwendung kommen, wenn eine übergeordnete Stelle der Auftrag gebenden Stelle vorge setzt ist.

⁶⁷ Vgl. § 308 Abs. 5 BGB – fingierte Erklärung

⁶⁸ Vgl. Vygen/Jousen: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB; 5. Auflage 2013, Werner Verlag 2013; Rn. 3315

⁶⁹ Vgl. Merkens in Beck'scher Kurz-Kommentar; Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B; 4. Auflage; Verlag C.H.Beck München 2013; Rn. 27

Die Qualitätsmerkmale des Verfahrens gem. § 18 Abs.2 VOB/B Fassung 2016 sind:

- Ist anwendbar, ohne die Vereinbarung der VOB/B als Ganzes,
- die Verfahrenseinleitung liegt im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers
- der Auftragnehmer erhält Anhörung durch die übergeordnete Stelle,
- die durch die vorgesetzte Stelle des Auftraggebers erlassene Entscheidung ist für den Auftraggeber bindend,
- die Verfahrenskosten trägt der Auftraggeber,
- es ist für den Auftragnehmer kostenneutral,
- der Auftragnehmer muss sich nicht zwingend anwaltlich vertreten lassen, womit er zusätzliche eigene Kosten spart,
- nach fruchtloser Verfahrensanwendung lässt es dem Auftragnehmer jedweden weiteren Weg zur Streitbeilegung, sowohl außergerichtlich als auch den Klageweg vor Gericht, offen.

3.2 § 18. Abs. 3 VOB/B – außergerichtliche Streitbeilegungsmodelle

Mit der Neuregelung des § 18 Abs. 3 VOB/B in der Ausgabe der VOB/B 2006 können die Vertragspartner neben dem 18.2-Verfahren auch Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung vereinbaren. Der Verdichtungsausschuss begründete die Öffnung hin zur Vereinbarung anderer außergerichtlicher Streitbeilegungsmodelle u.a. damit, „dass sich das Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B für eine Vielzahl von öffentlichen Bauaufträgen als zur Streitbeilegung bewährt herausgestellt habe.“⁷⁰ Für komplexe Bauvorhaben und zur Entlastung der Gerichte sollte die Möglichkeit gegeben werden, zusätzlich außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren möglichst vor bzw. mit Vertragsschluss baubegleitend zu vereinbaren. Der außergerichtlichen Streitbeilegung kommt in der Praxis eine stetig wachsende Bedeutung zu. Regelungen zu den Verfahren sind in unterschiedlichen Verfahrensordnungen^{71,72} zu finden. Das Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS), die ARGE Baurecht im Deutschen Anwalt Verein (DAV) und die Deutsche Gesellschaft für Baurecht e. V. greifen auf langjährige Traditionen und Erfahrungen zurück. Die unter dem Dach der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V (DBV) und des Deutschen Beton- und Bautechnikvereins e.V (DGfB) befindliche Streitlösungsordnung für das Bauwesen, die SL-Bau, wird beispielsweise seit mehr als 40 Jahren kontinuierlich weiter entwickelt. In der neuesten Fassung von Juli 2016 werden nunmehr fünf verschiedene, den Konfliktparteien zur Auswahl stehende außergerichtliche Streitlösungsverfahren geregelt, die ihre selektive oder gar kumulative Anwendung eröffnet. Ähnlich verhält es sich mit der Schiedsordnung für Baustreitigkeiten, der SOBau, der ARGE Baurecht. Hierin befinden sich Regelungen zur Schlichtung, zum

⁷⁰ Vgl. Merckens in Beck'scher Kurz-Kommentar ; Kapellmann/Messerschmidt; VOB Teile A und B; 4. Auflage; Verlag C.H.Beck München 2013; Rn. 28

⁷¹ Vgl. <http://arge-baurecht.com/arge-baurecht/ueber-uns/>; <http://www.dg-baurecht.de/sl-bau/sl-bau-in-der-fassung-vom-1-juli-2016.html>; <http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/uebersicht-id0>: eingesehen letztmalig am 22.10.2016; die Aufzählung der Organisationen, die außergerichtliche Streitbeilegung mit eigenen Verfahrensordnungen anbieten, sind nicht abschließend.

⁷² Vgl. die Aufzählung der Organisationen, die außergerichtliche Streitbeilegung mit eigenen Verfahrensordnungen anbieten, ist nicht vollständig und abschließend.

isolierten Beweisverfahren sowie zum schiedsrichterlichen Verfahren. Außergerichtliche Streitbelegungsmodelle sollen als Instrumente zur Konfliktbeilegung verhindern, dass Arbeiten auf der Baustelle eingestellt werden und somit dem Baufortschritt dienen. Die unterschiedlichen Verfahren werden nachfolgend im Einzelnen skizziert und anschließend mit dem Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B verglichen. Mit der Gegenüberstellung der Vorzüge und den nachteiligen Anteilen der einzelnen Verfahren werden im Kapitel fünf die Maßnahmen zur Stärkung des 18.2-Verfahrens verdeutlicht.

3.2.1 Mediation

Die Mediation ist ein Prozess, der die kooperative Zusammenarbeit fördern und unterstützen will. Sie stellt nach der Verhandlung eine erste Stufe zur konsensfähigen außergerichtlichen Konfliktlösung dar, wenn bei den Vertragsparteien grundsätzlich der Wille zur Einigung besteht. Nach dem Prinzip „*Konsens statt Konflikt*“ beruht die Mediation auf Freiwilligkeit, Gemeinsamkeit und Eigenverantwortlichkeit der Konfliktbeteiligten. Sind sich die Konfliktparteien hinsichtlich der Durchführung einer Mediation einig, schließen sie einen Mediationsvertrag. Hierfür können sie sich verschiedener Musterverträge beispielsweise von den o.g. Vereinen und Institutionen bedienen. Sie wählen gemeinsam einen oder mehrere Mediatoren und legen diesem gegenüber die Umstände des streitgegenständlichen Sachverhalts sowie ihre Ansprüche in schriftlicher Form offen dar. Die Verjährung der geltend gemachten Ansprüche wird für die Dauer des Mediationsverfahrens gehemmt.

Der Mediator ist eine neutrale und unparteiische Vermittlungsperson, die durch ihre Moderationstechnik die Streitparteien eigenverantwortlich und im erfolgreichen Fall zu einer „*Win-Win-Lösung*“ unterstützend leitet. Zwischen den Vertragsparteien ist eine Form des Stillstandes in der Kommunikation entstanden, die es durch die persönlichen Fähigkeiten des Mediators aufzubrechen gilt. Dies kann, unter der Voraussetzung, dass die jeweils andere Partei Kenntnis davon hat, in Einzelgesprächen erfolgen. Gemeinsam stattfindende Gespräche sind ebenso möglich. Erfahrungsberichten zufolge werden mit einer Mediation deshalb Erfolge erzielt, weil der Mediator keine eigenen Interessen verfolgt, nicht parteinah und zudem zur Vertraulichkeit verpflichtet ist. Die Besonderheit der Mediation auch im Vergleich zur Schlichtung besteht darin, dass der Mediator versucht, durch seine Verhandlungsführung die Parteien von dem Anspruchsdenken abzubringen und sich vielmehr ihren Interessen zuzuwenden, *weg von den Positionen, hin zum Interesse*. Obwohl es sich beim Mediator um eine objektive unabhängige Person handelt, die durch ihre theoretische Vermittlungsrolle nicht zwangsläufig Branchenkenntnisse besitzen müsste, gilt es dennoch als sehr förderlich, wenn die Person des Mediators über fachliche Qualifizierungen in den Kernbereichen Bau und Recht verfügt. Der Mediator besitzt keine eigene Entscheidungskompetenz. Die zentralen Aufgaben des Mediators liegen vielmehr in

der Vermittlung, dem Ausgleich und einem auf die Zukunft gerichteten Kommunizieren zwischen den Konfliktparteien. Das Verfahren ist zielorientiert und folgt einer klaren Struktur. „Es bezweckt teilweise auch jenseits rechtlicher Erwägungen eine einvernehmliche, aber doch verbindliche Vereinbarung des gegenseitigen Umgangs miteinander.“⁷³ Die Einigung stellt einen Vergleich dar, einen schuldrechtlichen Vertrag, und es obliegt den Parteien dafür zu sorgen, dass dieser für vollstreckbar erklärt wird.

3.2.2 Schlichtung

Auch Schlichtung stellt ein freiwilliges Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung dar. Der Unterschied zur Mediation besteht darin, dass als Ergebnis ein Schlichterspruch erfolgt, soweit die Parteien das vornehmliche Ziel, einen Vergleich, nicht erreichen. Damit kann die Entscheidungsfindung in der Hand des Schlichters liegen. Dieser Schlichterspruch stellt einen Vorschlag des Schlichters an die Parteien zur Konfliktlösung dar. Der Antrag einer Konfliktpartei auf Schlichtung setzt den grundsätzlichen Willen zur Einigung beider Parteien voraus. Die Parteien stimmen sich über den Verfahrensverlauf, den Verfahrensinhalt, die Wahl eines oder mehrerer Schlichters im Sinn des „Zug um Zug“ Prinzips ab. Es erfolgt eigenverantwortlich und auf den Streitgegenstand gerichtet durch die Parteien. Eine Schlichtung ist nicht gesetzlich normiert, wie bereits im Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B beschrieben. Sie ist jedoch in diversen Schlichtungsordnungen unterstützend geregelt. Das Verfahren unterliegt der Verschwiegenheitspflicht und Gleichbehandlung. Während die SOBau vorgibt, dass der Schlichter ein Richteramt zu bekleiden habe, ist die Wahl des Schlichters nach der DIS-Ordnung frei. Nach der SLBau soll der Schlichter über besondere Kenntnisse in bautechnischen, baubetriebswirtschaftlichen und/oder baurechtlichen Fragen verfügen. Eine anwaltliche Begleitung/Vertretung in einem Schlichtungsverfahren steht den Vertragsparteien frei. Nach Vereinbarung eines Schlichtungsvertrags trägt der unparteiische und neutrale Schlichter die Verantwortung des Verfahrens. Beide Vertragspartner führen ihm den Sachverhalt mit entsprechend notwendigen Unterlagen zu, die der Schlichter sodann der anderen Partei aktenkundig zuleitet. Die Vertragspartner haben sich zur Mitwirkung verpflichtet, sodass auf Nachfragen des Schlichters alle zum Schlichterspruch notwendigen Auskünfte und Dokumentationen zur Verfügung zu stellen sind. Der Schlichter kann sich beispielsweise auch vor Ort ein eigenes Bild der streitgegenständlichen Umstände machen oder unter Zustimmung der Streitparteien, zusätzlich weitere sachkundige Personen hinzuziehen. Unter der Voraussetzung, dass zuvor eine Vereinbarung erfolgte, darf der Schlichter eine vorläufige Feststellung des Sachverhalts treffen, die ggfs. der Sicherstellung der streitigen Vergütung dienen. Der Schlichterspruch stellt einen formell unverbindlichen Vorschlag für eine konsensuale Streitlösung ggfs. mit rechtsfernen Gesichtspunkten dar. Entsprechend der geltenden Vereinbarung ist durch die Vertragsparteien zu regeln, wie mit dem Schlichterspruch umzugehen

⁷³ Vgl. Vygen, Jussen: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB; 5. Auflage; Werner Verlag 2013; Rn. 3348

ist. Durch Erklärung der Annahme oder der Ablehnung innerhalb einer festgelegten Frist ist das Verfahren beendet. Es ist allerdings durchaus üblich, dass für den Fall eines Scheiterns der Schlichtung die Parteien, die ja gerade ein Gerichtsverfahren vermeiden wollen, bereits im Schlichtungsvertrag ein anschließendes Schiedsverfahren vereinbaren und den Schlichter als Schiedsrichter einsetzen. Die geltend gemachten Ansprüche werden nach der SLBau oder SOBau für die Dauer des Verfahrens gehemmt. Einschränkend, jedoch konfliktlösungsorientiert, gilt nach herrschender Meinung, dass im Falle des Eintritts von unauflösbaren Konfliktumständen eine mit Vertragsschluss vereinbarte Schlichtung dann vor der Erhebung einer Klage durchzuführen ist, wenn diese gewisse rechtsstaatliche Mindestanforderungen einhielte.⁷⁴ Ein über die Vertragsdauer entstandener Unwille zur Einhaltung der Schlichtungsverpflichtung könnte demnach zum frühzeitigen Scheitern ohne Abschneiden des rechtlichen Klageweges führen. Auch die Einigung aus einem Schlichterspruch stellt einen Vergleich dar, einen schuldrechtlichen Vertrag. Es obliegt den Parteien somit auch hier dafür Sorgen zu tragen, dass dieser für vollstreckbar erklärt wird.

3.2.3 Schiedsverfahren

Schiedsgutachten: Zur Erweiterung eines Schlichtungsverfahrens kann durch Vereinbarung eines Schiedsgutachtens, beispielsweise gem. SLBau oder nach SOBau ein isoliertes Beweisverfahren angestrebt werden. Hierbei geht es, im Zweifel nach „billigem Ermessen gem. § 317 Abs. 1 BGB“, um die verbindliche Feststellung oder Bewertung streitgegenständlicher Sachverhalte, die ggfs. durch weitere externe Sachverständige gutachtlich festgehalten werden. Diese Sachverhalte können sich sowohl aus den Inhalten der Leistung als auch aus einem Vertragsbestandteil und/oder einer Kombination aus beidem ergeben. Beide Streitparteien definieren hierzu präzise die zu beurteilenden strittigen Sachverhalte, in Bauprozessen i.d.R. Mängel. Es ist die Aufgabe der Parteien, die eigentlichen Streitpunkte herauszuarbeiten und daraus die klaren Fragestellungen an den Gutachter zu entwickeln. Bei der Wahl des außergerichtlichen Verfahrens eines Schiedsgutachtens ist unbedingt darauf zu achten, dass die Vertragsparteien bei Vereinbarung die Rechtsverbindlichkeit der gutachterlichen Ergebnisse festgeschrieben haben. Gem. SLBau sollen die Parteien den strittigen Sachverhalt vor Fertigstellung des Schiedsgutachtens umfassend und gemeinsam erörtern und ggfs. dazu Stellung nehmen. Diese Mitwirkung schafft i.d.R. die Voraussetzung zur gütlichen Einigung der Vertragspartner, indem die Sachfragen verbindlich und endgültig geklärt werden. Bei einem Schiedsgutachten wird für die Dauer des Verfahrens die Verjährung der streitgegenständlichen Sachverhalte gehemmt. Entsprechend des Streitgegenstandes muss der Schiedsgutachter über einschlägige techni-

⁷⁴ Vgl. BGH Urteil vom 29.10.2008 – XII ZR 165/06, NJW-RR 2009, 637,638; Vygen, Jussen: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB; 5. Auflage; Werner Verlag 2013; Rn. 3356

sche und fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen. Die Entscheidungen im Schiedsgutachten entsprechen einer Tatsachenfeststellung auf Grundlage fachlicher begründeter Sachzusammenhänge.

Schiedsgerichtsverfahren: Als ein selbstorganisiertes, privates Gericht unter Ausschluss des Rechtsweges zu den staatlichen Gerichten zählt auch das Schiedsgerichtsverfahren zu den Instrumenten der außergerichtlichen Streitbeilegung. Wenn sich die Konfliktparteien für ein Verfahren vor einem Schiedsgericht verständigt haben, wird das staatliche Gericht vollständig ersetzt. Eine Klage ist unzulässig. Dies geschieht mit der Einschränkung, dass die Entscheidung durch staatliche Gerichte nur bedingt nachprüfbar ist. Der Schiedsvertrag muss von allen Beteiligten eingehalten werden. Schiedsgerichte, die nur für den Einzelfall einberufen werden, nennen sich sogenannte „ad-hoc“-Schiedsgerichte. Ständige Schiedsgerichte sind dagegen von Institutionen bestimmter berufsständiger Organisationen speziell vorgehaltene Schiedsgerichte.⁷⁵ Die Verfahren sind in §§ 1025 ff. der Zivilprozessordnung (ZPO) formal rechtlich geregelt. In den darüber hinaus zulässigen Schiedsverfahrensordnungen der SL-Bau, der SOBau und der DIS werden die fachspezifischen Besonderheiten aus dem Bereich Bau gewürdigt. Sie stehen als institutionelle Schiedsgerichte ständig zur Verfügung. Ein Schiedsgerichtsverfahren findet grundsätzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt und kann auch bei hohen Streitwerten ohne die Beteiligung von Anwälten durchgeführt werden. Grundsätzlich besteht ein Schiedsgericht aus drei Schiedsrichtern. Bei Streitwerten bis 100.000 € soll nach den institutionellen Schiedsordnungen davon abweichend das Schiedsgericht aus lediglich einem Schiedsrichter bestehen dürfen. Aus Kostengründen sollten sich die Parteien dringend an diese Vorgabe halten, da sie sich anderenfalls eine Einigung aus wirtschaftlicher Sicht von vornherein verbauen. Das Verfahren beginnt mittels Antrag an das Schiedsgericht und endet mit dem Schiedsgerichtsspruch. Das schiedsrichterliche Verfahren zeichnet sich vor allem durch das beidseitige Mitbestimmungsrecht zur Besetzung des Schiedsrichteramts oder des Schiedsgremiums aus. Die Einbindung weiterer, externer fachlich qualifizierter Sachverständiger als Berater ist verfahrensgestalterisch möglich und eröffnet zudem einen wesentlich sichereren Raum zur Entscheidungsfindung. Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.⁷⁶

3.2.4 Adjudikation

Historie: Das seit 1998 in Großbritannien implementierte Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung – Adjudikation – gründet sich gesetzlich auf den „Housing Grants Construction and Regeneration Act

⁷⁵ Vgl. speziell für Baustreitigkeiten beispielsweise der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. bzw. Verein für Franken e.V. bzw. Ständige Münchner Bauschiedsgericht (Auszahlung nicht abschließend)

⁷⁶ Vgl. § 1055 ZPO – Wirkungen des Schiedsspruch

(HGCRA)“. Die Empfehlung zur Einführung eines solchen Verfahrens erfolgte 1994 mit dem *Latham-Report*⁷⁷.

Gem. § 108 Abs. 2a HGCRA:

„hat jede Bauvertragspartei im Konfliktfall zu jedem Zeitpunkt das Recht, ein außergerichtliches Adjudikationsverfahren einzuleiten und den Streit innerhalb einer Frist von 28 Tagen im Wege eines Expertenverfahrens durch einen Dritten entscheiden zu lassen.“

Nach gut 10jähriger Anwendung der Adjudikation, berichtete die Literatur in 2009 von einem Rückgang der Klageeinreichung um höchstens 1/3 und der Abwicklung von jährlich bis zu 2000 Streitfällen.⁷⁸ Vor Inkrafttreten des Gesetzes sei der Bekanntheitsgrad des Verfahrens, bei gleichzeitiger Interessenbekundung zur Verfahrenseinführung, im Jahre 1996, sehr niedrig gewesen.⁷⁹

Seit Anfang der 2000er Jahre wurde die gesetzliche Einführung eines solchen Verfahrens zur außergerichtlichen Streitbeilegung, wie beispielsweise die Adjudikation in Großbritannien, in Deutschland stark diskutiert und sehr vorangetrieben. 2010 gab der Arbeitskreis VII des Deutschen Baugerichtstages e.V. Empfehlungen⁸⁰ für ein Verfahren ab, welches auf Antrag einer Partei jederzeit zu einer schnellen, durch ein Gericht überprüfbar außergerichtlichen Entscheidung führen sollte. Die Durchsetzung scheiterte aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken, es liege ein Verstoß gegen Artikel 101 des Grundgesetzes vor, nachdem jedem ein Recht auf einen gesetzlichen Richter zu stünde. Aufgrund dieser Annahme ruhte der Prozess, bis Papier⁸¹ in einem Rechtsgutachten die verfassungsrechtlichen Bedenken ausgeräumt und eine gesetzliche Einführung befürwortete. Bis heute wurde dieses Verfahren nach dem Vorbild einer Adjudikation in Deutschland nicht eingeführt.

Verfahrensablauf: Die Adjudikation erfolgt wie alle zuvor beschriebenen außergerichtlichen Verfahren auf Verlangen einer Vertragspartei. Sie beruht ebenso auf Freiwilligkeit sowie auf einer Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien. Im Unterschied zu anderen Verfahren wird die Entscheidungsgewalt an einen neutra-

⁷⁷ Vgl. Latham Bericht von Sir Michael Latham, der im Auftrag der britischen Regierung den Zustand der Bauindustrie untersuchte und im Juli 1994 einen umfassenden Bericht über die Anfälligkeit der Bauindustrie herausbrachte. Er forderte eine Reform und gab Empfehlungen zu ihrer Umsetzung.

⁷⁸ Vgl. Nicola Teubner Oberheim „Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“, (NZBAU 2011, 257)

<https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/zeits/NZBAU/2011/cont/NZBAU.2011.257.1.htm>; eingesehen am 14.05.2016

⁷⁹ Vgl. Nicola Teubner Oberheim „Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“, (NZBAU 2011, 257)

<https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/zeits/NZBAU/2011/cont/NZBAU.2011.257.1.htm>; eingesehen am 14.05.2016

⁸⁰ Vgl. Arbeitskreis VII – außergerichtliche Streitbeilegung: <http://www.baugerichtstag.de/index.php?pageid=16>, eingesehen am 19.05.2016

⁸¹ Vgl. Hans- Jürgen Papier, ehemaliger Bundesverfassungsgerichtspräsident, schrieb 2013 eine 61-seitige rechtliche Stellungnahme, deren Ergebnis zeigte, dass die Einführung einer gesetzlichen Adjudikation verfassungsrechtlich unbedenklich sei. Die Einführung ist bis heute nicht erfolgt, die Diskussion über die Implementierung außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren verzeichnet insofern einen Erfolg, dass mit der Einführung im Verbraucherschutz seit April 2016 erste Erfolge erzielt wurden.

len Dritten, dem Adjudikator, bzw. an ein neutrales Expertengremium (nach dem Dispute-Board-Konzept)⁸² mit entsprechenden Entscheidungskompetenzen übertragen. Die Entscheidung des Adjudikators bzw. des Expertengremiums ist vorläufig bindend. Grundsätzlich gilt die Verschwiegenheitspflicht, die Gleichbehandlung, das Recht auf rechtliches Gehör sowie die anwaltliche Vertretung. Je nach Anwendung der bereits vorformulierten Vertragsmuster bzw. freier Gestaltung der Vereinbarung unterliegt ein Adjudikationsverfahren einem engen Zeitrahmen. Das führt zur eingeschränkten Annahme konfliktbeladender Sachverhalte. Durch ein Adjudikationsverfahren werden summarische Entscheidungen⁸³ gefällt. Die Durchführung eines Adjudikationsverfahrens kann projektbegleitend mit Beginn des Vertragsverhältnisses bereits Gegenstand des Vertrages sein oder kurzfristig, ad-hoc, bei Auftreten von Konflikten eingesetzt werden. Der durch die Vertragsparteien benannte Adjudikator zeichnet sich durch seine moralische Integrität und Fachkompetenz in den Bereichen Bau und Recht aus. Der Adjudikator muss in bautechnischen, baubetriebswirtschaftlichen und/oder baurechtlichen Fragen sowie der außergerichtlichen Streitlösung über besondere Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen. Er ist mit Zustimmung beider Parteien dazu berechtigt, zusätzliche Sachverständiger zu beauftragen. Beim sogenannten ad-hoc-Verfahren muss sich der Adjudikator sofort nach Einleitung des Verfahrens ein vollumfängliches Bild über jeden einzelnen streitgegenständlichen Sachverhalt und dessen Umstände verschaffen und beispielsweise gem. SLBau binnen zwei Wochen über den Streit entscheiden, sofern durch die Vertragsparteien keine Fristverlängerung beantragt wird. In diesem Zeitraum erhalten die streitigen Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme und es ist mit den Parteien eine abschließende Verhandlung durchzuführen. Die Entscheidung des Adjudikators erfolgt auf Basis einer vorläufigen Sach- und Rechtsprüfung, die auf Verlangen durch ein (schieds-)gerichtliches Verfahren überprüft werden kann. Dennoch sind beide Vertragsparteien an die Entscheidung gebunden, die ggfs. auch mit Zahlungen unter Rückforderungseinbehalt oder Hinterlegung von Sicherheitsleistungen einhergehen kann. Die Verjährung der Ansprüche der streitgegenständlichen Sachverhalte ist für die Dauer des Verfahrens gehemmt. Die Weigerung zur Umsetzung der Entscheidung bedeutet eine schwere Vertragsverletzung. Die Adjudikation verfolgt das Ziel, Konflikte vor Ausweitung schnell, fachspezifisch und lösungsorientiert beizulegen, bevor sie sich verselbständigen und zu vielen maßlosen Ansprüchen und Gegenansprüchen aufblähen. Die permanente baubegleitende Adjudikation bei Großbaumaßnahmen wird z. B. nach dem „Dispute Adjudikation Board“ (DAB) vereinbart.

⁸² Vgl. Dispute-Board-Konzept: Dispute Boards sind projektbegleitende Verfahren zur Streitvermeidung und –erledigung, die i. d. R. aus 3 Mitgliedern mit besonderen Erfahrungen auf dem Gebiet des betreffenden Projektes bestehen. Darunter fallen sowohl Dispute Review Boards (DRB) als auch Dispute Adjudication Boards (DAB) Bei der Streitlösung ermittelt das Dispute Board den Sachverhalt und die rechtliche Grundlage des Streits in einem verhältnismäßig formlosen, inquisitorischen Verfahren und unterbreitet den Parteien binnen einer vorgegebenen (kurz bemessenen) Frist von 28 bis 90 Tagen eine Lösung. In der Frage, in welcher Form (als Entscheidung oder Empfehlung) und mit welcher Wirkung (verbindlich oder unverbindlich) diese Lösung den Parteien vorgelegt wird <http://www.disputeboards.de/dispute-boards/>; eingesehen letztmalig am 10.06.2016

⁸³ Vgl. schnelle, überschlägliche und vorläufig bindende Entscheidung, die anschließend schiedsgerichtlich oder vor einem staatlichen Gericht überprüfbar sind.

3.3 Verfahrens nach § 18 Abs. 4 VOB/B

Mit dem folgenden beschriebenen Verfahren wird nach herrschender Meinung ein Schiedsgutachten-Verfahren beschrieben, welches eingeleitet werden kann, wenn es bei Meinungsverschiedenheiten um die Feststellung der Eigenschaften von Stoffen und Bauteilen geht.

Wörtlich hierzu gem. § 18 Abs. 4 VOB/B:

„... jede Vertragspartei nach vorheriger Benachrichtigung der anderen Vertragspartei die material-technische Untersuchung durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Materialprüfungsstelle vornehmen lassen; deren Feststellungen sind verbindlich.“

Das Verfahren ist als „Kann-Vorschrift“ formuliert. Allerdings ist es zweckdienlich als vorgeschaltetes Streitregulierungsverfahren zur Vermeidung von gerichtlichen Verfahren anzusehen. Der Verfahrensweg ist klar formuliert und im Unterschied zum 18.2-Verfahren werden sowohl die Verbindlichkeit des Ergebnisses als auch die Kostenregulierung festgeschrieben. Mit der Durchführung wird eine staatliche oder staatlich anerkannte Materialprüfungsstelle betraut, die als unabhängiger Dritter zu betrachten ist. Als Schiedsgutachtenverfahren, wie es gem. § 18 Abs. 4 VOB/B geregelt wird, ist es im Falle einer Meinungsverschiedenheit, die zur gerichtlichen Klage führen könnte, vorrangig durchzuführen. Eine Klage ohne Durchführung des Verfahrens wäre wiederum nur möglich, wenn sich die andere Vertragspartei mutwillig der Mitwirkung an diesem Verfahren verweigert.⁸⁴ Die getroffene Feststellung kann nur dann abgelehnt werden, wenn sie offenbar unrichtig ist und/oder sich dem sachkundigen und unbefangenen Beobachter ein Fehler aufdrängt. Die Ablehnung hat sich jedoch strengen Anforderungen zu stellen.⁸⁵ Gleichzeitig genießt die verbindliche Feststellung als Schiedsgutachten eine Bindungswirkung und würde unter bestimmten Voraussetzungen in weiterführenden Verfahren eingewendet werden können.

Einschränkend ist festzustellen, dass eben nur Dinge überprüft und festgestellt werden können, die sich auf die Eigenschaften von Stoffen und Bauteilen beziehen und für deren Prüfung allgemeingültige Verfahren in einschlägigen DIN- oder EN-Normen⁸⁶ beschrieben sind. Zu Eigenschaften von Stoffen und Bauteilen zählen vor allem Qualitätsmerkmale, wie beispielsweise Beschaffenheit, Material oder Größe bzw. bei bereits höheren Fertigungsgrad besondere Qualitätsanforderungen in der Ausführung, die im Rahmen der Leistungserbringung von nachfolgenden Ausführungsgewerken nicht mehr nachgeprüft werden können. Ferner können sich Prüfungen auf die verwendeten Maschinen zur Herstellung der Bauteile beziehen.

⁸⁴ Vgl. Vygen, Jousen; Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage 2013; Werner Verlag; Rn. 3328

⁸⁵ Vgl. Vygen, Jousen; Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage 2013; Werner Verlag; Rn. 3330

⁸⁶ Vgl. DIN-Norm = Normen des Deutschen Institut für Normung oder EN-Norm = europäische Normen

Entsprechend des zuvor beschriebenen Weges eines Schiedsverfahrens erfolgt die Einleitung des Verfahrens nach Abs. 4 von einer Vertragspartei, jedoch erst nach Inkennnissetzung der anderen Vertragspartei. Dieser wird hierdurch die Möglichkeit zur aktiven Mitwirkung eingeräumt, sowohl die eigene Sachverhaltsdarstellung beizubringen als ggfs. auch an Vor-Ort-Prüfungen teilzunehmen. Gleichzeitig wird durch die Mitteilungspflicht sowie die daraus entstehende Mitwirkung der Gegenpartei der Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt. Die Parteien können sich auch auf gemeinsame prüfungsrelevante Fragestellungen und die gemeinsame Beauftragung einigen, um beispielsweise die Wahl der Prüfanstalt und/oder die Kostenverteilung des Verfahrens in eigener Sache zu vereinbaren. Besteht keine Einigungsbereitschaft der Gegnerparteien über eine gemeinsame Verfahrenseinleitung kann es dennoch durchgeführt werden, was indes trotzdem zur Konfliktlösung beiträgt. Weitergehend werden gem. § 18 Abs. 4 VOB/B keine Verfahrensablaufkriterien beschrieben. Es handelt sich, wie bereits erörtert, um ein Schiedsgutachterverfahren, welches vertragsrechtliche Mindeststandards nachprüfbar einzuhalten hat. Ob hierzu eine Anhörung einer Partei zu ihren Ausführungen gehört oder einer Vertragspartei die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen ist, ist nicht formuliert. Die verbindliche Feststellung der Materialprüfstelle bezieht sich ausschließlich auf die gestellten Prüfungsfragen, ungeachtet der Tatsache, dass diese unter Berücksichtigung weiterer Informationen über den Prüfungssachverhalt gegebenenfalls anders ausfallen könnte. Die Vertragsparteien haben der Materialprüfstelle die Umstände, die zu einer anderen Feststellung führen könnten, eigenverantwortlich vorzulegen. Bei Unterlassung gilt die Feststellung der Materialprüfstelle als verbindlich.

Das Verfahren darf zudem nur innerhalb eines genau definierten Spektrums angewendet werden, was wiederum zur Eindeutigkeit des Anwendungsbereiches, die Prüfung der Eigenschaften von Stoffen und Bauteilen, führt. Das Verfahren besteht seit Einführung der VOB/B und genießt die notwendige Akzeptanz, um regelmäßig Anwendung zu finden.

Konfliktlösungsansätze werden mit dem Verfahren nach § 18 Abs. 4 VOB/B entsprechend eines Schiedsverfahrens nicht beschrieben, es handelt sich um eine gutachterliche Tatsachenfeststellung, die keine Rechtsfragen entscheidet. Wesentliche Verfahrenseckpunkte, die zu einer außergerichtlichen Einigung führen, sind jedoch sehr wohl Bestandteil des Verfahrens. So wird mit einer staatlichen oder staatlich anerkannten Prüfungsanstalt ein unbeteiligter, nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers stammender Dritter, beispielsweise eine Institution, mit der Entscheidungsfeststellung beauftragt. Diese begründet fachtechnisch die Feststellung, die für beide Vertragsparteien verbindliche Gültigkeit trägt. Auch hinsichtlich der Kostenübernahme ist klar definiert, dass diese bei gemeinsamer Beauftragung der unterliegende Teil zu tragen hat, wenn nicht eine andere Vereinbarung getroffen wurde. Besteht also Einigung über die gemeinsame Einleitung des Verfahrens, können die Parteien die Vereinbarung frei gestalten.

Insofern sind die Regelungsmechanismen des Verfahrens nach § 18 Abs. 4 VOB/B gegenüber einem 18.2-Verfahren verbindlicher und der Verfahrensverlauf klarer beschrieben.

3.4 Vergleich der Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung gem. § 18 VOB/B

Ob das Verfahren gemäß § 18 Abs. 2 VOB/B ein probates Mittel ist, einen Konflikt außergerichtlich zu lösen, hängt unter anderem von der Frage ab, wie schnell eine Entscheidung getroffen wird und welche relevanten Kosten im Vergleich zu den übrigen oben aufgeführten Verfahren für die Vertragsbeteiligten entstehen.

Faktor Zeit im Vergleich

Bei dem Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B bedarf es lediglich der Anrufung der übergeordneten Stelle durch den Auftragnehmer. Dieser übergeordneten Stelle muss der Sachverhalt dargestellt werden, was unterstellt, ca. 1 bis 4 Wochen Zeit in Anspruch nimmt. Nach dem Inhalt des § 18 Abs. 2 VOB/B soll die übergeordnete Stelle möglichst innerhalb von 2 Monaten einen Bescheid erlassen. Danach folgt die Frist zur Ablehnung des Bescheides von 3 Monaten. Die Verfahrensdauer kann also nach dem Wortlaut der VOB/B mit ca. 6 Monaten angesetzt werden.

Die Realität zeigt, dass in Abhängigkeit der Umstände, die Bescheide nicht innerhalb der vom Verordnungsgeber vorgesehenen Frist erlassen werden. Weder für die Inhalte noch für die Dauer der Verfahren stehen der Verfasserin dokumentierte Unterlagen bzw. statistische Erhebungen aus den Behörden zur Verfügung. Naturgemäß kann davon ausgegangen werden, dass die Spannweite der realen Bearbeitungszeit sowohl weniger als auch mehr als den angenommenen 6 Monate beträgt. Die Abhängigkeiten, die zu verlängerten Bearbeitungszeiten führen sind mannigfaltig. Insofern kann an dieser Stelle keine verlässliche Verfahrensdauer eines 18.2-Verfahrens zum Vergleich herangezogen werden. Dennoch wagt die Verfasserin, vorausschauend auf die Maßnahmenergreifung zur Stärkung des 18.2-Verfahrens, die These aufzustellen, dass die Verfahrensdauer verkürzt werden könnte, wenn die dreimonatige Einspruchsfrist beispielsweise wieder auf einen Monat reduziert werden würde.⁸⁷ Am Bau werden oftmals zeitnahe, zügige Entscheidungen unter Berücksichtigung der Interessenlage der Vertragspartner erforderlich, welchen der öffentliche Auftraggeber beispielsweise mit der Verkürzung der Einspruchsfrist begegnen könnte.

Die benötigten Zeiträume der unter dem Punkt 3.2. beschriebenen Verfahren können mit einer höheren Verlässlichkeit belegt werden. In der „Analyse und Bewertung der Nachfrage nach der Außergerichtlichen

⁸⁷ Vgl. VOB/B Ausgabe 1958, in der die Einspruchsfrist einen Monat betrug.

Streitbelegung im Bauwesen“ wurden aus einer noch nicht veröffentlichten Studie über Konfliktmanagement verschiedene Ergebnisse aus der Befragung von 385 Streitlösern gewonnen,⁸⁸ die 1.495 Fälle zur außergerichtlichen Streitbelegung in den Jahren 2014 und 2015 bearbeiteten. Getrennt nach Verfahrensart wurden die Fälle in Verfahrensdauerklassen zugeordnet.

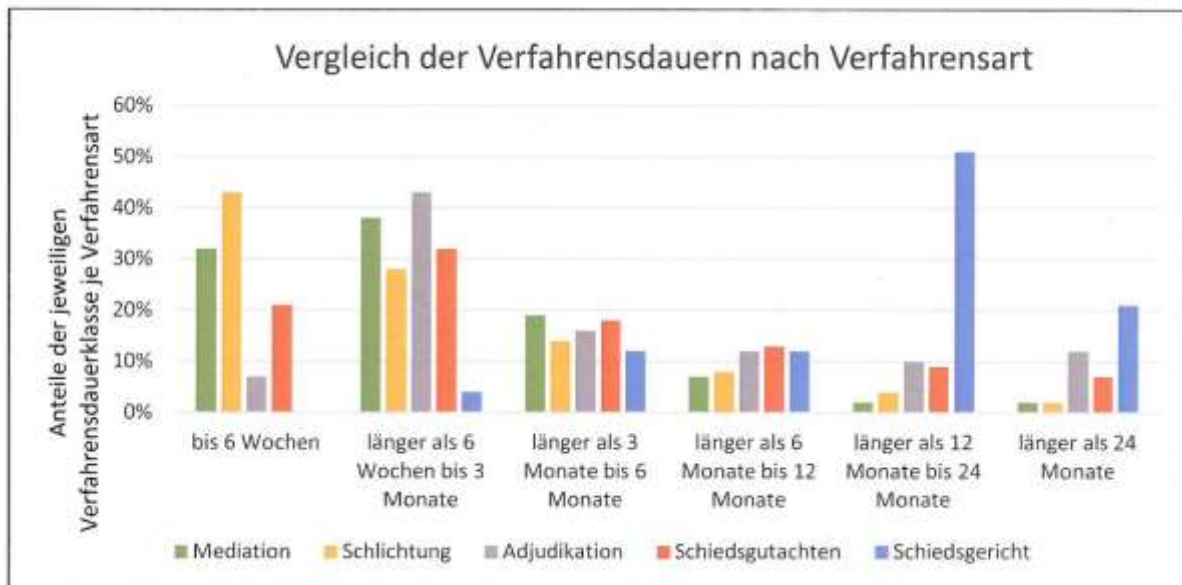


Abbildung 8: Haghsheno in Schriftenreihe Nr. 2 der DGA-Bau

⁸⁸ Vgl. Haghsheno in Schriftenreihe Nr. 2 der DGA-Bau, DGA-Bau-Verlag, Berlin, 2016, 2. Kongress der DGA-Bau, Förderung der Außergerichtlichen Streitbelegung im Bauwesen

Verfahrens- dauer- klasse	Mediation	Schlichtung	Schiedsgut- achten	Adjudikation	Schieds- gerichts- verfahren
Wo - Wochen					
Mo - Monate	%	%	%	%	%
unter 6 Wo	32	43	21	7	k. A.
6 Wo bis 3 Mo	38	28	32	43	k. A.
3 bis 6 Mo	19	14	18	16	k. A.
12 bis 24 Mo	--	--	--	22	51
über 24 Mo	--	--	--	--	21
Erledigte Ver- fahren bis 6 Mo	89 %	85 %	71 %	66 %	k. A. ⁸⁹
Anzahl der Verfahren in 2014 und 2015	493	498	329	58	117
erledigte Ver- fahren bis 6 Monate	439	423	234	38	--

Abbildung 9: eigene Darstellung auf Grundlage Haghsheno in Schriftenreihe Nr. 2 der DGA-Bau

Aus der Tabelle lässt sich ablesen, dass die überwiegende Mehrzahl der durchgeführten Verfahren zu Mediation, Schlichtung und Schiedsgutachten in einem Verfahrenszeitraum von bis zu 6 Monaten bereits zum Abschluss gebracht werden konnten. Die hinterlegten prozentualen Anteile über die Verfahrensdauer sowie die erledigten Fälle sind der nachfolgenden Tabelle zu entnehmen.

Die Mediation, Schlichtung und auch das Schiedsverfahren benötigen einen ähnlich langen Zeitraum, wie die angenommene Verfahrensdauer eines 18.2-Verfahrens. Bei den Verfahren bedarf es einiger Zeit, bis die Parteien eine geeignete Person, den Mediator, Schlichter bzw. Schiedsrichter gefunden, diesen beauftragt und einen Mediations-, Schlichtungs- oder Schiedsvertrag abgeschlossen haben. Beide Parteien müssen

⁸⁹ k. A. keine Angabe

dem Entscheidungsträger den Sachverhalt aus ihrer Sicht darstellen. In der Regel kommt es zu einer Verhandlung, in welcher sogleich die Entscheidung gefällt werden kann. Eine Einspruchsfrist wie die des § 18 Abs. 2 S. 3 VOB/B entfällt. Damit ließe sich die hohe Erledigungsquote von ca. 70 % bei einer Verfahrensdauer von bis zu 3 Monaten für die Verfahren Mediation und Schlichtung erklären. Es kann zudem davon ausgegangen werden, dass die Zeit, die benötigt wird, um einen Erörterungstermin zu finden kürzer sein kann, als jene, die die übergeordnete Stelle nach § 18 Abs. 2 Satz 3 VOB/B benötigt, um eine Entscheidung zu erlassen.

Letztendlich führen alle diese Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung zu einer erheblich schnelleren Entscheidungsfindung als es in einem Gerichtsverfahren möglich ist. Der Unterschied kann Jahre ausmachen, was einen der wesentlichsten Vorteile ausmacht. Insofern sollte ein Gerichtsverfahren immer ein außergerichtliches Streitbelegungsverfahren vorgeschaltet sein. Dass eines der dargelegten Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung absehbar schneller durchzuführen ist als ein Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B, kann nicht eindeutig nachgewiesen werden.

Faktor Kosten im Vergleich

Für die Durchführung des 18.2-Verfahrens werden gem. § 18 Abs. 2 VOB/B keine Kosten für den Antragsteller/Auftragnehmer erhoben. Zudem besteht für den Auftragnehmer kein Anwaltszwang. Die Bereitstellung der Inanspruchnahme der übergeordneten Stelle erfolgt kostenfrei durch den öffentlichen Auftraggeber. Die im Hause ansässigen Rechtsanwälte, die ggfs. neben den tätigen Ingenieuren und Architekten zum Verfahrensinhalt konsultiert werden, sind für den Auftraggeber kostenneutral. Dem Auftraggeber entstehen Sowieso-Kosten, da es sich um angestelltes Personal handelt. Es besteht keine Möglichkeit, diese Kosten auf den Auftragnehmer abzuwälzen. Dieses Verfahren ist als kostenneutral für beide Parteien anzusehen.

Bei den anderen Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung fallen zunächst Kosten durch Beauftragung des Entscheidungsträgers, Mediator, Schlichter oder Schiedsrichters, an. Dieser erhält Gebühren entsprechend eines Anwaltes nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) oder auf Grundlage einer Honorarvereinbarung. Nicht selten werden Stundensätze von ca. 220,00 € bis 350,00 € vereinbart. Die Parteien unterliegen ebenso nicht dem Anwaltszwang, welcher für ein Gerichtsverfahren gem. §78 ZPO zwingend vorgeschrieben wird. Die anwaltliche Vertretung in außergerichtlichen Verfahren wird allerdings dann erforderlich, wenn die Entscheidung aus Mediation- bzw. Schiedsverfahren zu einem vollstreckungsfähigen Inhalt führen soll.

Im Vergleich zu den unter Punkt 3.2. beschriebenen Verfahren ist also ein erheblicher Kostenvorteil des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B zu verzeichnen. Dieser Vorteil ist beachtlich, da die Anwaltskosten und die Kosten des Streitentscheiders erheblich ausfallen können.

3.5 Zwischenfazit III: Außergerichtliche Streitbeilegung des öffentlichen Auftraggebers

Mit den bereits vorhandenen Instrumenten zur außergerichtlichen Streitbeilegung steht den Vertragsparteien eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Auflösung von Konflikten außerhalb gerichtlicher Verfahren bereit. Dennoch spricht Sundermeier vom Nischendasein der Modelle zur Streitbeilegung im Bereich öffentlicher Behörden. Er bezeichnet die Verfahren gem. § 18 Abs. 2 und 4 VOB/B als „ökonomisch fragwürdig“ und sieht mögliche Ursachen für die mangelnde Durchsetzung derartiger „an sich konsensfähiger und befürworteter Verfahren“ in justiz- oder branchenstrukturellen Hemmnissen, die einer ordnungspolitischen Korrektur bedürfen. Hierbei zielt er jedoch eher gem. § 18 Abs. 3 VOB/B auf die Vereinbarung anderer Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung, wie Mediations-, Schlichtungs- und Schiedsmodelle bzw. der Adjudikation ab. Ein Verfahren zur außergerichtlichen Bewältigung von Streitigkeiten kann nur dann zu einer wirtschaftlichen Verbesserung der Bauvertragsabwicklung beitragen, wenn der Einsatz eines entsprechenden Verfahrens auf breiter Basis konsensfähig ist.⁹⁰

Umfragen auf dem Deutschen Baugerichtstag 2008 ergaben, dass sich die rund 900 Teilnehmer für ein Verfahren zur außergerichtlichen Lösung von Bauvertragskonflikten aus der Haltung der Optimierungserwartung aussprechen. Dabei votieren Vertreter der öffentlichen Hand unterschiedlich, wobei in der Gesamtheit (Bund/Länder sowie Kommunen/Kreise) die Mehrheit mit über 60 % für die Schaffung eines zwingenden außergerichtlichen Streitlösungsverfahrens stimmen.⁹¹

In den Ausführungen zu bestehenden Verfahren wurden die Eigenschaften und Anwendungsbereiche herausgearbeitet. Dabei wird sowohl Modellvielfalt als auch die Anwendungsvielfalt sichtbar. Dem vorhandenen Verfahren gem. § 18 Abs. 2 VOB/B wird unterstellt, in der Praxis fehle es an Akzeptanz, weil es in der tatsächlichen Anwendung keine Neutralität gewährleiste und keine hinreichend hohe Anreizwirkung entfalte bzw. lediglich auf „Nischenprobleme“ abziele.⁹²

Im folgenden Kapitel wird dieser Behauptung nachgegangen und die praxisbezogene Anwendung aus der unterschiedlichen Sicht der jeweiligen Vertragsbeteiligten beleuchtet.

⁹⁰ Vgl. Sundermeier „Gestaltungsvorschläge einer Neuen Vertragsordnung für Bauleistungen“; 2009; Kapitel 3

⁹¹ Vgl. Sundermeier „Gestaltungsvorschläge einer Neuen Vertragsordnung für Bauleistungen“; 2009; Kapitel 3

⁹² Vgl. Sundermeier „Gestaltungsvorschläge einer Neuen Vertragsordnung für Bauleistungen“; 2009; Kapitel 3

4. Kapitel 4: Praxisbezogene Anwendung des 18.2-Verfahren

Der praxisbezogenen Anwendung des § 18 Abs. 2 VOB/B komme nur einer teilweisen geringeren Bedeutung zu. Die Befürchtungen, die vorgesetzte Stelle bestätige ohnehin nur die Meinung der nachgeordneten Stelle sowie eine fehlende Regelung zur Dauer, gelten als Ausschlusskriterien für eine stärkere Inanspruchnahme.⁹³

Die Literatur zeigt den Verfahrensweg des 18.2-Verfahrens vor allem aus rechtlicher Sicht auf. Insofern unterscheiden sich die verschiedenen Auslegungen über das Verfahren kaum. Allgemein zugängliche öffentliche Zahlen über die Anwendung dieses Verfahrens stammen aus dem Jahr 2006. Damals wurde von 119 Verfahren auf Bundes – und Landesebene sowie aus der DIS berichtet.⁹⁴ In einem Aufsatz aus dem Jahre 2009 über die Rechtsnatur des Verfahrens mit der vorgesetzten Stelle nach § 18 Abs. 2 VOB/B benennt Lembcke, dass seit Bestehen des 18.2-Verfahrens ein volkswirtschaftlicher Milliarden Schaden entstanden sei, der nicht auf die Verfahrensstruktur zurückzuführen, sondern vielmehr bei den Anwendern zu suchen sei. Er spricht davon, dass die vorgesetzte Stelle eine Entscheidung nach billigem Ermessen treffen muss, die insbesondere auch die Interessen des Auftragnehmers zu beachten hat. Er zeigt auf, dass das Verfahren als dogmatische Einordnung nach dem Leistungsbestimmungsrecht gem. des § 315 Abs. 1 BGB aus zu legen sei und stellt eine grundlegende Auseinandersetzung mit dem Verfahren und entsprechend mit einem systematischen Konfliktmanagement zur außergerichtlichen Streitbeilegung im Bauwesen in Aussicht.⁹⁵ Dennoch wird nach herrschender Meinung die übergeordnete Stelle als „Richter in eigener Sache“⁹⁶ und deshalb als befangen⁹⁷ in Frage gestellt und in der Praxis durch den Auftragnehmer als nicht neutral wahrgenommen.⁹⁸ Dieses das mangelnde Vertrauen des Auftragnehmers in die Objektivität einer aus der Sphäre des Auftraggebers stammenden und getroffenen Entscheidung, hält sich in der praxisbezogenen Anwendung weiterhin hartnäckig als großes Problem.⁹⁹ Der Verfasserin sind keine jüngeren Aufsätze oder Auswertungen über die Durchführung des Verfahrens bekannt, die diese Ansichten entschärfen würden. Es scheint grundsätzlich am Interesse des öffentlichen Auftraggebers zu fehlen, dieses Verfahren nach den neuesten Erkenntnissen bezüglich seiner Struktur oder seinen Entwicklungsmöglichkeiten zu evaluieren.

⁹³ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/ *Merkens*, § 18 VOB/B Rn. 16.; auch Hammacher, NZBau 2012, 335; auch Quack, ZfBR 2010, 211

⁹⁴ Vgl. Kratzenberg, in Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (2007), S. 115, 119; Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) im Zeitraum 2000 – 2006 42 Verfahren in Bundesbauprojekten, 35 Verfahren auf Landesebene und 42 Verfahren in 2006 im Deutschen Institut für Schiedsgerichtsbarkeit

⁹⁵ Vgl. Lembcke „Rechtsnatur des Verfahrens mit der vorgesetzten Stelle nach § 18 Abs. 2 VOB/B – Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB - in Baurecht, Jahr 2009, Heft 11, Aufsätze, Ziviles Baurecht; Seite 1666-1674

⁹⁶ Vgl. Franke/Kemper/Grünhagen, 2007, § 18 VOB/B Rn. 54

⁹⁷ Vgl. Quack, ZfBR 2010, 211

⁹⁸ Vgl. Interview Auftragnehmer Fa. Johann Bunte; Frau Montag – Objektivität der vorgesetzten Stelle; auch: „Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 2. Auflage, Teil 3, Rn.24, letzte Aktualisierung vom 18.09.2013

⁹⁹ Vgl. Endbericht des Forschungsprogramm Zukunft Bau des BMUB: „Schiedsverfahren bei der Durchführung von Bundesbaumaßnahmen“

Insofern stellen nachfolgende Ausführungen zwar einen Ausschnitt zur Anwendung dar, der allerdings nur in einem äußerst geringen Umfang das Meinungsbild widerspiegeln kann. Die erfolgten Recherchen stellen auf Grund der zahlenmäßig geringen Einzelbetrachtungen nur eine Tendenz dar.

4.1 Praxisbezogene Anwendung beider Vertragsparteien

Die für diese Arbeit erfolgte Evaluierung zur praxisbezogenen Anwendung wurde aus unterschiedlichen Formaten zusammengestellt. Die Erstellung eines Fragebogens, bestehend aus 32 Fragen erfolgte durch die Verfasserin¹⁰⁰. Sie bildeten die Grundlage für vier persönlich durchgeführte Interviews. Drei Gespräche fanden mit Vertretern der Auftraggeber-Seite und eines auf seitens der Auftragnehmer statt. Zudem entstand auf dem 2. Kongress der DBA-Bau im April 2016 der Kontakt zu Herrn Prof. Dr. Matthias Sundermeier, der die Möglichkeit eröffnete, die Ergebnisse aus einer in 2010 entstandenen Diplomarbeit¹⁰¹ für weitere Befragungen zu nutzen. Auf der Grundlage der durch Herrn Markus Frohne, Verfasser der Diplomarbeit, entwickelten Befragungsprotokolle erfolgten im Sommer 2016 Telefonate mit jenen Personen die bereits 2010 befragt wurden. Die einzelnen Ergebnisse können den angehängten Interviewbögen entnommen werden Sie bilden die Grundlage für die nachfolgende Betrachtungen. Ein Fokus wurde auf eine mögliche Entwicklung und/oder Veränderung der letzten sechs Jahre gelegt. Der Fragenkatalog wurde beibehalten bzw. durch die Verfasserin mit den Antworten der Befragten aus dem Jahr 2016 ergänzt. Die Verfasserin führte 13 Telefoninterviews durch, von denen 9 der Seite der Auftraggeber und 4 der Seite der Auftragnehmer zu zuordnen sind.

4.1.1 Praxiserfahrungen nach § 18 Abs. 2 VOB/B aus Sicht Auftraggebers

Es wurden insgesamt 12 Gespräche mit Vertretern der Auftraggeber-Seite geführt, nur zwei hatten bisher keine bzw. kaum Erfahrungen mit der Streitschlichtung nach dem 18.2-Verfahren gemacht. Die Befragten verfügten in der Anwendung des Verfahrens teilweise über einen sehr großen Erfahrungsschatz. Einzelne Personen führten 120 - 180 Verfahren über einen Zeitraum von bis zu 25 Jahren selbst durch. Die jährliche Anwendung des Verfahrens schwankt je Befragten zwischen einem und 35 Verfahrensdurchführungen. Die Summe der Verfahren, die sich im Mittel pro Jahr über alle Befragten verteilt, beträgt etwa 100. Es ist dabei feststellbar, dass die mittleren Behördenebene, beispielweise verschiedene Oberfinanzdirektionen (OFD)¹⁰²,

¹⁰⁰ Vgl. Interview mit Herrn POR Norbert Leu

¹⁰¹ Vgl. Frohne; Dipl.-Ing. Arbeit zum Thema: „Auftragsabwicklung und Konfliktbewältigung bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand – eine empirische-baubetriebliche Betrachtung mit dem Schwerpunkt auf Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B und der Adjudikation“

¹⁰² Vgl. in der Anlage der Interviews: OFD Hannover (Hr. Hänel) ca. 12 bis 15 Verfahren pro Jahr, OFD Karlsruhe ca. 35 Verfahren im Mittel pro Jahr. Die OFD Karlsruhe (Frau Wangler) betreut sechs Bauämter, die Außenstelle Freiburg (Frau Banzer) führt zwischen 5-8 Verfahren im Jahr durch.

einen guten bis sehr guten Zulauf an Verfahrenseinleitungen verzeichnen können. Die Auslastung der sogenannten 18.2-Stellen ist allein deshalb schon sehr unterschiedlich, weil Anträge durch Auftragnehmer unvorhergesehen und unregelmäßig erfolgen. Insofern gehören die 18.2-Verfahren i. d. R. nur als Teil zu den Aufgabengebieten der Bearbeiter, was sich durchaus auf verlängerte Fristen niederschlagen kann. Aufwändigere strittige Sachverhalte bedürfen mehr Zeit, die neben anderen Tätigkeiten bearbeitet werden müssen. In der Gesamtbetrachtung, d. h. im Mittel sind die 18.2-Stellen gut besetzt, zu Spitzenzeiten sind sie eher unterbesetzt und bräuchten Unterstützung. Der Verfahrensablauf wurde überwiegend formal gem. der Vorgaben im § 18 Abs.2 VOB/B. Jedoch wurde auch deutlich, dass es eine Form der gestalterischen Freiheit gibt, die von den handelnden Personen abhängig ist. So werden durchaus mehrere Anhörungen durchgeführt, wenn es der Sache dienlich ist und hilft, den Konflikt beizulegen. Die Befragten sehen in dem Schlichtungsverfahren nach 18.2 ein Instrument, welches die streitenden Vertragsparteien wieder zusammen an „einen Tischen“ holen und sehr gut baubegleitend eingesetzt werden kann. Allerdings wurden die Verfahren überwiegend zum Zeitpunkt der Schlussrechnungsprüfung eingeleitet, erst in jüngerer Zeit erfolgt eine Einleitung auch baubegleitend. Aus diesem Grund allein schon führen die daraus folgenden Entscheidungen, zu jenen Entscheidungen nach billigem Ermessen, weil die Entscheidungen am Bau bereits getroffen und durchgeführt wurden. Die Aufbereitung der Dokumentationsunterlagen aus beiden Sphären haben nur eine eingeschränkter Qualität. Die Entscheidung erfolgt dem Grunde und der Höhe nach und wird von den Parteien i. d. R. anschließend selbst verhandelt.¹⁰³ So beschreiben die Befragten es mit den Worten: „Man findet sich wieder“¹⁰⁴ bzw. „beide Parteien wollen ihr Gesicht nicht verlieren“¹⁰⁵. Auffällig ist, dass alle 18.2-Stellen bautechnisch sowie juristisch gut besetzt sind und die Verfahren eher im Team und nicht als Einzelentscheidungen gefällt werden. Allerdings stellen Ingenieure eher fest, dass Verfahren mit beidseitiger anwaltlicher Vertretung langsamer und weniger lösungsorientiert verlaufen, weshalb beispielsweise „fast nichts mehr zu machen“¹⁰⁶ sei. Grundsätzlich waren alle Befragten der 18.2-Stellen sehr auskunftsbereit und standen auch Fragen nach den Begrenzungen des Verfahrens offen gegenüber. Der Aussage, „man sei als Entscheider aus der vorgesetzten Stelle nicht unbeteiligt und könne deshalb nicht neutral sein“, wurde einheitlich widersprochen. Es muss wohl eingeräumt werden, dass es auch Vorfälle gegeben zu haben scheint, die diese Meinung stützt. Allerdings steht sie im Widerspruch zu der Aussage, dass „kein Misstrauen der Auftragnehmer bekannt sei und Auftragnehmer und Auftraggeber auf die Unabhängigkeit der Prüfung vertrauen, da sie durch Juristen erfolgt und dies auch zu erwarten sei“¹⁰⁷.

¹⁰³ Vgl. Interviewbogen Herr Meier aus 2010, Stellungnahme „18.2-Stellen“; OFD Karlsruhe

¹⁰⁴ Vgl. Interviewbogen Herr Stiepert aus 2016, Stellungnahme „18.2-Stellen“; Landesbetrieb Straßenbau Nordrhein-Westfalen

¹⁰⁵ Vgl. Interviewbogen Herr Weiß aus 2016, Stellungnahme „18.2-Stellen“; OFD Frankfurt/M.

¹⁰⁶ Vgl. Interviewbogen Frau Banzer aus 2016, Stellungnahme „18.2-Stellen“; staatliches Hochbauamt Karlsruhe, Außenstelle Freiburg

¹⁰⁷ Vgl. Interviewbogen Herr Leu aus 2015, Stellungnahme „18.2-Stellen“; Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)

Auch formulierten die Mitarbeiter der 18.2-Stellen einen Wunsch zur Stärkung des Verfahrens dergestalt, das Verfahren mehr in die Öffentlichkeit zu bringen, da insbesondere kleinere Unternehmen wenig informiert sind. Hier sieht die vorgesetzte Stelle den Auftraggeber hier in der Pflicht.¹⁰⁸ Eigeninitiative erfolgt durch die Oberfinanzdirektion Karlsruhe, der sechs Bauämter unterstellt sind. Derzeit wird für alle Bauämter zugänglich eine Datenbank erstellt, die Auskunft über jeden erfolgten Nachtrag hinsichtlich ihrer Aufstellung und Beurteilung durch den Auftraggeber und Auftragnehmer geben soll. Die vorgesetzte Stelle wolle damit Vertrauen bei den Unternehmen schaffen, mehr dieses Verfahren zu nutzen. Gleichzeitig soll es digital im Vergabeprogramm für jedermann sichtbar platziert werden.¹⁰⁹

Die praxisbezogenen Erfahrungen aus den Interviews aus Sicht des Auftraggebers können insgesamt als überwiegend positiv gewertet werden. Aus allen Aussagen kann abgeleitet werden, dass die sogenannten „Weichen Faktoren“, wie z. B. Kommunikation, Kooperation, Engagement, Verantwortungsbereitschaft, Interesse, Vertrauen und Konfliktfähigkeit maßgeblich zur erfolgreichen Durchführung der behördlichen Schlichtung nach § 18 Abs. VOB/B beitragen, wenn diese auf beiden Seiten der Vertragsparteien manifestiert sind. Der grundsätzliche Wille zur Einigung muss vorhanden sein, dann findet sich eine Lösung. Mehrfach wurde betont, dass das Schlichtungsverfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B zu Beginn einer Mediation ähnelt, in der erst einmal auch getrennte Anhörungen stattfinden können.¹¹⁰

4.1.2 Praxiserfahrungen nach § 18 Abs. 2 VOB/B aus Sicht Auftragnehmers

Auf der Seite der Auftragnehmer fanden 5 Gespräche mit der Verfasserin statt. Es wurde eine ablehnende Haltung und mangelnde Akzeptanz dem Verfahren gegenüber deutlich, der man anscheinend nur durch konzeptionelle Änderungen im Verfahrensablauf entgegen wirken könnte. Aber auch die Haltung zur Kooperation, die Bereitschaft zur Einigung, sowie positive Anteile des 18.2-Verfahrens zur Streitleistung wurden hervorgehoben.

Auftragnehmer kritisieren den Umstand, dass es sich bei der vorgesetzten Stelle nicht um einen unbeteiligten Dritten, sondern, wie bereits eingangs erwähnt, um einen Richter in eigener Sache¹¹¹ handeln würde und die Voreingenommenheit der vorgesetzten Stelle eindeutig vorläge.¹¹² Die vorgesetzte Stelle könne die Sachverhaltsbetrachtung nicht hinreichend verlässlich durch Objektivität und Neutralität bescheiden, weil

¹⁰⁸ Vgl. Interviewbogen Frau Wangler aus 2016, Stellungnahme „18.2-Stellen“; OFD Karlsruhe

¹⁰⁹ Vgl. Interviewbogen Herr Leidecker aus 2016, Stellungnahme „18.2-Stellen“; Thüringer Ministerium für Bau und Verkehr

¹¹⁰ Vgl. Interviewbogen Frau von Steinaecker aus 2010/2016, Stellungnahme „18.2-Stellen“; GMSH, auch Interviewbogen Herr Stiepert aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Landesbetrieb Straßenbau NRW

¹¹¹ Vgl. Franke in Franke/Kemper/Grünhagen, 2007, § 18 VOB/B Rn. 54

¹¹² Vgl. Interviewbogen Frau Haase aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Bauindustrieverband Thüringen – Geschäftsführerin

sie dem System Behörde und Verwaltung angehöre.¹¹³ Gleichzeitig vermisste man auf Seiten der Auftraggeber fachlich kompetentes und entscheidungsmutiges Personal. Jüngere Ingenieure erfahren zu wenig fachlich begleitete Einarbeitung, würden über zu wenig Fachwissen verfügen und wären zu unerfahren für die Bearbeitung von Streitigkeiten am Bau.¹¹⁴

Berufsverbände wie z. B. der Hauptverband der Bauindustrie, der Bayrische Industrieverband oder Bauindustrieverband Thüringen wenden sich zudem aus verschiedenen anderen Gründen vom 18.2-Verfahren ab. Das behördliche Schlichtungsverfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B würde der Komplexität der Konflikte am Bau nicht hinreichend gerecht werden.¹¹⁵ Verbände vertreten ihre Mitgliedsunternehmen und wenn diese Verträge mit dem öffentlichen Auftragnehmer vermeiden, weil sie tendenziell keine guten Erfahrungen gemacht haben, kommen die vertretenden Anwälte nicht mehr mit dem öffentlichen Auftraggeber in Kontakt. Folglich werden aus den Berufsverbänden heraus keine 18.2-Verfahren eingeleitet. Verschiedene Verbände schließen sich vielmehr zusammen und gründen eine „Gemeinsame Kontaktstelle Streitlösung“¹¹⁶, um eine Anlaufstelle für die außergerichtlichen Streitbeilegung am Bau zu fördern.

Vorschläge zur Verbesserung des Verfahrens erfolgten dennoch dahingehend, dass die Stärkung durch den Ordnungsgeber veranlasst werden müsste, z. B. als fest vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren mit Hinweis auf die verpflichtende Durchführung, welchen bereits in den Vergabeunterlagen verankert werden muss.¹¹⁷ Ähnliches wurde bereits bei der Stadt Hannover installiert, wo über einen längeren Zeitraum in den Vergabeunterlagen ein zusätzlicher Hinweis auf die Möglichkeit der Vereinbarung eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens gem. § 18 Abs.3 VOB/B eingefügt wurde. Nach einem Jahr hat man diesen Hinweis wieder entfernt, weil keine einzige Vereinbarung getroffen wurde.¹¹⁸ Die Literatur spricht von einer extremen Zurückhaltung bei der Vereinbarung alternativer Streitbeilegungsverfahren bei öffentlichen Auftraggebern.¹¹⁹ Es wurde zudem zur Akzeptanz eines behördlichen Schlichtungsverfahrens angeregt, dessen Entscheidung lösungsorientiert¹²⁰ vorzunehmen sei und die Wirksamkeit vorläufig bindend festzuschreiben wäre.¹²¹ Die Einrichtung externer Schlichtungsstellen wurde befürwortet.¹²²

¹¹³ Vgl. Interviewbogen Frau Montag aus 2015, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Firma Johann Bunte - Straßenbau

¹¹⁴ Vgl. Interviewbogen Frau Haase aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Bauindustrieverband Thüringen – Geschäftsführerin; gleich Interviewbogen Herr Müller aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Fa. Asphalta Ingenieurgesellschaft für Verkehrswegebau

¹¹⁵ Vgl. Interviewbogen Frau Haase aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Bauindustrieverband Thüringen – Geschäftsführerin

¹¹⁶ Vgl. „Gemeinsame Kontaktstelle Streitlösung“ Zusammenschluss von Hauptverband der Deutschen Bauindustrie und Zentrale Immobilien Ausschuss e.V. und der Deutsche Beton- und Bautechnik-Verein E.V., Pressemitteilung vom 25.01.2016; unter <http://www.zia-deutschland.de/pressemitteilung/zia-und-hdb-gruenden-gemeinsame-kontaktstelle-streitloesung/>, eingesehen am 06.09.2016

¹¹⁷ Vgl. Interviewbogen Herr RA Wiechmann aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Fa. Strabag CLS

¹¹⁸ Vgl. Interviewbogen Herr Dr. RA Freise aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Hauptverband in Bauindustrie Niedersachsen

¹¹⁹ Vgl. Vygen/Joussen: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage, Werner Verlag, 2013, Rn. 3317

¹²⁰ Vgl. Interviewbogen Frau Montag aus 2015, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Firma Johann Bunte - Straßenbau

¹²¹ Vgl. Interviewbogen Herr Müller aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Fa. Asphalta Ingenieurgesellschaft für Verkehrswegebau

¹²² Vgl. Interviewbogen Frau Montag aus 2015, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Firma Johann Bunte – Straßenbau

Die befragten Auftragnehmer meinten zudem, dass es auf die Fähigkeiten des Verhandlungsleiters bei der Durchführung des Verfahrens ankäme. Neben Verhandlungsgeschick braucht es den Willen aller Beteiligten einen sinnvollen Weg zur Konfliktlösung zu finden, der durchaus auch im Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B liegen könnte, wenn Regelungs- und Anwendungsschwächen durch den Ordnungsgeber korrigiert würden.¹²³

4.2 Schwächen und Stärken im 18.2-Verfahren

4.2.1 Schwächen des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B

Im Wesentlichen werden zwei gravierende Schwächen im 18.2-Verfahren in der Literatur beschrieben. Nach herrschender Meinung liegen diese in einer möglichen Parteilichkeit der übergeordneten Stelle, die ggfs. eine „behördenintern abgestimmte“ Entscheidung zur Folge hat.¹²⁴ Die fehlende Neutralität in den Entscheidungen lässt die Auftragnehmer wenig Vertrauen in das Verfahren setzen, was in der Praxis zu einer geringeren Bedeutung des Verfahrens führen soll.¹²⁵ Ferner werden durch die Komplexität der zu verhandelnden Streitigkeiten umfassende Kenntnisse hinsichtlich der fachlichen- und rechtlichen Würdigung notwendig, die nur durch eine komplette Durchdringung der zusammengefassten Einzelstreitigkeiten möglich wird. Dazu benötigt der Auftraggeber innerhalb seiner 18.2-Stellen neben dem hochgeschulten Personal ausreichend Zeit, die den im Verfahrensablauf formulierten Grenzen von zwei Monaten nicht gerecht werden kann. Gleichzeitig ist eine Entscheidung nach billigem Ermessen zu treffen, die die Belange des Auftragnehmers zu berücksichtigen hat und den sparsamen Umgang mit Haushaltsgeldern gerecht werden soll. Hierzu bedarf es eine lösungsorientierte Konfliktbewältigung, welche ggfs. auch den rechtlichen Rahmen verlassen darf und einen pragmatischen Umgang in der Entscheidungsfindung erfordern würde.¹²⁶ Dem steht jedoch die Billigung der Vergleichsabschlüsse durch die Rechnungshöfe entgegen, die wiederum eine plausible und nachvollziehbare Dokumentation fordern.¹²⁷

Lembcke fasste die Schwäche des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B im Jahre 2006 dahingehend zusammen, dass „die Bestimmungen nicht einmal ansatzweise einem der Struktur des Bauvertrages eigenen

¹²³ Vgl. Interviewbogen Herr RA Wiechmann aus 2016, Stellungnahme „Auftragnehmer“; Fa. Strabag CLS

¹²⁴ Vgl. Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 2. Auflage, teil 3, Rn. 24

¹²⁵ Vgl. Endbericht abzurufen unter: http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/FP/ZB/Auftragsforschung/3Rahmenbedingungen/2015/Schiedsverfahren/01_start.html?nn=436654¬First=true&docId=1179074

¹²⁶ Vgl. wie vor

¹²⁷ Vgl. Frohne: „Diplomarbeit“: Auftragsabwicklung und Konfliktbewältigung bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand- eine empirisch- baubetriebliche Betrachtung mit dem Schwerpunkt auf Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B und der Adjudikation -Mai 2010; Wege der Konfliktbewältigung

Bedürfnisses nach Bereitstellung interessenausgleichender vertraglicher Streiterledigungsmechanismen“ entspräche und es würde innerhalb des zivilrechtlichen VOB-Vertrages einen Fremdkörper darstellen.¹²⁸

4.2.2 Stärken des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B

Bei geringeren Streitwerten kommen außergerichtliche, auf Einvernehmen abgestellte Verfahren, wie die Mediation, die Schlichtung und das Schiedsgutachten, immer häufiger zum Einsatz. Die konnte in der Untersuchung von Haghsheno aus dem Jahr 2015 nachgewiesen werden. Dieselbe Untersuchung konnte offenlegen, dass die Durchsetzungsquote der getroffenen Entscheidung für diese Verfahren mit nahezu 100 % ermittelt wurde, lediglich 1 % bei der Mediation bzw. 2 % der Schiedsgutachterentscheidungen wurden durch Zwangsvollstreckung durchgesetzt.¹²⁹ Neben der Durchsetzungsfähigkeit, die auf den Einigungswillen der Vertragsparteien beruht, ist der Untersuchung zu entnehmen, dass die Verfahren der Schlichtung, und um solch ein Verfahren handelt es sich beim 18.2-Verfahren, i. d. R. wesentlich kürzere Verfahrensdauern aufweisen, als bei gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Gleichbleibende Zahlen belegen, dass konstant zwischen 7 bis 10 % aller an einem Landgericht anhängiger Verfahren den Bausachen zu zuordnen sind. Prägende Faktoren von Klageverfahren sind die überdurchschnittlichen Verfahrensdauern, die der Komplexität eines zugrundeliegenden streitigen Sachverhalts, deren Beweiserhebung schon bis zu zwei Jahren in der ersten Instanz dauern kann. Wird der einfache Instanzenzug voll ausgeschöpft können bis zu sieben Jahre vergehen. Insofern lässt sich leicht erahnen, welche hohe Kosten Gerichtsverfahren an Bausachen verursachen können. Letztendlich wird auch bei Bauprozessen häufiger deren Qualität der Urteilsfindung in Frage gestellt.¹³⁰ Nach neuerer Meinung scheint es unzutreffend, dass durch ein Gerichtsverfahren mit sorgfältiger Rechtsanwendung weder eine richtige noch gerechte Entscheidung für Baustreitigkeiten erlangt werden. Für die Entscheidungsgrundlage ist der Sachverhalt so ausführlich und gründlich aufzubereiten, dass die Hemmschwelle für die Inanspruchnahme für den Anspruchsteller massiv ansteigt. Für eine beginnende Beweisaufnahme sind detailliert die Substantiierung- und Darlegungslast nachvollziehbar aufzubereiten, was sich allein schon aus der Natur eines abgeschlossenen Bauprojekts als schwierig darstellt. Zudem wird der Antragsteller mit hohen Kosten stark belastet, die wiederum in die Insolvenz führen und eine richterliche Entscheidung hinfällig werden lassen.¹³¹

¹²⁸ Vgl. Lembcke; IBR 2006/535

¹²⁹ Vgl. Haghsheno in Schriftenreihe Nr. 2 der DGA-Bau, DGA-Bau-Verlag, Berlin, 2016, 2. Kongress der DGA-Bau, Förderung der Außergerichtlichen Streitbeilegung im Bauwesen

¹³⁰ Vgl. Vygen/Joussen: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage, Werner Verlag, 2013, Rn. 3284 ff.

¹³¹ Vgl. Lembcke NJW2013, 1704

Eine wesentliche Stärke des 18.2-Verfahrens liegt darin, dass deren Verfahrensdauer nach Aussagen der Befragten im Durchschnitt bei ca. 6 Monaten liegen. Hinzu kommt, dass in der Mehrzahl die Entscheidungen durch den Auftragnehmer angenommen wird, was als eine erfolgreiche Streitbeilegung gewertet werden kann. Auch waren gemäß Befragungen auf der Seite des Auftraggebers überwiegend mehrere Personen an der Entscheidung beteiligt, was für eine kompetente fachliche und rechtliche Würdigung des Streitgegenstands spricht. Herr Stiepert formulierte sinngemäß, dass es sich „beim Schlichtungsentscheid um eine Annäherung an ein durch ein ordentliches Gericht gefälltes Urteil handeln würde“. Ein auf die vorliegende Dokumentation begründeter Bescheid wird fachlich und rechtlich, auf Grundlage des Vertrags, geprüft und sachlich entschieden, gem. § 278 ZPO, der eine Schätzung über die Höhe zulässt, wenn dem Grund nach die Dokumentationen plausibel vorliegen. Alle Personen, aus der Auftraggeber stammenden Sphäre, berichteten überwiegend von erfolgreichen Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B. In der Regel werden wenige Gerichtsverfahren nach einem verhandelten 18.2-Verfahren eingeleitet.

4.3 Zwischenfazit IV: Betrachtungen aus der Praxisbezogenen Anwendung

In den Veröffentlichungen zum 18.2-Verfahren fehlen positiven Erfahrungen anhand von Fallbeispielen, die die Einsatzvielfalt belegen würden. So manifestieren sich in der öffentlichen Wahrnehmung tendenziell eher negativ geprägte Einstellungen, die seit Jahren unkommentiert in der Fachwelt verbleiben.¹³² Das schwächt das Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B und verhindert genau jene neutrale Betrachtung, die zur Stärkung des Verfahrens beitragen könnte. Seit vielen Jahren setzt man sich mit der Einführung der Adjudikation in Deutschland auseinander. Das verstellt den Blick auf bereits vorhandene Instrumente zur außergerichtlichen Streitbeilegung. Das Ziel muss sein, das Verfahren aus seinen Schatten hervorzuholen und die beschriebenen Schwächen durch die Ergreifung von fördernden Maßnahmen abzustellen.

¹³² Vgl. Frohne: „Diplomarbeit“: Auftragsabwicklung und Konfliktbewältigung bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand- eine empirisch-baubetriebliche Betrachtung mit dem Schwerpunkt auf Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B und der Adjudikation -Mai 2010; Wege der Konfliktbewältigung

5. Kapitel 5: Widerstände und Maßnahmen zur Entwicklung § 18 VOB/B

5.1 Anforderungen und Ziele an ein Streitbeilegungsverfahren bei öffentlichen Auftraggebern

Konflikte in Baumaßnahmen bei öffentlichen Auftraggebern ergeben sich aus einer systemimmanenten hohen Komplexität und Kompliziertheit in allen Leistungsphasen, sowie aus dem Zusammenwirken einer Vielzahl von Beteiligten über einen verhältnismäßig langen Zeitraum. Die konträren Projektziele der Projektbeteiligten bringen naturgemäß ein hohes Konfliktpotential mit sich. Konflikte während des gesamten Projektzeitraums lassen sich damit kaum vermeiden. Es gilt einen lösungsorientierten Umgang mit den in Kapitel 2 dargelegten Konfliktursachen zu finden und deren Folgen zu vermeiden. Unter der Prämisse eines sparsamen Umgangs mit den öffentlichen Haushaltsmitteln muss es bei Meinungsverschiedenheiten zu einer zügigen Streitentscheidung kommen. Unabhängig von den Ursachen tragen grundsätzlich beide Vertragsparteien die Verantwortung zur Auflösung etwaiger Konflikte. Wenn keine zusätzliche Vereinbarung über eine außergerichtliche Streitbeilegung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zustande gekommen ist, muss auch dem öffentlichen Auftraggeber das Recht eingeräumt werden, eine außergerichtliche Einigung über ein 18.2-Verfahren vor Anrufung des Gerichts verlangen zu dürfen. Gleichzeitig ist der Verfahrensablauf zur außergerichtlichen Streitbeilegung so zu strukturieren, dass sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer von der sinnvollen und erfolgreichen Durchführung überzeugt sind. Die Aufgaben des Auftraggebers sowie des Ordnungsgebers bestehen darin, Vorbehalte zu entschärfen und die notwendigen Voraussetzungen zur Akzeptanz eines Verfahrens zu schaffen. Dies erfordert einerseits ein wohlwollendes Verständnis für die Interessenlage des Gegenübers und andererseits eine sichtbare Haltung zur Kooperation. Laut BGH-Urteil¹³³ sind die Vertragsparteien eines VOB/B-Vertrages bei der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet. Sie haben deshalb durch Verhandlungen eine einvernehmliche Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zu versuchen. Es gilt also den Blick auf die sachliche Auflösung der Konfliktursachen und den daraus schöpfenden Mehrwert zu richten, um die Interessenlage für beide Vertragsparteien ausgewogen zu gestalten, damit das gemeinsam begonnene Projekt einen erfolgreichen Abschluss für alle Beteiligten garantiert. Hierfür stellt die erfolgreiche Konfliktbeilegung einen wichtigen Baustein dar.

Dem Recht auf Inanspruchnahme eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens vor Anrufung des Gerichts ist bereits zum Zeitpunkt der Vergabe Vorschub zu leisten. Gem. § 8 Abs. 10 VOB/A wird der Einsatz und die Umstände, die zur Vereinbarung des schiedsrichterlichen Verfahrens führen würden beschrieben, wenn Streitigkeiten außerhalb des Gerichts ausgetragen werden sollen. Damit werden aus Sicht der

¹³³ Vgl. BGH, Urteil vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98

Verfasserin die aufgezeigten Wahlmöglichkeiten zur außergerichtlichen Streitbeilegung gem. § 18 VOB/B signifikant begrenzt. Die Würdigung der im § 18 VOB/B formulierten Verfahren entfällt hiernach gänzlich und muss durch den Ordnungsgeber klar implementiert werden. Die Erfahrungen zeigen, dass Prozesse, die zu Änderungen jedweder Art und Weise in der VOB einfließen, einen unverhältnismäßigen langen Zeitraum in Anspruch nehmen. Dies beträfe Änderungen innerhalb der VOB/A und soll nur am Rande Erwähnung finden. Für die weiteren Betrachtungen wird der Blick wieder auf die Gestaltung eines für alle am Bau Beteiligten durchführbaren und Erfolg versprechenden außergerichtlichen Streitbelegungsverfahrens im öffentlichen Bauwesen gerichtet, welches mit dem 18.2-Verfahren bereits vorhanden ist, jedoch aus verschiedenen Ursachen heraus nur begrenzt angewendet wird.

Die Hürden zur Anwendung des Verfahrens nach § 18 Abs. VOB/B sind niedrig zu gestalten, damit die Inanspruchnahme zum frühestmöglichen Zeitpunkt einer Meinungsverschiedenheit zwischen allen Vertragsparteien erfolgen kann. Vorstellbar muss die Teilnahme zu Verhandlungen noch vor Verfestigung der Konfliktsituation sein, somit baubegleitend und gleichzeitig ad-hoc, also jederzeit.

Die fachliche Kompetenz der neutralen dritten Person des Streitschlichters, die sowohl über eine baubetriebliche/baurechtliche Ausbildung als auch über praktische Erfahrungen am Bau verfügen sollte, ist ebenso als vertrauensbildend zu werten, wie die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten im Umgang mit Konfliktlösungsstrategien. Diese Voraussetzungen sichern die Akzeptanz zur Annahme der getroffenen Entscheidung der unparteiischen dritten Person.

Entscheidend zur Konfliktauflösung am Bau ist eine kurze sowie konstruktive Verfahrensdauer. Die zügige und lösungsorientierte Aufarbeitung von Konflikten, erhöht die Bereitschaft zum kooperierenden Handeln und fördert im weiteren Projektverlauf den Kommunikationsfluss. Zudem erfolgt durch eine frühe Streitentscheidung die Leistungsfeststellung, ein „Zubauen von Beweise“ durch nachfolgende Gewerke kann vermieden werden. Ferner kann damit die Komplexität der Streitpunkte vermindert werden. Lösungsorientierte Konfliktbewältigung meint auch, gestalterische Verfahrensfreiheit sowie ausreichend große Ermessensspielräume für Entscheidungen im Rahmen vorhandener Vorschriften und Grenzen sicher und couragiert zu nutzen.

Die vorläufig bindende Wirksamkeit der getroffenen Streitentscheidung, die die Überprüfung vor einem ordentlichen Gericht offen hält, wahrt zudem das verfassungsrechtliche Grundverständnis des „Rechtlichen Gehörs“ eines Jeden und schafft zudem Vertrauen und Sicherheit in die Durchführung eines außergerichtlichen Streitbelegungsverfahrens.

Diese wesentlichen Faktoren zur Stärkung der außergerichtlichen Streitbeilegung liegen:

- darin, niedrige Hürden zur Inanspruchnahme zu schaffen,
- in dem beidseitigen Recht, jederzeit ein Verfahren einleiten zu können,
- darin, die Wahl des Drittentscheiders den Parteien zu überlassen,
- in der fachlich gebildeten und persönlichen Kompetenzen/Fähigkeiten des neutralen Drittentscheiders.

Die Förderung der Akzeptanz eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens liegt:

- in der Findung konstruktiver Lösungswege, die auf die jeweilige Baustellensystematik abgestellt werden,
- darin, den Informationsfluss zu beiden Vertragsparteien transparent zu gewährleisten,
- in den fach- und rechtlichen Ermessensspielräumen, die im Rahmen des Kosten-Nutzen-Verhältnisses sicher und couragiert durchgesetzt werden.

Faktoren und Förderungen führen hin zu einem Verfahren mit:

- gestalterischen Verfahrensfreiraum, der
- einen zügigen Verfahrensablauf vom Beginn bis zur Streitentscheidung regelt sowie
- der vorläufigen Verbindlichkeit der Entscheidung und dem Recht auf Prüfbarkeit vor Gericht
- sowie eine Absicherung des Schuldners durch ein ausgewogenes System von vorläufiger Zahlungsverpflichtung einerseits gegen Hergabe von Sicherheiten und Sicherheit andererseits garantiert.

Die außergerichtliche Streitbeilegung will durch einfache, klare und vertrauensbildende Verfahrensabläufe die Stärkung des Kooperationsgedankens fördern, die Vertragsbeziehungen schonen und einen störungsarmen Fortgang der Baustelle gewährleisten. Die Erwartungen in ein Verfahren seitens der Auftragnehmer liegen dabei vor allem in der Sicherstellung eines kontinuierlichen Zahlungsflusses. Durch die zügige Konfliktauflösung mittels Einsatz fachlich kompetenter Entscheider erwartet sich der Auftraggeber indes die Effizienzerhöhung im Bauablauf sowie die Entlastung eigener Ressourcen durch die Bindung von Personal. Beiden Parteien ist ein großes Interesse an der Vermeidung unnötiger und unverhältnismäßig hoher Kosten durch langwierige Gerichtsverfahren gemein. Schnelle Verfahren wenden langwierige Prozesse ab und entlasten dadurch die Ziviljustiz von Bauprozessen. Davon profitiert am Ende die gesamte Wirtschaft.

5.2 Verfahrensvergleich des 18.2-Verfahren von 1926 und heute

Wie in der Einleitung schon erwähnt wurde, stellte die VOB bereits 1926 Regelungen zum Umgang mit Streitigkeiten bereit. Wörtlich hieß es:

„Vor Anrufen des Gerichts (Schiedsgericht oder ordentliches Gericht) kann jeder Teil die Schlichtung des Streitfalles durch einen Unparteiischen verlangen. Wenn sich die Parteien über ihn oder über die Stelle, die ihn ernennen soll, nicht einigen, so wird der durch den Präsidenten des für den Ort der

Baustelle zuständigen Landgerichts ernannt. Wenn mit Einverständnis der Behörden und der Berufsvertretungen der Unternehmer Stellen geschaffen sind oder künftig geschaffen werden, die geeignete Unparteiische benennen können, so sollen diese Stellen darum angegangen werden.

Der Unparteiische ist nur dem Gesetz und seinem Gewissen verantwortlich. Er hat alsbald nach seiner Ernennung die Parteien anzuhören, die Prüfung vorzunehmen, und wenn eine Schlichtung nicht gelingt, spätestens innerhalb 4 Wochen seinen Vergleichsvorschlag den Parteien in je einer Ausfertigung zu übersenden. Hierbei hat der Unparteiische eine Frist von höchstens 2 Wochen zu setzen, innerhalb die Parteien dem Unparteiischen die Annahme oder Ablehnung zu erklären haben. Nach Ablauf dieser Frist und wenn der Unparteiische nicht rechtzeitig seinen Vorschlag macht, ist die Anrufung des Gerichts zulässig.

Der Unparteiische bestimmt in seinem Vergleichsvorschlag zugleich, wie die Kosten auf die Parteien verteilt werden. Lehnen die Parteien den Vergleichsvorschlag ab, so entscheidet das Gericht auch über die Kosten, jedoch hat jede Partei vorbehaltlich dieser Entscheidung dem Unparteiischen die Hälfte seiner Kosten als Vorschuss zu vergüten. Sie haften dem Unparteiischen für seine Kosten als Gesamtschuldner.“

Im § 18 Nr. 3 VOB/B 1926 sind grundlegende Regelungen zum Verfahrensablauf eindeutig festgeschrieben, wie sie im heutigen 18.2-Verfahren so nicht zu finden sind. Der damals gewählte Wortlaut zeugt von Weitsicht und Klarheit, der durch richtunggebende Grenzen, die zur Konfliktauflösung doch förderlich und nun mal notwendig sind, überzeugt. Bereits in der Fassung von 1958 sucht man die Regelung zur vorzeitigen Streitschlichtung vor Anruf des Gerichts vergebens.

Qualitätsmerkmale des Verfahrens gem. § 18 Nr. 3 VOB/B Fassung 1926 sind:

- jeder Teil kann eine Schlichtung durch einen Unparteiischen verlangen,
- die Schlichtung als vorgeschaltetes Instrument vor Anrufung des Gerichts,
- die Wahlmöglichkeit Unparteiischen durch die Parteien, wenn keine Einigung möglich ist, erfolgt die Benennung des Unparteiischen durch für den Ort der Baustelle zuständige Landgericht bzw. zu schaffende Stelle aus der Behörde oder den Berufsvertretungen heraus,
- der Unparteiische ist nur dem Gesetz und eigenem Gewissen gegenüber verantwortlich,
- nach Benennung sofortiger Beginn,
- nach 4 Wochen Vorlage eines Vergleichsvorschlags,
- nach 2 Wochen Frist zu Annahme- oder Abnahmeerklärung,
- die Kostenaufteilung bestimmt der
- Unparteiische bzw. hälftige Teilung der Kosten.

Gegenüberstellung der Qualitätsmerkmale aus dem 18.3-Verfahren von 1926 und dem 18.2-Verfahren von 2016 nach Kapitel 3.1.2:

Qualitätsmerkmale der Verfahren	1926	2016
Verfahren kann eingefordert werden von: AN AG	JA JA	JA NEIN
Als vorgeschaltetes Verfahren vor Anrufung des Gerichts vorgesehen:	JA	NEIN
Wahlmöglichkeit des Unparteiischen durch die Streitparteien möglich?	JA, wenn keine Einigkeit, Bestimmung durch Gericht oder Behörde	NEIN
beschriebene Dauer incl. Frist Annahme zur Einarbeitung i. M. Annahme der Maximaldauer	6 Wochen 2 Wochen 8 Wochen	5 Monate 2 Wochen 22 Wochen
Auswertung aus der Praxis	Keine Aussage möglich	i. d. R. 8 – 20 Wochen
Kostenverteilung ist wie folgt geregelt: AN AG	Festlegung durch Unparteiischen sonst hälftig	trägt nur eigene Kosten trägt Verfahrenskosten
Basis der Freiwilligkeit	Muss vor Anrufung erfolgen, daraus lässt sich schlussfolgern, NEIN	Soll-Bestimmung Ja

Abbildung 10: Verfahrensvergleich: § 18 Nr. 3 Fassung 1926 und § 18 Abs. 2 Fassung 2016 VOB/B

Mit der Gegenüberstellung werden aus heutiger Sicht reglungsrelevante Vorzüge des in der VOB 1926 beschriebenen Verfahrensablaufs nach § 18 VOB/B aufgezeigt. Ein Verfahren zur Schlichtung konnte auch durch den Auftraggeber veranlasst werden. Die Schlichtung war als vorgeschaltetes Instrument notwendiger Bestand des Umgangs mit Meinungsverschiedenheiten vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung. Die Vertragsbeteiligten hatten die Wahlmöglichkeit des Schlichters und mussten sich erst bei Nichteinigung auf Fremdbestimmung einlassen. Die Entscheidung hatte innerhalb von vier Wochen zu erfolgen, die Einspruchsfrist wurde auf zwei Wochen begrenzt. Zur Kostenverteilung hatten sich die Parteien dem Unpartei-

ischen zu beugen, jedenfalls war bereits zu Beginn des Verfahrens deutlich, dass ansonsten die Kosten hälftig zu tragen sein werden. Die Zusammenfassung verdeutlicht die fortschrittlichen Denkweisen der Verfasserväter der VOB von 1926. Gleichzeitig zeigt die Gegenüberstellung, dass wesentliche Verfahrensbestandteile für eine praxisrelevante Anwendung des 18.2-Verfahrens in den letzten 90 Jahren verschwanden bzw. „verwässert“ wurden.

5.3 Widerstände zur Weiterentwicklung des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B

Trotz der beschriebenen Vorzüge der außergerichtlichen oder alternativen Streitbeilegung zeigen der öffentliche Auftraggeber und die Ordnungsbehörde keine wirklichen Bestrebungen, das bestehende 18.2-Verfahren weiterzuentwickeln. Es wurden aktuell keine Hinweise gefunden, dass die Behörden oder der Ordnungsgeber Maßnahmen zur Stärkung des Verfahrens anstreben. Es ist nicht bekannt, ob ggfs. in einzelnen Behörden, in denen das Verfahren Anwendung findet, Evaluationen hinsichtlich anwendungsrelevanter Parameter wie Häufigkeiten der Inanspruchnahme und Inhalte der Verfahren, Kundenzufriedenheit oder Verbesserungswünsche stattfinden. Jede Behörde scheint einzeln und abgetrennt von anderen Behörden das Verfahren mit mehr oder minder starken Enthusiasmus anzuwenden, wenn es denn dafür überhaupt personell aufgestellt ist. Durch die Gespräche der Verfasserin mit jenen Personen, die das Verfahren anwenden, wurde deutlich, dass diese entweder einen Wunsch nach Entlastung oder Fortbildung oder beides äußerten. Es zeigte sich auch, dass sich Auftraggeber- und Auftragnehmer-Kollegen aus demselben Bundesland kennen und ihre Arbeit schätzen, allerdings erfolgt kein aktiver Austausch untereinander, weder im eigenen Bundesland noch über die Landesgrenze hinaus.¹³⁴

Aus den Auswertungen der verwendeten Literatur¹³⁵ und den geführten Gesprächen lässt sich feststellen, dass die seit vielen Jahren maßgeblich getriebene intensive Auseinandersetzung zur möglichen Implementierung der Adjudikation, zwischenzeitlich nun auch den öffentlichen Auftraggeber erreicht hat. Diesbezüglich legte 2014 das Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumordnung (BBSV), geleitet von dem Ziel, die Möglichkeit der Einführung der Adjudikation für Bundesbauprojekte als Streitbeilegungsmechanismus vor Gerichts- oder Schiedsverfahren in Deutschland zu prüfen, das Forschungsprogramm „Zukunft Bau“ auf.¹³⁶ Auf Grundlage des positiven Abschlussberichts aus Juli 2015 wird im Pilotverfahren die Adjudikation nun in

¹³⁴ Vgl. verschiedene Aussagen gem. Interviews: beispielsweise RA Wiechmann, Herr Hänel, Frau Banzer

¹³⁵ Vgl. verschieden z.B.: Sundermeier, Frohne, Teubner-Obermeier; Papier; RA R.Janssen;

¹³⁶ Vgl. Endbericht abzurufen unter:

http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/FP/ZB/Auftragsforschung/3Rahmenbedingungen/2015/Schiedsverfahren/01_start.html?nn=436654¬First=true&docId=1179074, letztmalig abgerufen am 15.11.2016

zwei Großbauprojekte des BMUB baubegleitend evaluiert.¹³⁷ Allerdings beziehen sich die Auftragsvolumina in zwei- und mehrstelligen Millionen Euro Bereich. Diese Entwicklung ist grundsätzlich als sehr positiv zu werten und wird der außergerichtlichen Streitbeilegung an Präsenz als Konfliktlösungsstrategie sicherlich helfen.

Im benannten Abschlussbericht wird allerdings zudem auch erklärt, dass das 18.2-Verfahren für kleinere und einfach gelagerte Streitigkeiten praktikabel sei, weil in diesen Fällen die zumeist kleineren Auftragnehmer die Entscheidung der vorgesetzten Stelle akzeptieren würden, da sich für sie ein Zivilprozess nicht lohnen würde.¹³⁸ Leider belegen die in der Einleitung benannten Zahlen aus dem Jahr 2012 des Statistischen Bundesamtes, dass mehr als 90 % der Streitigkeiten vor Gericht einen Streitwert von bis zu 100.000,00 € haben. Zudem wird aus den Betrachtungen nach Haghsheno aus 2015 ersichtlich, dass bei einer Streitwertgrenze bis zu 100.000,00€ die Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung (Mediation, Schlichtung und Schiedsgutachten) bei einer Erfolgsquote zwischen 63 % bis 73 % liegen.¹³⁹ Diese Streitfälle bieten sich für die außergerichtliche Streitbeilegung nach dem 18.2-Verfahren regelrecht an.

Über die Gesamtsumme der entstehenden Schäden durch Meinungsverschiedenheiten aus mittleren und kleineren Baumaßnahmen des öffentlichen Auftraggebers, die in Rechtstreitigkeiten vor Gericht verhandelt werden müssen, gibt es kaum verlässliche Zahlenmaterialien. Diese könnten ebenso zur Kosteneinsparung des öffentlichen Haushalts beitragen, wie der Einsatz der Adjudikation als baubegleitende Streitbeilegung in Großbauprojekten der öffentlichen Hand. Wird ggfs. übersehen, dass durch die Vielzahl an Streitigkeiten mit geringerem Streitwert ein sehr hohes Kosten-Zeit-Einsparpotential unbeachtet bleibt? Das Augenmerk zur Entwicklung der außergerichtlichen Streitbeilegung im öffentlichen Bauwesen wird zu sehr auf Großbauprojekte gerichtet, weil sich niemand mehr die Ausmaße eines zweiten Berliner Flughafens oder Stuttgart 21.2 vorstellen möchte. Hierdurch könnte die Basis übersehen werden. Der Arbeitsaufwand erscheint bei Streitbelegungsverfahren mit geringeren Streitwerten höher, jedoch wäre er ggfs. auch leichter, auf jeden Fall schneller mit gut geschultem Personal aus der mittleren Verwaltungslaufbahn händelbar?

Es wird insgesamt leider nicht eindeutig ersichtlich, weshalb der Verordnungsgeber diesem Verfahren nicht mehr Aufmerksamkeit schenkt und ihm aus seinem „Nischendasein“ heraus hilft. Im aktuellen Arbeitspro-

¹³⁷ Vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit; Pilotverfahren des BMUB zur Erprobung der Adjudikation im Bundeshochbau: Neubau DWD Potsdam; Baumaßnahme ca. 30 Mill €; Adjudikation soll auf der Grundlage der SL Bau mit Schlüsselgewerken in Gewerke weise Ausschreibung vereinbart werden; Fertigstellung in 2019 geplant.

¹³⁸ Vgl. Endbericht abzurufen unter:

http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/FP/ZB/Auftragsforschung/3Rahmenbedingungen/2015/Schiedsverfahren/01_start.html?nn=436654¬Firt=true&docId=1179074, eingesehen am: 08.11.2016, siehe Seite 29

¹³⁹ Vgl. Haghsheno in Schriftenreihe Nr. 2 der DGA-Bau, DGA-Bau-Verlag, Berlin, 2016, 2. Kongress der DGA-Bau, Förderung der Außergerichtlichen Streitbeilegung, Abbildung 6: Zuordnung der bearbeiteten Fälle zu Streitwertklassen nach Verfahrensart

gramm des Deutschen Vergabe Ausschusses 2014/2015¹⁴⁰ findet man jedenfalls nichts über Neuerungen zu Regelungen der außergerichtlichen Streitbeilegung nach § 18 Abs. 2 VOB/B.

5.4 Maßnahmen zur Weiterentwicklung des Verfahrens nach § 18 Abs.2 VOB/B

Konfliktbeladene Sachverhalte haben verschiedene Ursachen. Konflikte am Bau entstehen nicht aus der Tatsache, dass es für regelungsrelevante Sachverhalte keine Lösung gibt, sondern aus der Kommunikation bzw. aus der fehlenden Kommunikation der involvierten Interessenvertreter. Dieses geschieht mit vielen Möglichkeiten hinsichtlich der Art und Weise der gewählten Haltung – konfrontativ oder kooperativ sowie den persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten zu kommunizieren. Zahlreiche Modelle¹⁴¹ für eine wertschätzende und lösungsorientierte Kommunikation zwischen den Vertragspartnern stehen jedem interessierten Beteiligten zur Verfügung. Wissenschaftlichen Forschungen, Untersuchungen, Statistiken und allen Modellen ist eines gleich: Zur erfolgreichen Konfliktauflösung muss die Kommunikation stetig weiter geführt werden. Dies stellt in Großbauprojekten mit vielen Beteiligten an sich eine sehr große Herausforderung dar. Allen Baubeteiligten muss der Weg, in Verhandlung zu treten und damit zur aktiven Kommunikation beizutragen, offen bleiben. *Insofern muss auch der Auftraggeber berechtigt sein, ein 18.2-Verfahren einleiten zu können.* Derzeit ist dies nur dem Auftragnehmer vorbehalten.

Um Meinungsverschiedenheiten erfolgreich außergerichtlich beilegen zu können, bedarf es der Mitnahme aller Beteiligten unter der Voraussetzung der Freiwilligkeit. Andernfalls gilt es, sinnvolle Grenzen bezüglich der Freiwilligkeit zu setzen, wenn diese zum Wohle und Gelingen der Projektziele beitragen können. Insofern sieht die Verfasserin *eine sinnstiftende Maßnahme zur außergerichtlichen Streitbeilegung im öffentlichen Bauwesen darin, ein Verfahren zu installieren, welches verbindlich vor der gerichtlichen Auseinandersetzung als vorgeschaltetes Instrument zur Schlichtung des Konflikts vertraglich zu vereinbaren und durchzuführen ist.* Dies müsste in der VOB/A festgeschrieben werden. Das Verfahren ist bereits während des Vergabeverfahrens eindeutig in seinem Ablauf zu formulieren. Hieraus ergibt sich, dass bereits aus den Vergabeunterlagen des Auftraggebers, die für den Auftragnehmer zu kontaktierende übergeordnete Stelle zur Einleitung eines 18.2-Verfahrens festgelegt sein muss. Problematisch wird es bei allen Dienststellen eines öffentlichen Auftraggebers (Kommunen, Stiftung) für die es keine, im verwaltungstechnischen Sinne, übergeordnete Stelle gibt. Die unmittelbar vorgesetzte Stelle richtet sich nach dem Verwaltungsaufbau, in deren Hierarchie sich die Auftrag vergebende Stelle befindet. Der verwaltungstechnische Aufbau wird auf Länder-

¹⁴⁰ Vgl. abzurufen unter: <http://www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/bauauftragsvergabe/vergabe-und-vertragsausschuss-dva/>

¹⁴¹ Vgl. beispielsweise a) Harvard-Konzept nach Roger Fisher; b) „gewaltfreie Kommunikation, GfK“ nach Marshall Rosenberg; c) „Kommunikationsquadrat“ nach Friedemann Schulz von Thun

ebene unterschiedlich geregelt und ist dem Auftragnehmer durch den Auftraggeber mitzuteilen.¹⁴² Wenige Recherchen auf kommunaler Ebene stehen der Verfasserin zur Verfügung. Allerdings zeigten sich die Befragten aus anderen Behörden auskunftsbereit hinsichtlich der Anwendung des Verfahrens in Kommunen. Es wurde vermehrt die Meinung vertreten, Kommunen seien ausgenommen, ein 18.2-Verfahren durchführen zu können. Für Kommunen und Kreise sieht Jussen die übergeordnete Stelle in der überwachenden Aufsichtsbehörde¹⁴³, die sich jedoch regelmäßig nicht in der Lage sehen, Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B durchzuführen. Deshalb stellt sich die Frage nach dem geschulten Personal, wenn bereits Behörden wie die OFD Hannover oder OFD Frankfurt/M.¹⁴⁴ über mangelndes Personal sowie Fortbildungsmöglichkeiten klagen.

Wenn es also in den übergeordneten Stellen bzw. der Besetzung derselben an geschultem Personal fehlt, liegt es nahe, darüber nachzudenken, ob ein Ausgleich geschaffen werden könnte. Zudem wären öffentliche Auftraggeber auch wieder in der Lage, den Kommunen und anderen Einrichtungen, die derzeit ohne eindeutig zugeordneten verwaltungstechnischen Überbau keine 18.2-Verfahren zur Streitbeilegung in Anspruch nehmen können, diese in externen 18.2-Anlaufstellen zu gewähren. Seit Jahren müssen Kommunen und diverse andere in öffentlicher Trägerschaft befindlicher Einrichtungen, wie z. B. in Niedersachsen seit Abschaffung der Bezirksregierungen, ohne Unterstützung auskommen.

Wo können Streitlöser/Unparteiische/neutrale Dritte, die für den öffentlichen Auftraggeber tätig werden sollen, bestenfalls installiert werden, damit eine Bereitstellung kurzfristig und fachorientiert erfolgen kann?

Bei der überwiegenden Mehrzahl der gerichtlichen Auseinandersetzungen liegen die Streitwertgrenzen bei bis zu 100 T€¹⁴⁵. Angenommen, die Durchführung des 18.2-Verfahrens ist außerhalb einer öffentlichen Behörde verortet, stellt sich die Frage, wer die Verfahren als entscheidungsbefugte Person begleiten soll. Zu den in den einschlägigen Institutionen¹⁴⁶ gelisteten Schlichtern oder Schiedsrichtern, die sich für außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren aufgestellt haben, zählen überwiegend Juristen.

Baubetriebswirtschaftlich und baurechtlich verzahnt ausgebildete Ingenieure/Architekten werden jedoch ebenso regelmäßig in der Lage sein, sowohl eine gründliche Sachverhaltsermittlung, als auch die rechtliche Würdigung und aus der übergeordneten Perspektive der Projektziele und der Sparsamkeit heraus nachvoll-

¹⁴² Vgl. Jussen in Ingenstau/Korbion: VOB Teile A und B Kommentar, 18. Auflage 2013, Werner Verlag; § 18 Abs. 2 VOB/B Rn. 12

¹⁴³ Vgl. Jussen in Ingenstau/Korbion: VOB Teile A und B Kommentar, 18. Auflage 2013, Werner Verlag; § 18 Abs. 2 VOB/B Rn. 12

¹⁴⁴ Aussage gem. Mitarbeiter der Oberfinanzdirektionen Hannover und Frankfurt/Main

¹⁴⁵ Vgl. Einleitung; DESATATIS, Statistisches Bundesamt H205 –Rechtspflege – SAWBruns – Tab.1 ZivG2012

¹⁴⁶ Vgl. DIS; Deutsche Gesellschaft für Baurecht; Verband; ARGE Baurecht; diverse Schlichtungsstellen der IHK

ziehbar und plausibel zu gewährleisten. Bei komplexeren Streitsachverhalten eignet sich zudem die Teambildung aus Bauingenieuren/Architekten und Rechtswissenschaftlern.

Sowohl der Auftraggeber als auch die Auftragnehmer müssen Vertrauen in die Neutralität der bescheidenen Stelle bzw. Entscheider finden. DER NEUTRALE DRITTE, als Konfliktbegleiter und Streitlöser, der aus einem rechtssicheren Raum heraus in sogenannten staatlich autorisierten Benennungskörperschaften arbeitet, muss für den Erfolg eines 18.2-Verfahren zwingend in einem kurzfristigen Zeitfenster, beispielsweise innerhalb einer Woche (analog den Regelungen bei der Adjudikation), verfügbar sein.

Streitparteien betreten einen sogenannten rechtssicheren Raum, in dem sie gem. § 18 Abs. 4 VOB/B staatlich anerkannte Materialprüfstellen um ein Gutachten bitten. In Anlehnung hieran könnte die Herauslösung der übergeordneten Stelle aus dem öffentlichen Behördenaufbau beispielsweise in ein universitäres Umfeld verlagert werden. Hochschulen und Universitäten, die baufachlich und baurechtliche bezogene Lehrinhalte vermitteln, verfügen i. d. R. über breit aufgestellte und fächerübergreifende Fachkompetenzen, die sich für ein Streitschlichtungsverfahren im Baubereich bündeln lassen. Gem. § 3 Abs. 4 NHG¹⁴⁷ besteht eine Aufgabe der niedersächsischen Hochschulen darin, zur Förderung des Wissens- und Technologietransfers sowie von Unternehmensgründungen aus der Hochschule heraus, beizutragen. Zudem dürfen sie „andere Aufgaben übernehmen, soweit diese mit ihren gesetzlichen Aufgaben zusammenhängen und deren Erfüllung durch die Wahrnehmung der neuen Aufgaben nicht beeinträchtigt wird“¹⁴⁸. Die Schaffung einer institutionellen Einrichtung, angegliedert an eine Hochschule mit fachlicher und rechtlicher Ausrichtung im Bereich Bau, eröffnet neue Perspektiven zur Wahrung der Neutralität eines Streitbeileger für außergerichtliche Streitbelegungsverfahren. Sowohl in Marburg als auch in Lüneburg werden in berufsbegleitenden Masterstudiengängen bereits praxiserfahrene Architekten, Ingenieure und Juristen hinsichtlich baurechtlicher und baubetrieblicher relevanter Themen weitergebildet, die neben bereits gestandenen Streitbeileger aus den Institutionen einen Pool potenzieller Streitlöser bilden könnten.

¹⁴⁷ Vgl. NHG - Niedersächsisches Hochschulgesetz

¹⁴⁸ Vgl. Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG) § 3 Abs.1 „⁵Sie können andere Aufgaben übernehmen, soweit diese mit ihren gesetzlichen Aufgaben zusammenhängen und deren Erfüllung durch die Wahrnehmung der neuen Aufgaben nicht beeinträchtigt wird.“

Was kann und sollte ein außergerichtliches Streitbelegungsinstitut innerhalb einer Hochschule leisten?

- Absolute Unabhängigkeit einer öffentlich-rechtlichen Institution als unbeteiligter, neutraler Dritter
- Schriftliche Ausarbeitung über den Verfahrensverlauf, eine Verfahrensordnung, die den formulierten Anforderungen gerecht wird.
- Listung von qualifizierten Streitbeleger, d. h. sorgfältig aufgebaute und geführte Listen mit Personen, die für den Bedarfsfall schnell benannt werden können und deren zügiger Einsatz möglich ist. Offenlegung hinsichtlich der entstehenden Kosten für die streitbeteiligten Parteien sowie die Vergütungsklarheit des Streitbelegers.
- Klarheit und Transparenz in allen Schritten des Verfahrens gegenüber allen Beteiligten
- Evaluierung der abgeschlossenen Verfahren mit dem Ziel, einer wissenschaftlich fundierten Weiterentwicklung
- Verzahnung mit der Hochschule, fachlich übergreifend (Bauwesen, Rechtswissenschaft, Psychologie etc.), Zuarbeit für Forschung und Entwicklung auf Basis der abgeschlossenen Verfahren
- Anonyme Zählungen, Auswertungen und Darlegungen über Streitfälle zu rein statischen Zwecken
- geschrieben
- Aktive Öffentlichkeitsarbeit zu Zwecken der Bekanntmachung der Institution sowie deren Arbeit
- Publikationen, Veröffentlichungen im Rahmen der Wahrung der Diskretion
- Qualitative und fachspezifische Fort- und Weiterbildungsangebote für Techniker, Ingenieure, Architekten und Juristen.

Fazit und Ausblick

Vorangegangene Betrachtungen müssen durch weitere Auseinandersetzungen in den entsprechenden Gremien durch Formulierungen in die VOB Eingang finden. Die Erfahrung zeigt, dass Änderungen, die textlich in der VOB/B einfließen sollen, unangemessen lange Zeit benötigen. Allerdings sollten Maßnahmen zur Verbesserung endlich ergriffen werden, die sich bis zur Anwendung des Verfahrens durchschlagen. Mit dem Aufsatz, dass die Entscheidungen nach billigem Ermessen gefällt werden müssen, erhoffte sich Lembcke bereits 2009 das Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B aus seinem „Dornröschenschlaf“ zu erwecken und es verstärkt in die Praxis ein zu bringen.¹⁴⁹

Zukunftsweisende sowie reformierende Entscheidungen müssen heute von lösungsorientierten denkenden und couragierten Menschen getroffen und umgesetzt werden. Es gilt Veränderungen im Verfahrensablauf der „behördlichen Schlichtung“ zu installieren, die Handlungsoptionen im Bauablauf aufzeigen und einen prozessorientierten Umgang mit Meinungsverschiedenheiten flexibel gestalten. Es muss der Prozess begonnen werden, der sowohl die Schwächen als auch die Stärken des bisherigen Verfahrens aufgreift und in der Verbindung mit jenen erfolgreichen Aspekten anderer Verfahren vereint. Bisherige Erfahrungen müssen berücksichtigt werden, neue Elemente sollen implementiert und eine vorausschauende Entwicklung positiv begleitet werden. Das Verfahren zur Streitbeilegung nach § 18 Abs. 2 VOB/B außerhalb der Gerichte bietet in diesem Prozess eine sehr gute Grundlage.

Es wurde gezeigt, dass bereits in der Urfassung der VOB der Verfahrensweg detaillierter beschrieben war. Heute gibt es weitere Verfahrenswege, um Konflikte außergerichtlich entgegenzuwirken. Die Entwicklung der Streitbeilegungsverfahren führt über das Verhandeln zu Verfahren wie die Mediation, die Schlichtung oder das Schiedsgutachten. Das 18.2-Verfahren verbindet Elemente aus der Mediation, es ist als Schlichtungsverfahren bekannt und kann zu einem Schiedsgutachterverfahren führen. Dies garantiert eine erfolgreiche Konfliktbewältigung und führt zur Stärkung des Verfahrens.

¹⁴⁹ Vgl. Lembcke „Rechtsnatur des Verfahrens mit der vorgesetzten Stelle nach § 18 Abs. 2 VOB/B – Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB - in Baurecht, Jahr 2009, Heft 11, Aufsätze, Ziviles Baurecht; Seite 1666-1674

Literaturverzeichnis

- Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht (ARGE Baurecht)** (o. J.): Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten SOBau.
- Autorenkollektiv** (2015): Reformkommission Bau von Großprojekten. Endbericht. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Autorenkollektiv** (2015): Schiedsverfahren bei der Durchführung von Bundesbaumaßnahmen. Zur Möglichkeit der Einführung der Adjudikation für Bundesbauprojekte als Streitbelegungsmechanismus vor Gerichts- oder Schiedsverfahren.
- Bayerische Ingenieurkammer Bau** (2009): Außergerichtliche Streitbeilegung. Anwendung von Verfahren aus Sicht der Ingenieure August 2009, zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Bayrischer Bauindustrieverband** (2015): Konfliktursachen 2015.
- Bund Deutscher Architekten (BDA)** (2013): Großprojekte = Große Probleme? Positionen der Architekten, Ingenieure und des Baugewerbes zum erfolgreichen Umgang mit Großprojekten.
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB)** (2015): Arbeitsprogramm des Hauptausschusses Allgemeines (HAA) im DVA. Online unter: www.bmub.bund.de. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur** (2015): Aktionsplan Großprojekte. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Deutsche Gesellschaft für Baurecht e. V.** (2016): Streitlösungsordnung für das Bauwesen SL Bau.
- Deutsches Institut für Schiedsgerichtsbarkeit** (o. J.): DIS-Verfahrensordnung für Adjudikation.
- Grömling, D.** (2015): Ergebnisse aus dem Arbeitskreis "Konfliktvorbeugung für Bau- und Infrastrukturprojekte beim öffentlichen Auftraggeber".
- Franz, Dr. B.** (2015): § 18 VOB/B. Hsg.: Leinemann: VOB/B Kommentar. 5. Auflage 2013. § 18 VOB/B - Streitigkeiten. In: © 2015 Wolters Kluwer Deutschland GmbH - Werner Baurecht, Rechtsstand 20. November 2014 - 1.01.2015. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Fischer, Dr. C. F.** (2016): Zurückhaltende Anwendung außergerichtlicher Streitbelegungsverfahren in der Bauwirtschaft. Versuch einer Erklärung. In: *BauR 2016* (1). S. 20–29.
- Ganten, H. & Jansen, G. A. & Voit, W.** (2013): Beck'scher VOB-Kommentar. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen. 3. Aufl. München. München: Beck; Beck-Online. Online unter: http://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/GaJaMoKoVOBB_3/cont/GaJaMoKoVOBB.htm. zuletzt geprüft am 03.09.2016.
- Haas, B.** (2007): Niedersächsische Bauschlichtungsstelle. Verfahrensordnung der Niedersächsischen Bauschlichtungsstelle. Fassung vom 30. August 2007. zuletzt geprüft am 03.02.2016.

- Haghsheno, S. & Kaben, T. (Hg.)** (2005): *Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten. Eine empirische Untersuchung.* Unter Mitarbeit von Klaus Kapellmann und Klaus (Hrsg.) Vygen. *Jahrbuch Baurecht.*
- Hammacher, P. & Erzigkeit, I. & Sage, S.** (2014): *So funktioniert Mediation im Planen + Bauen. Mit Fallbeispielen und Checklisten.* 3., überarb. u. erg. Aufl. Wiesbaden: Springer Vieweg. Online unter <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-658-05108-2>.
- Herig, N.** (2009): *Praxiskommentar VOB. Teile A, B, C.* 4. Aufl. Neuwied: Werner.
- Hertie School Governance** (2015): *Nachrichten Details.* zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Ingenstau, H. & Korbion, H. & Kratzenberg, R. & Leupertz, S. & Döring, C. (Hg.)** (2013): *VOB Teile A und B. Kommentar.* 18., überarb. Aufl. Köln: Werner.
- Institut für den öffentlichen Sektor** (2015): *PublicGovernance Frühjahr 2015. Infrastruktur-Großprojekte in Deutschland.* zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Joussen, A.** (2014): *VOB Teil A und B Kommentar § 18 Abs. 2 VOB/B - (Klärung von Meinungsverschiedenheiten mit Behörden).* In: © 2014 Wolters Kluwer Deutschland GmbH - Werner Baurecht. *Rechtsstand 5. Mai 2014 - 2.11.2014.* zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Kaiser, G.** (1978): *Die vertragsrechtliche Bedeutung des § 18 Nr. 2 Satz 3 VOB/B.* In: *Betriebs-Berater : BB. Zeitschrift für Recht und Wirtschaft* 33 (31). S. 1548–1550.
- Kapellmann, K. D. & Langen, W.** (2014): *Einführung in die VOB/B. Basiswissen für die Praxis.* 23.. neu bearb. Aufl. Köln: Werner.
- Kapellmann, K. D. & Messerschmidt, B. (Hg.)** (2013): *VOB, Teile A und B. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV).* 4. Aufl. München: Beck (Beck'sche Kurz-Kommentare, 58).
- Kratzenberg, R.** (2007): *Verfahren nach VOB/B § 18.2 und Ausblick auf den neuen § 18.3.* In: *Streitvermeidung und Streitbeilegung.* S. 115–123.
- Kuchenreuter, R. A.** (2010): *Rundschreiben 10/2010. Thema: Kooperationspflicht und Nachtrag / Baurecht,* zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Kuffer, J. & Wirth, A. (Hg.)** (2011): *Bau- und Architektenrecht.* 3. Aufl. Neuwied: Werner (Handbuch des Fachanwalts, B.2011).
- Leinemann, R. & Maibaum, T. (Hg.)** (2013): *Die VOB 2012, BGB-Bauvertragsrecht und neues Vergaberecht. Die wichtigsten Vorschriften für Baupraxis und Auftragsvergabe mit Erläuterung der Neuregelungen.* 8. völlig neu bearb. Aufl. Köln: Bundesanzeiger (Bau, Immobilien, Vergabe).
- Lembcke, M.** (2009): *Rechtsnatur des Verfahrens mit der vorgesetzten Stelle nach § 18 Nr. 2 VOB/B - Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB.* In: *Baurecht* (11). Hamburg. S. 1666–1674, zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Oberheim, N. T.** (2012): *121112 Endbericht des Projekts "Construction Adjudikation in England - ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?".* Gefördert von der Fritz-Tyssen-Stiftung. Az.. zuletzt geprüft am 19.05.2016.

- Niedersächsisches Bauschlichtungsstelle** (2007): Die Bauschlichtungsstelle. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Polzin, B. & Weigl, H.** (2014): Führung, Kommunikation und Teamentwicklung im Bauwesen. Grundlagen - Anwendung - Praxistipps. 2. Aufl. Wiesbaden: Springer Vieweg. Online unter <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-658-06698-7>.
- Kostka, Prof. Dr. G. & Anzinger, N.** (2015): Studie: Großprojekte in Deutschland - Zwischen Ambition und Realität. Fact Sheet 1 bis 4. Studie von Hertie School of Governance. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Schriftenreihe der DGA - Bau Nr. 1** (2015): 1. Kongress der DGA-Bau zusammen mit dem Institut für Deutsches und Internationales Baurecht der Juristischen Fakultät am 24.04.2015. Humboldt- Universität zu Berlin. Initiativen zur Außergerichtlichen Streitbeilegung im Bauwesen bündeln - Gemeinsam mehr erreichen (1).
- Schriftenreihe der DGA - Bau Nr. 2** (2016): 2. Kongress der DGA-Bau zusammen mit dem Institut für Deutsches und Internationales Baurecht der Juristischen Fakultät am 22.04.2016. Förderung der Außergerichtlichen Streitbeilegung im Bauwesen (2).
- Schwerdtner, P.** (2007): Kooperationspflichten der Vertragsparteien aus baubetrieblicher Sicht. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Standard** (2016): Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teile A und B. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Statistisches Bundesamt (Destatis)** (2014): Zivilgerichte - Fachserie 10 Reihe 2.1 – 2014. zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Sudermeier, Dipl.-Ing. M.** (2009): Gestaltungsvorschläge einer "Neuen Vertragsordnung" für Bauleistungen. Eine ingenieurökonomische Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts. Dissertation. zuletzt geprüft am 08.04.2016.
- Vygen, K.** (2007): Bauvertragsrecht nach VOB. Grundwissen. 5. überarb. und erw. Aufl. Neuwied: Werner.
- Vygen, K. & Jussen, E.** (2013): Bauvertragsrecht nach VOB und BGB. Handbuch des privaten Baurechts. 5. neu bearb. und erw. Aufl. Köln: Werner.
- Vygen, K. & Wirth, A. & Schmidt, A.** (2011): Bauvertragsrecht. Grundwissen. 6. Aufl. Köln: Werner.
- Wanninger, R. (Hg.)** (2007): Streitvermeidung und Streitbeilegung: etablierte Verfahren und neue Wege. Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 23. Februar 2007. Braunschweiger Baubetriebsseminar 2007, Braunschweig. Braunschweig: IBB (Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, H. 44). zuletzt geprüft am 03.02.2016.
- Wanninger, R. (Hg.)** (2010): Entgleitende Projekte - erkennen und handeln. Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 12. Februar 2010. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb; Braunschweiger Baubetriebsseminar. Braunschweig: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 49).

Zimmermann, J. & Hamann, M. (o. J.): Vergleich bauvertraglicher Regelungsmechanismen im Hinblick auf eine optimierte Abwicklung und zur Senkung von Konfliktpotential am Beispiel von VOB, NEC und FIDIC. Abschlussbericht. zuletzt geprüft am 19.05.2016.

Anhang

Anhang I: Stellungnahmen

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Herr Dipl. –Ing. Andres Hänel (persönliches Interview)

	Interviewnotizen Nov. 2014/Nov. 2016
Name	Herr Dipl. –Ing. Andreas Hänel
Telefonnummer	0511 – 101 - 0
Erfahrung	14 Jahre, insgesamt ca. 180 Fälle bearbeitet
Funktion	Technischer Sachbearbeiter für Liegenschaften des Bundes, bildet selbst seit Jahren in mittleren technischen Dienst in 18.2-Verfahren aus
Behörde	Oberfinanzdirektion Hannover
Datum	Direkt in Hannover am 14.11.2014/ telefonisch am 08.11.2016/ e-mail vom 17.11.2016 mit beigefügten Bescheiden
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	15
Gerichtsverfahren	Ja, jene, die im 18.2-Verfahren gescheitert waren
Zuständigkeitsbereich	
Beteiligte der 18.2-Stelle	Vor allem baufachliche Begleitung mit juristische Begleitung nur im Hintergrund

Durchführung:	
Beteiligte 18.2-Stelle	Dipl.-Ing./Im geringen Umfang Jurist aus dem Haus
AG	Projektleiter, Mitarbeiter
AN	Unternehmer, wenn AN Anwalt hinzuzieht, ist die 18.2- Stelle auch anwaltlich vertreten
Dauer	2 Monate (bei leichten Fällen) / im Durchschnitt 6 Monate, bei Bauverzögerung auch bis zu 2 Jahren
Streitgegenstand	Streitpunkte (genaue Zahlen aus eigenen Verfahren für In-Haus-Seminare aufgestellt) § 2 Abs. 1 und 2 VOB/B – Schlussrechnungsprüfung mit ca. 29 % (i. d. R. 20 bis 30 Kürzungen) § 2 Abs. 6 VOB/B – zusätzliche Leistungen mit ca. 11 % § 2 Abs. 5 VOB/B – geänderte Leistungen mit ca. 9 % § 4 Abs. 4 VOB/B – Kostenerstattung mit ca. 9 % § 6 Abs. 6 VOB/B – Behinderung mit ca. 6% in der Folge § 642 Entschädigung und § 280 Schadensersatz § 8 VOB/B – Kündigung mit ca. 6 % § 2 Abs. 3 VOB/B – Mehr/Minderungen werden i. d. R. direkt im Amt gegengerechnet 12 % aller Verfahren beziehen sich auf die Abrechnung gem. § 14 VOB/B
Antragszeitpunkt	99,9 % aller Verfahren behandeln die Vergütung nach gekürzter Schlussrechnung
Ablauf	Nach Anrufung , möglichst Einholung der Bauunterlagen zwischen 2 – 4 Wochen (kommt auch auf die Bereitschaft der zuarbeitenden Behörde an). Die Unterlagen zum Vertrag zeigen deutliche Missstände in der Ordnergestaltung, zusätzlich erhält der Streitschlichter nur Zugriff auf die Unterlagen des Bauamts, schwerer auf die freiberuflich tätigen Planer Architekten und Ingenieure. weitere 2 Wochen zur eigenen Einarbeitung. Die Zuarbeit der Firmen kommt prompt und gern per e-mail. Bei „ganz leichten Fällen“ kann der Bescheid nach zwei Monaten erlassen werden, oft sind es „halbjuristische“ Verfahren, die mehr Zeit in Anspruch nehmen, z. B. Bauverzögerungen. Wenn in der Anhörung nur entschieden würde, was vorgetragen wird (wie bei Gericht), dann könne man ggfs. die Frist einhalten, i. d. R. kommen durch die Anhörung (vorausgesetzt der AN hat diese gut vorbereitet bzw. es herrscht kein Zeitdruck, wegen drohender Insolvenz) deutlich mehr Positionen zur Sprache, als zur Einleitung des Verfahrens. Wenn der Gegenstand des Streits sowohl schriftlich wie mündlich nachvollziehbar dargelegt werden konnte, erfolgt die Anerkennung schneller. Allerdings gibt es auch

	<p>jene Dreistigkeit der Firmen, die trotz Hinweis schon augenscheinlich völlig überzogene Forderungen durchsetzen wollen.</p> <p>Entscheidung sind entweder positiv oder negativ: a) eindeutig, auch wenn Unterlagen fehlen oder b) uneindeutig mangels Vertragsgrundlagen.</p> <p>Der Bescheid weist eine klare Struktur auf, im Stil eines Gutachtens, kurze sachliche Sätze bezogen auf die Tatsachen mit sachlicher Beschreibung incl. Aufgestellter Behauptungen der Parteien.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Verjährungsprüfung, Fälligkeit, Hemmung bezüglich des Streitgegenstandes 2) Wertfreie Darstellung der Sachverhalte / Zusammenstellung der Firmendarstellung 3) Vertragsgrundlagen (z.B. welche VOB die Grundlage bildet, sowie zusätzliche Vereinbarungen) 4) Prüfung der Verträge 5) Beurteilung der Sachverhalte 6) Entscheidung 7) Belehrung <p>In der Anlage sind zwei Bescheide beigelegt, ein positiver und ein negativer Bescheid.</p> <p>Wenn der AN sich hat anwaltliche vertreten lassen, erfolgt oft nach Bescheid-Erlass ein formloser Einspruch zur Fristwahrung, die ggfs. auch ohne Begründung versehen wird. Dann erfolgt der Versand des Bescheides erneut mit Aufforderung zur Begründung des Einspruchs, wenn keine Reaktion innerhalb der 3 kommenden Monate darauf durch den AN folgt, „ist die Akte“ zu.</p> <p>Es kommt auch vor, dass der AN einen Einspruch gegen einzelne Positionen des Bescheids oder mit Gegenvorschlag formuliert. Wenn neu Erkenntnisse zu einen neuen Ergebnis führen könnten, weil zusätzliche Unterlagen aufgetaucht sind, dann kann das Verfahren weitergeführt werden.</p> <p>Das macht das Verfahren attraktiv, weil Verhandlung weiter möglich bleibt!</p>
Erfolgsquote	hoch
Auslastung	Annahme, das nach Weihnachten die Anträge steigen würden, haben sich nicht bestätigt Da die Mitarbeiter der 18.2-Verfahren i. d. R. diese Verfahren als eine von vielen Aufgaben betreuen und sich kein gleichmäßiger Antragsfluss abzeichnet, kommt es immer wieder zu Engpässen.
<p>Sonstiges</p> <p><u>Tipps zur Verhandlung:</u></p> <p><u>Aufgabe der Schlichtung/Schlichters:</u></p> <p><u>Was würden Sie ändern?</u></p> <p>Stellung gegenüber der Haltung, 18.2-Stellen seien nicht neutral:</p>	<p>Die Streitwerte lagen bei insgesamt 126 Verfahren bei 3,3 Mill €, von denen ca. 0,5 Mill € gezahlt wurden, im Schnitt 10 T€ pro Fall, bsw. Kann die Streitwertsumme in 2013 auf ca. 24 T€ beziffert werden. Bsp: Verfahren aus Bauzeitverzögerung: AN stelle Antrag auf 2,0 Mill€, nach Bescheid stünden ihm 0,5 Mill € zu, der AN nimmt nicht an und geht vor Gericht, dort wird 8 Jahre verhandelt, am Ende lautete das Urteil auf 0,6 Mill €.</p> <p>Die Erfolgsquote steigt ohne Beteiligung von Juristen/Anwälten.</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Listenführung über Streitgegenstände b) Unbedingt in einer ruhigen Atmosphäre , c) Unternehmen in Zeitnot haben eine schlechtere Ausgangsbasis d) über zeitliche Begrenzung wird Verwirrung gestiftet und unklare Situationen sind schwer aufzulösen e) Verhältnismäßigkeit muss gewahrt bleiben, ggfs. ein einen zweiten Anhörungstermin ansetzen, als den Rahmen sprengen, f) Modalitäten der Abrechnungsvorschriften der VOB/C immer dabei haben <ol style="list-style-type: none"> 1) das Bewerten von Toleranzen 2) die Interpretationsfreiheit der VOB zu nutzen <ul style="list-style-type: none"> ✓ in der Vertragsanbahnung die Verträge genauer ausformulieren ✓ den Faktor Zeit positiv besetzen ✓ Fristenverbesserung, das kann auch dazu führen, dass diese verlängert werden, Erfahrungen zeigen das die Ideen später kommen, als eine Art Brainstorming-Verfahren <ul style="list-style-type: none"> ➤ Herauslösung der Verfahren aus dem behördlichen Überbau könnte hilfreich sein, diesem Vorwurf zu begegnen und die Neutralität mehr gewährleistet, jedoch ➤ erhält man als Behörde besser die Inhalte bzw. Wissen über den Streitgegenstand, als nur die reinen Vertragsunterlagen ➤ die Kontrolle über externe Streitschlichter müsste man wiederum begegnen, Stichwort Bestechung, ist in der Behörde durch das Gesetz gegen Bestechung gesichert ➤ Instanzenansiedlung ➤ Wo soll der Ort sein, dass die Auftragnehmer, die sonst nur Baustelle kennen, diesen auch finden?

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Herr MinR Reinhard Janssen

	Interviewnotizen Feb. 2015
Name	1. RA Reinhard Janssen 2. Dipl.-Ing. Herr Adolf
Telefonnummer	030 - 18 305-7170
Erfahrung	1. in 2013 berufen worden 2. seit 2013
Funktion	1. Leiter - Referat B I 7 - Recht des Bauwesens, Öffentliches Auftragswesen sowie Vorsitzender des Hauptausschusses (HAA) im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA). 2. Mitarbeiter
Behörde	Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
Datum	02.02.2015/22.04.2016
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	5-6 pro Jahr, 15 Fälle seither bearbeitet
Gerichtsverfahren	1
Zuständigkeits- bereich	Bundesbauvorhaben
Beteiligte der 18.2- Stelle	Ingenieur und RA

Durchführung:	
Beteiligte 18.2-Stelle	
AG	
AN	
Dauer	
Streitgegenstand	Nachtragsbearbeitung
Antragszeitpunkt	Zum Abschluss der Baumaßnahme
Ablauf	Anhörung 1x
Erfolgsquote	hoch
Auslastung	Ausreichend, weil es wenige Verfahren sind
Sonstiges	Kann die Kritik an „unparteiischen Dritten“ nicht teilen, da Mitarbeiter i. d. R. abgegrenzt tätig sind und die Bescheide fachlich qualitativ hochwertig und rechtssicher aufgestellt werden; 18.2-Verfahren wäre „tatsächlich bekannt genug“ z.B. über die Handwerkskammern, zusätzlich könne der AN über § 18.3 VOB/B ein anderes Verfahren vereinbaren. Sieht Grenzen zur Übertragung der Adjudikation in die deutsche Baukultur, In England würden mehr Baumaßnahmen mit einem Generalunternehmer gebaut und erfahrungsgemäß ist die Dokumentationspflicht der englischen Auftragnehmer quantitativ/qualitativ deutlich höher. Wir vergeben als Besonderheit des öffentlichen Bauens die Leistungen Gewerke weise, was die Anforderungen an die Dokumentation zusätzlich erhöht. Hinweis auf gerade beauftragtes Forschungsprogramm „Zukunft Bau“ des BMUB über die Möglichkeit zur Einführung der Adjudikation (seit Nov. 2014)

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Herr RA Leu

	Interviewnotizen Feb. 2015
Name	RA Norbert Leu
Telefonnummer	030 18401-2505
Erfahrung	8 Jahre
Funktion	Stellv. Referatsleiter
Behörde	Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) Referat VI S 4 - Vertragsmanagement
Datum	02.02.2014
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	1
Gerichtsverfahren	
Zuständigkeits- bereich	Regionalbauten, Planung und Begleitung
Beteiligte der 18.2- Stelle	Juristen

Durchführung:	
Beteiligte 18.2-Stelle	Jurist
AG	Projektleitung, ggfs. technischer Sachbearbeiter
AN	Unternehmer, ggfs. anwaltlich vertreten
Dauer	für den Termin zur Anhörung werden i.d.R. 2-3 Monate benötigt
Streitgegenstand	Mangelhafte Leistungen
Antragszeitpunkt	
Ablauf	
Erfolgsquote	
Auslastung	
Sonstiges	<p>Die Entscheidung zur Auflösung der Fachbereiche in den Behörden, Anfang der neunziger Jahre, wirken sich bereits seit einigen Jahren sehr negativ aus. Wenige Mitarbeiter müssen die Kontrollfunktion – Bauherrenpflichten - von großen bis sehr großen Baumaßnahmen schultern. Das bringt die Mitarbeiter an den Rand ihrer Leistungsfähigkeit, weil Kontrollen zeitlich viel aufwendiger sind, da man sich auf Fehlersuche begeben muss. Das führt zur Stichprobenprüfung, Fehler „rutschen“ so durch und verursachen verheerende Folgen. Es gibt einen hohen Krankenstand unter den Kollegen, weil sie es einfach nicht schaffen können und der Druck sehr hoch ist.</p> <p>Herr Leu begrüßt das Umdenken, die Fachbereiche wieder zu integrieren und sich als Behörde selbst mit fachtechnischem Personal aufzustellen. Darin sieht er die Chance, in Bauprojekten Konflikte zu vermindern sowie Termine und Kosten einzuhalten.</p> <p>Kein Misstrauen in die Entscheidung der vorgesetzten Dienststelle durch AN bekannt: „AN und AG vertrauen in die Unabhängigkeit der Prüfung, da sie durch Juristen erfolgt, kann man auch nichts anderes erwarten.“</p> <p>Keine monetär bedingten Grenzen, da keine Prozesskosten entstehen. „Ist ein preiswertes Verfahren solange keine Rae eingeschaltet werden“</p>

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Dirk Stiepert

	Befragte Person in 2010	Telefonnotizen Juni 2016
Name	Dirk Stiepert	-- ¹⁵⁰
Telefonnummer	0209 3808 - 264	--
Erfahrung	Viele Jahre 18.2-Verfahren	--
Funktion	Stellv. Leiter Abteilung Vergabe und Vertragswesen	--
Behörde	Straßen-NRW Vergabe- und Vertragsstelle Landesbetrieb Straßenbau NRW	--
Datum	24.02.2010	13.06.2016
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	Ca. 50 (konstant, abhängig v. Bauvolumen)	Zwischen 2003-2013 wurden ca. 350 Verfahren durchgeführt, ca. 35 im Jahr
Gerichtsverfahren		
Zuständigkeitsbereich	Straßenbaumaßnahmen Bund und Land Ca. 900.000.000 Euro jährliches Bauvolumen gesamt	--
Beteiligte der 18.2-Stelle	Leitung Jurist, ca. 4 Sachbearbeiter (Techniker mit ausgeprägter Rechtserfahrung)	2 Leitungen bestehend aus Jurist und Bau-Ing.

Durchführung:		
Beteiligte 18.2-Stelle	An Antragsbearbeitung Beteiligte, Jurist nur wenn AN mit Rechtsbeistand	--
AG	Projektleitung, ggf. externe Projektsteuerer	--
AN	Projektverantwortliche, i. d. R. ohne Anwalt	--
Dauer	4 Monate	--
Streitgegenstand	Nachträge aufgrund v. Bauablaufstörungen und unklarer Leistungsbeschreibung dem Grunde nach	Nachträge, Technische Mängelbeseitigung – Beweis – Ersatzvornahme - Gutachten
Antragszeitpunkt	i. d. R. nach Schlussrechnung	Zur Schlussrechnungsprüfung und häufiger baubegleitende Durchführung
Ablauf	1: Eingang Antragsunterlagen 2: Stellungnahme v. auftraggebender Behörde 3: Mündliche Anhörung beider Parteien, ggf. ein zweiter Termin 4: schriftliche Entscheidung (ca. sechs Wochen nach Anhörung)	--
Erfolgsquote	Über 90 %	--
Auslastung	Relativ unkritisch, Antragsspitzen führen zu leicht längeren Verfahren	--
Sonstiges	Größere Unternehmen führen häufiger 18.2-Verfahren durch → Entscheidung ist eine Art Vermittlungsvorschlag, basiert allerdings auf einer Art Gefährdungsanalyse: Wie würde ein Richter entscheiden? Eine ähnliche Entscheidung wird selbst angestrebt (mit leichtem Risikoabschlag)	Sieht die Neutralität in der vorgesetzten Stelle gesichert; Geht davon aus, dass ca. 99 % der Auftragnehmer vom Verfahren Kenntnis haben; Es wurde ein Mediationsverfahren im Bauvorhaben „Hochmoselübergang“ vereinbart, ausführendes Anwaltsbüro Kapellmann/ Leinemann; Steht Stärkung des 18.2-Verfahrens positiv gegenüber, „man findet sich im Verfahren wieder“ im Ansatz wie bei einer Mediation

¹⁵⁰ -- d. h. keine Änderung gegenüber 2010 – gilt für nachfolgende Dokumente ebenso

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Herr Leiendecker

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	Herr Leiendecker	--
Telefonnummer	0361 3791 - 323	0361 – 37 91 280
Erfahrung	2 Jahre	8 Jahre
Funktion	Jurist im Ministerium für Bau und Verkehr	--
Behörde	Referat 32 Baurechtangelegenheiten Thüringer Ministerium f. Bau und Verkehr	--
Datum	24.02.2016	21.06.2010
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	Nicht mehr als 2 pro Jahr	--
Gerichtsverfahren	Deutlich mehr als 18.2-Verfahren, ca. 6-7 pro Jahr	--
Zuständigkeits- bereich	Baumaßnahmen des Hoch- und Straßenbaus durch Bund und Land, ca. 200.000.00 Euro jährliches Bauvolumen gesamt	Maßnahmen des Hochbaus
Beteiligte der 18.2- Stelle	Zwei Juristen	Juristen und baufachliche Begleitung

Durchführung:		
Beteiligte 18.2-Stelle	an Antragsbearbeitung Beteiligte, Leiter 18.2- Verfahren	--
AG	Projektleitung, ggf. externe Projektsteuerer	--
AN	Projektverantwortliche, i. d. R. ohne Anwalt	--
Dauer	2-3 Monate	--
Streitgegenstand	Nachträge aufgrund Bauablaufstörungen und unklarer Leistungsbeschreibung dem Grund nach	--
Antragszeitpunkt	i. d. R. nach Schlussrechnung	zur Schlussrechnung mit Streitwert zwischen 1 – 2 Mill €; baubegleitend mit Streitwert um 100 T€
Ablauf	1: Eingang Antragsunterlagen 2: Stellungnahme v. auftraggebender Behörde 3: mündliche Anhörung (meistens zwei Termine nach ca. zwei Monaten) 4: schriftliche Entscheidung	abhängig von den gestaltenden Personen und deren Temperamenten, wenn Einigungswille i. d. R. vorhanden, werden alle Ansprüche abgegolten ähnlich einem Ver- gleich; Parteien wollen Gesicht wahren;
Erfolgsquote	Über 90 %	--
Auslastung	Problemlos	--
Sonstiges	Streitigkeiten sind grundsätzliche rückläufig	gleichbleibend; mittlerer/größer Firmen kennen das Verfahren, der AG soll mehr hinweisen, damit das Verfah- ren baubegleitend erfolgen kann bzw. Schieds- verfahren nach § 18 Abs. 3 vereinbart werden; Freiwilligkeit sollte erhalten bleiben;

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Herr Dipl. –Ing. Meier

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	Herr Dipl. –Ing. Meier (im Ruhestand)	Frau Anna Wangler
Telefonnummer	0761 204 – 15 14	0761 – 204 15 52
Erfahrung	40 Dienstjahre, viele Jahre 18.2-Verfahren	Jung im Amt
Funktion	Mitarbeiter Bundesbau Baden-Württemberg	Juristin
Behörde	Oberfinanzdirektion Karlsruhe	--
Datum	25.02.2010	21.06.2016
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	35 (konstant)	--
Gerichtsverfahren	Deutlich weniger als 18.2-Verfahren	
Zuständigkeits- bereich	Hochbaumaßnahmen des Bundes BW	
Beteiligte der 18.2- Stelle	Leitung durch Jurist, Unterstützung durch zwei Bauingenieure	

Durchführung:		
Beteiligte 18.2-Stelle	An Antragsbearbeitung Beteiligte, Leiter 18.2-Verfahren	
AG	Projektleitung, ggf. externe Projektsteuerer	
AN	Projektverantwortliche, i. d. R. ohne Anwalt (Anwälte nicht gut für das Verhandlungsklima)	
Dauer	3-4 Monate	
Streitgegenstand	Nachträge aufgrund Bauablaufstörungen und unklarer Leistungsbeschreibung	
Antragszeitpunkt	Nach Schlussrechnung, baubegleitende Anträge nur bei hohen Nachtragsforderungen – Antrag nach fruchtloser Auseinandersetzung mit AG	
Ablauf	1: Eingang Antragsunterlagen 2: Stellungnahme von auftraggebender Behörde 3: mündliche Anhörung beider Parteien getrennt voneinander 4: schriftliche Entscheidung (dem Grunde nach – der Höhe nach von den Parteien i. d. R. anschließend selbst verhandelt)	
Erfolgsquote	Über 90 % (durchweg positives Feedback von AN – wohlthuende Neutralität, Entscheidung nicht „pro domo“ AG)	
Auslastung	Bei Antragsspitzen Hinzuziehung von Sachverständigen und externen Juristen	
Sonstiges	Kleinere Streitigkeiten bis ca. 200.000 Euro führen häufiger zum Erfolg, Streitigkeiten im Millionenbereich besser vor Gericht behandeln, Erfolg bei kleineren Mittelständlern und Handwerksbetrieben wahrscheinlicher als bei großen Unternehmen, Anweisung der Behördenleitung zur Vermeidung von Gerichtsverfahren, Hervorhebung von Fakten, sachliche Diskussion – beide Seiten sollen „Gesicht wahren“, Erfolg führt zu „persönlicher Befriedigung	Sind im Aufbau einer übergeordneten Datenbank, in dem jeder Nachtrag aus den Bauämtern erfasst und dargelegt wird. Diese Datenbank ist für die Firmen zugänglich, um das Vertrauen in das Verfahren zu stärken; Die Einleitung eines Verfahrens soll intern schon im Vergaberecht eingebaut werden.

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Herr Dipl. –Ing. Meier/ Frau Banzer

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	Herr Dipl. –Ing. Meier (im Ruhestand)	Frau Banzer
Telefonnummer	0761 204 – 15 14	0721 – 84 03 149
Erfahrung	40 Dienstjahre, viele Jahre 18.2-Verfahren	25 Jahre
Funktion	Mitarbeiter Bundesbau Baden-Württemberg	Baubetriebswirtin
Behörde	Oberfinanzdirektion Karlsruhe	OFD – HBA Karlsruhe Staatliches Hochbauamt Karlsruhe
Datum	25.02.2010	21.06.2016
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	35 (konstant)	5-8
Gerichtsverfahren	Deutlich weniger als 18.2-Verfahren	4 (beklagt die Sturheit bei Gericht)
Zuständigkeitsbereich	Hochbaumaßnahmen des Bundes BW	Vergabestelle
Beteiligte der 18.2-Stelle	Leitung durch Jurist, Unterstützung durch zwei Bauingenieure	Jurist, Bau-Ing. Aussage: „Wenn Juristen am Tisch sind, ist fast nicht mehr zu machen“, i. d. R. erfolgt die Kündigung

Durchführung:		
Beteiligte 18.2-Stelle	An Antragsbearbeitung Beteiligte, Leiter 18.2-Verfahren	
AG	Projektleitung, ggf. externe Projektsteuerer	
AN	Projektverantwortliche, i. d. R. ohne Anwalt (Anwälte nicht gut für das Verhandlungsklima)	
Dauer	3-4 Monate	
Streitgegenstand	Nachträge aufgrund Bauablaufstörungen und unklarer Leistungsbeschreibung	Änderungen nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B
Antragszeitpunkt	Nach Schlussrechnung, baubegleitende Anträge nur bei hohen Nachtragsforderungen – Antrag nach fruchtloser Auseinandersetzung mit AG	Schlussrechnung auch baubegleitend
Ablauf	1: Eingang Antragsunterlagen 2: Stellungnahme von auftraggebender Behörde 3: mündliche Anhörung beider Parteien getrennt voneinander 4: schriftliche Entscheidung (dem Grunde nach – der Höhe nach von den Parteien i. d. R. anschließend selbst verhandelt)	
Erfolgsquote	Über 90 % (durchweg positives Feedback von AN – wohlthuende Neutralität, Entscheidung nicht „pro domo“ AG)	i. d. R. lassen sich Konfliktpunkte ausräumen, höher ohne Juristen
Auslastung	Bei Antragsspitzen Hinzuziehung von Sachverständigen und externen Juristen	Hoch, jedoch nicht durchgehend
Sonstiges	Kleinere Streitigkeiten bis ca. 200.000 Euro führen häufiger zum Erfolg, Streitigkeiten im Millionenbereich besser vor Gericht behandeln, Erfolg bei kleineren Mittelständlern und Handwerksbetrieben wahrscheinlicher als bei großen Unternehmen, Anweisung der Behördenleitung zur Vermeidung von Gerichtsverfahren, Hervorhebung von Fakten, sachliche Diskussion – beide Seiten sollen „Gesicht wahren“, Erfolg führt zu „persönlicher Befriedigung	Leistungsverzeichnisse aus dem Hause kommend, haben eine sehr gute Qualität, extern durch Planerbüros erstellte Leistungsverzeichnisse sind häufiger fehlerbelastet; findet die damalige Entscheidung, die Bauämter um ihre fachlichen Mitarbeiter zu reduzieren heute noch falsch, „Das sind die Auswirkungen davon.“ Kommunikation zwischen AN/AG nicht abreißen lassen

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Gudrun Kühn/ Brigitte König – Herr Weiß

	Befragte Person in 2010	Telefonnotizen Juni 2016
Name	Gudrun Kühn	Nachfolgerin Brigitte König, Interviewpartner: Herr Weiß
Telefonnummer	069 58 303 – 25 28	069 – 58 303 -2530/-2542
Erfahrung	9 Jahre	
Funktion	RA'in im OFD-Landesdienst Bau	
Behörde	Oberfinanzdirektion Frankfurt/Main	
Datum	23.02.2010	20.06.2016
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	20 (Tendenz steigend, Komplexität zunehmend)	Plus ca. 20% , weiter steigend und verschärft sich
Gerichtsverfahren	Ca. 2 p. a.	
Zuständigkeits- bereich	Hochbaumaßnahmen des hbm – Hessischen Baumanagements und des HI – Hessisches Immo- bilienmanagement Ca. 500.000.000. Euro jährliches Bauvolumen gesamt	
Beteiligte der 18.2- Stelle	Leitung durch Bauingenieur, Unterstützung durch Jurist/Techniker nach Bedarf und Verfügung	Leistung durch Bau-Ing. Personalknappheit

Durchführung:		
Beteiligte 18.2-Stelle	An antragbearbeitung Beteiligte, Leiter 18.2- Verfahren	
AG	Projektleitung, ggf. externe Projektsteuerer	
AN	Projektverantwortliche, i. d. R. mit Anwalt (kl. Unternehmen ohne Juristen)	
Dauer	3-4 Monate (Einzelfälle über ein Jahr – abhängig von Gutachtereinsatz)	Bei Streitwerten bis 100T€ passen die Fristen; Können auch schon mal 2 Monate bis zur Ter- minfindung zur Anhörung vergehen
Streitgegenstand	Nachträge aufgrund Bauablaufstörungen und unklarer Leistungsbeschreibung	Leistung/Vergütung= Nachträge; z.Z. auf Seiten des AN sehr clevere Ingenieure Unklare Leistungsverzeichnisse – hauseigene Prüfung nach K12
Antragszeitpunkt	Nach Schlussrechnung, baubegleitende Anträge eher selten	
Ablauf	1: Eingang Antragsunterlagen – Unterlagen großer Unternehmen deutlich umfangreicher, 2: Stellung- nahmen von auftraggebender Behörde innerhalb eines Monats 3: mündliche Anhörung 4: schriftli- che Entscheidung im Nachgang	Auch mehrere Anhörungen möglich
Erfolgsquote	Fast 100 % (in 9 Jahren nur zwei Gerichtsverfahren im Anschluss)	
Auslastung	Unkritisch, Personal kann flexibel disponiert wer- den	
Sonstiges	Überwiegend positives Feedback, wegen Neutrali- tät, Kompetenz durch Doppelbesetzung → führt letztlich zu steigenden Fallzahlen, Richter verwei- sen bei komplexen Streitgegenständen tlw. aus Möglichkeit von 18.2-Verfahren, unterschiedliches Niveau in Ländern aufgrund von Personalmangel und unbewusster (aber auch ungewollter) AG-Nähe	Verfahren zielt auf Einigungswille ab, Einstellungssache: "man will kein Einverneh- men" ; Im Haus: mangelnde Fortbildungsmöglichkeiten und geringe Dokumentationsbereitschaft Kommunikation nicht abrechnen lassen, je nach Mentalität der Beteiligten ist es die Auf- gabe Fronten aufzubrechen um sachliche Inhal- te neutral zu bewerten, Erfolg wird durch per- sönliches Gespräch erzielt;

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Christa Asam

	Befragte Person in 2010	Eigene Notizen in 2016
Name	Christa Asam	
Telefonnummer	0761 204 – 15 14	
Erfahrung	Seit 8 Jahren im Team mit Architekten	
Funktion	Leiterin Rechtsangelegenheiten Nordbayern und Grundsatzaufgaben Insolvenzen	
Behörde	Abteilung H1 Zentrale Angelegenheiten Hochbau Autobahndirektion Nordbayern	
Datum	01.02.2010	
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	27	
Gerichtsverfahren		
Zuständigkeitsbereich	Straßenbaumaßnahmen Bund und Land Ca. 300.000.000 Euro jährliches Bauvolumen gesamt	
Beteiligte der 18.2-Stelle	Leitung durch Jurist, Unterstützung durch Architekt	

Durchführung:		
Beteiligte 18.2-Stelle	An Antragsbearbeitung Beteiligte, Leiter 18.2-Verfahren	
AG	Projektleitung, ggf. externe Projektsteuerer	
AN	Projektverantwortliche, mit und ohne Anwalt	
Dauer	3 Monate (komplexe Streitigkeiten mehrere Monate)	
Streitgegenstand	Nachträge aufgrund von Bauablaufstörungen und unklarer Leistungsbeschreibung	
Antragszeitpunkt	Etwa die Hälfte baubegleitend	
Ablauf	1: Eingang Antragsunterlagen 2: Stellungnahme von auftraggebender Behörde 3: mündliche Anhörung 4: schriftliche Entscheidung	
Erfolgsquote	Ca. 80 %	
Auslastung	Wenig Personal, daher längere Verfahren zu erwarten	
Sonstiges	Verfahren sind mediationsähnlich, Sachverstand der 18.2-Stelle sehr wichtig, zu wenig Mittel für Ausbildung von geeignetem Personal, Team aus Jurist und Techniker notwendig, Problem: Juristen werden bei Behörden als Allrounder ausgebildet, VOB-Spezialisten fast nicht möglich	

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Stefan Jack

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	Stefan Jack	pensioniert/ Frau Glock
Telefonnummer	040 – 428 42 450	040 – 428 42 450
Erfahrung		Seit 2 Jahren angestellt
Funktion	Jurist im Amt für Bauordnung und Hochbau	Fachbetreuerin Vergabestelle
Behörde	Rechtsabteilung Bundesbauabteilung Amt für Bauordnung und Hochbau Hamburg	Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen Hamburg (BSW Hamburg) Bundesbauabteilung
Datum	25.02.2010	06.09.2016
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	3 (abhängig von Bauvolumen)	Keine Verfahren durchgeführt, keine Kenntnis über das Verfahren
Gerichtsverfahren	Deutlich mehr als 18.2-Verfahren	
Zuständigkeits- bereich	Hochbaumaßnahmen des Bundes Ca. 30.000.000 Euro jährliches Bauvolumen ge- samt	
Beteiligte der 18.2- Stelle	Leitung durch Jurist, Unterstützung durch Bauin- genieur	

Durchführung:		
Beteiligte 18.2-Stelle	An Antragsbearbeitung Beteiligte, Leiter 18.2- Verfahren	
AG	Projektleitung, ggf. externe Projektsteuerer	
AN	Projektverantwortliche	
Dauer	3-4 Monate	
Streitgegenstand	Nachträge aufgrund von Bauablaufstörungen und unklarer Leistungsbeschreibung	
Antragszeitpunkt	Beides kommt vor, je zur Hälfte etwa baubegleitend und nach Abschluss der Baumaßnahme	
Ablauf	1: Eingang Antragsunterlagen 2: internes Ge- spräch mit auftraggebender Behörde 3: i. d. R. mündliche Anhörung 4: schriftliche Entscheidung	
Erfolgsquote	Ca. 80 %	
Auslastung	Unkritisch, da wenige Verfahren	
Sonstiges	Positive persönliche Erfahrungen, deutlich schnel- ler als Gerichtsverfahren, Vorteil der unabhängigen Prüfung, trotzdem Entscheidung häufig zugunsten AG, kleine Behörde, daher viele Verfahren ohne formelle Einleitung	

Stellungnahme „18.2-Stellen“ – Gabriele von Steinaecker

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	Gabriele von Steinaecker	Gabriele von Steinaecker
Telefonnummer	04131 599 – 12 95	0431 599 11 12
Erfahrung		
Funktion	Leiterin Justizariat der GMSH	--
Behörde	Leiterin Justizariat der GMSH Gebäudemanagement Schleswig-Holstein AöR (GMSH)	--
Datum	04.03.2010	06.09.2016
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	10-20 pro Jahr (konstant)	eher konstant
Gerichtsverfahren		
Zuständigkeits- bereich	Hochbaumaßnahmen Bund und Land Ca. 180.000.000 Euro jährliches Bauvolumen gesamt	bereitet Verfahren juristisch vor
Beteiligte der 18.2- Stelle	Leitung durch Jurist, Unterstützung durch Sachbe- arbeiter	

Durchführung:		
Beteiligte 18.2-Stelle	An Antragsbearbeitung Beteiligte, Leiter 18.2- Verfahren	
AG	Projektleitung, ggf. externe Projektsteuerer	
AN	Projektverantwortliche, i. d. R. ohne Anwalt	
Dauer	3-4 Monate	
Streitgegenstand	Nachträge aufgrund von Bauablaufstörungen und unklarer Leistungsbeschreibung	
Antragszeitpunkt	Selten baubegleitend	
Ablauf	1: Eingang Antragsunterlagen 2: Stellungnahme von auftraggebender Behörde 3: i. d. R. mündliche Anhörung (ggf. getrennt) 4: schriftliche Entschei- dung	
Erfolgsquote	Über 90 %	
Auslastung	Voll, zusätzliches Personal nicht finanzierbar	
Sonstiges	Entscheidend ist nicht ein rechtlich einwandfreies Urteil, sondern Ausgewogenheit, Verfahren ähnelt einer Mediation	Konnte sich nicht viel Zeit nehmen, insofern bestätigte Sie ihre aus 2010 gemachten Aussa- gen

Stellungnahme vertrat 2010 „Auftraggeber“, seit einigen Jahren auch „Auftragnehmer“ – Gerald Müller

	Befragte Person in 2010	Telefonnotizen in 2016
Name	Gerald Müller	Gerald Müller Tel.Nr.. 03322 409 410
Firma	Asphalta Ingenieurgesellschaft für Verkehrswegebau	--
Funktion	Geschäftsführer	Beratertätigkeit, selbst für beide Vertragsparteien tätig
Eigene Erfahrung mit 18.2	An mehreren 18.2-Verfahren teilgenommen	20-jährige Erfahrungen im Nachtragsmanagement
In mehreren Ländern?	Nur Berlin-Brandenburg	
Auch Kommunen?	Nein	
Vor Gerichtsverfahren immer 18.2?	Verfahren nimmt an Bedeutung zu	
Zeitpunkt der Anrufung	Nach Abschluss der Baumaßnahme	
Vorgesetzte Stelle eindeutig?	Bei Land grundsätzlich ja, Kommunen keine Erfahrung	
Streitgegenstand (Einzelfälle oder komplex)	Komplexe vielschichtige Streitigkeiten	
Umfang d. Antragsunterlagen	Nachtragsqualität	

Verfahrensablauf:		
Dauer	Relativ zügig bis zur Anhörung	
Mündliche Anhörung	Immer	
Teilnehmer	Meistens mit Beratern, Anwälten	

Zufriedenheit:		
Dauer	Angemessen	
Objektivität der vorgesetzten Stelle	Nicht immer unbefangen	Auf der Behördenseite sitzen immer mehr Leute mit weniger ausgeprägten technischem Hintergrund.
Besetzung der Kapazität	Keine Vergleichsmöglichkeiten, aber wahrscheinlich ausreichend	
Vorgesetzte umfangreich in Thema eingearbeitet?	i. d. R. ja	
Entscheidungsmaßstab (frei/rechtssicher)	Häufig Kompromissvorschlag	immer mehr Leute zu jung und unerfahren, ohne wirkliche Einarbeitungszeiten und Entscheidungskompetenzen rückläufig, Entscheidungen werden hinausgeschoben
Qualität der Entscheidung	Abhängig vom Entscheider	hängt extrem von den handelnden Personen ab, „wie ticken sie?“ bzw. „wir sitzen alle im selben Boot“
Sonstiges	Anforderungen an ADR: Schlichtung problematisch da keine Rechtssicherheit, Eingang durch Mediator ebenfalls fragwürdig (Korruptionsverdacht), Schiedsgutachten teilweise gut geeignet, Adjudikation sehr interessant, Akzeptanz muss steigen	18.2-Verfahren wird aus seiner Sicht nicht so akzeptiert; Stärkung in Verfahren durch vorläufige Bindungswirkung nötig, deshalb sei die Adjudikation interessant

Stellungnahme „Auftragnehmer“ – RA Schlund

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	RA Schlund	Ra Schlund – Tel.Nr.: 0911 – 9920 715
Firma	Bayrischer Bauindustrieverband Nordbayern	--
Funktion	Rechtsbeistand für Mitglieder	--
Eigene Erfahrung mit 18.2	An vielen 18.2-Verfahren teilgenommen (seit 20 Jahren)	Ca. 1 bis 2 pro Jahr, rückläufig. Der Aufgabenschwerpunkt wird durch die Mitglieder des Bayrischen Bauindustrieverband gesetzt, in den letzten Jahren arbeiten die Mitgliedsfirmen immer weniger mit einem öffentlichen Bauherren, sodass das Verfahren nur noch sehr sporadisch genutzt wird. Es liegen keine Fallzahlen diesbezüglich vor.
In mehreren Ländern?	Nur in Bayern	
Auch Kommunen?	Nein	
Vor Gerichtsverfahren immer 18.2?	Im Prinzip Prozessvoraussetzung	
Zeitpunkt der Anrufung	Unterschiedlich	
Vorgesetzte Stelle eindeutig?	Nur bei Land, Kommune nicht vorhanden	Ja, Bezirksregierung
Streitgegenstand (Einzelfälle oder komplex)	Beides, je größer die Baumaßnahme, desto komplexer die Verfahren	
Umfang d. Antragsunterlagen	Unterschiedlich	

Verfahrensablauf:

Dauer	Bis zu 1,5 Jahren	
Mündliche Anhörung	Nicht immer	
Teilnehmer	Unterschiedlich	

Zufriedenheit:

Dauer	Schlecht, immer länger als 3 Monate	
Objektivität der vorgesetzten Stelle	Nicht objektiv (Chrogeist!) Verfahren immer vom gleichen Personal durchgeführt, nicht ausreichend qualifiziert	Kollegiale Nähe, die durch die gemeinsame Teilnahme an Schulungen und Fortbildungen gefördert wird, „man kennt sich“. Nicht gerade gesteigerte Zuversicht in die Objektivität der übergeordneten Stelle gegeben
Besetzung der Kapazität		„immer noch zu viele“
Vorgesetzte umfangreich in Thema eingearbeitet?	Selten	
Entscheidungsmaßstab (frei/rechtssicher)	Nicht bewertbar	
Qualität der Entscheidung	Anträge werden teilweise grundlos abgelehnt	Mehrheit der streitigen Dinge werden in der Masse irgendwie geregelt
Sonstiges	Keine Verhandlung von Einzelstreitigkeiten möglich, pauschale Angebote unter der Voraussetzung für offene strittige Punkte eine Klage nicht einzureichen (grenzt an Nötigung), Bsp.: AN erscheint zum 18.2-Termin mit Bauleiter und RA Schlund, Behörde positioniert sich hingegen mit 9 Personen, Bsp.: Vorsitz lässt AN vor der Tür warten und berät mit AG über die Entscheidung, Bsp.: mündl. Verhandlung wurde aufgrund Zeitmangels nicht durchgeführt, Bsp.: Sachbearbeiter krank, dann Urlaub, allerdings kein Ersatz dafür, Gutachten werden z. T. nicht gelesen und völlig ignoriert, grundsätzlich: keine Gleichbe-	„Wenn der öffentliche Auftraggeber ein Verfahren „vorschreibt“, dann müsste die entscheidende Stelle fairerweise staatlich außerhalb der Behörde liegen.“

	rechtigung, aus Sicht des AN überwiegend Frustration, max. 15 % der Verfahren mit akzeptablen Ergebnis	
--	--	--

Stellungnahme „Auftragnehmer“ – RA Harald Kern

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	RA Harald Kern	Frau RA'in Dr. Lisa Keddo-Kilian
Firma	Hauptverband der Bauindustrie NRW	
Funktion	Rechtsbeistand für Mitglieder	
Eigene Erfahrung mit 18.2	An einigen Verfahren teilgenommen	
In mehreren Ländern?	NRW	
Auch Kommunen?	Ähnliche Verfahren (Schlichtung)	
Vor Gerichtsverfahren immer 18.2?		
Zeitpunkt der Anrufung		
Vorgesetzte Stelle eindeutig?		
Streitgegenstand (Einzelfälle oder komplex)		
Umfang d. Antragsunterlagen		

Verfahrensablauf:		
Dauer	Relativ schnell	
Mündliche Anhörung	Teilweise mit Basarqualität	
Teilnehmer		

Zufriedenheit:		
Dauer		
Objektivität der vorgesetzten Stelle		
Besetzung der Kapazität		
Vorgesetzte umfangreich in Thema eingearbeitet?		
Entscheidungsmaßstab (frei/rechtssicher)		
Qualität der Entscheidung		
Sonstiges	Vorteil: zügig Termin für Verhandlung, Nachteil: Staat im Staat In Verhandlungen kann es passieren, dass beide Seiten einen plötzlichen Einigungswillen zeigen und zu einer schnellen Lösung finden Kommunen für Teilweise freiwillige Schlichtungsverfahren vor Schlichtungsausschuss in Düsseldorf durch	Sehr geehrte Frau Endler, anliegend überreiche ich Ihnen die gemeinsame Pressemitteilung von ZIA und HDB zur neu gegründeten Kontaktstelle für Streitlösung. Hier ist auch ein Ansprechpartner benannt, bei dem Sie nach einem Telefontermin anfragen können. mit freundlichen Grüßen RA'in Dr. Lisa Keddo-Kilian, LL.M.

Stellungnahme „Auftragnehmer“ – RA Wiechmann

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	RA Wiechmann	Herr RA Wiechmann – Tel.Nr.: 0221 – 824-3194
Firma		--
Funktion		--
Eigene Erfahrung mit 18.2		Ja und andere Formen der ADR-Verfahren ¹⁵¹
In mehreren Ländern?		--
Auch Kommunen?		--
Vor Gerichts-verfahren immer 18.2?		Ja; Vor Vertragsschließung Verfahren nach 18.3 vereinbaren, jedoch in § 18.3 einen Hinweis aufnehmen, dass erst ein 18.2-Verfahren durchzuführen sei.
Zeitpunkt der Anrufung		Baubegleitend sowie nach Abschluss der Bau- maßnahme
Vorgesetzte Stelle eindeutig?		--
Streitgegenstand (Einzelfälle oder komplex)		Klassiker im Rahmen der Schlussrechnung: 80 % Nachträge sonst gleichgelagerte Sach- verhalte seit 2010, man muss sich über den Grund und die Höhe verständigen
Umfang d. Antragsun- terlagen		--

Verfahrensablauf:		
Dauer		--
Mündliche Anhörung		--
Teilnehmer		--

Zufriedenheit:		
Dauer		--
Objektivität der vorge- setzten Stelle		Sieht in der vorgesetzten Stelle grundsätzlich Seriösität und Stabilität sowie Willen zur Ein- gung, jedoch werden auch komplexe Entschei- dungen auf Richter verlagert, kommt auf Kom- munikation an
Besetzung der Kapazität		
Vorgesetzte um- fangreich in Thema eingearbeitet?		--
Entscheidungsmaßstab (frei/rechtssicher)		Mitunter eingeschränkt, weil großer Respekt vor externer Rechnungsprüfung hindernd einwirkt.
Qualität der Entschei- dung		Grundsätzlich Wille zur Einigung
Sonstiges		Beispielsweise hätte Belgien sogenannte Si- cherheitsregeln, die es sich lohnen genauer zu betrachten, gegen Zwang, vorgesetzte Stelle könnte institutionalisiert nach außen verlagert werden, damit recht zügig eine Entscheidung herbei geführt werden kann, auch bei größeren Streitwertvolumina (> 100-500 T€); Beteiligter an Pilotprojekt Modell BEST ¹⁵² – Kraft ihrer Autori- tät/ kooperativer Gedanke o. Verbind- lichkeit –

¹⁵¹ Vgl. ADR - Alternative Dispute Resolution - englische Abkürzung für Außergerichtliche Streitbeilegung

¹⁵²Vgl. BEST - Baubegleitende Einigungsstelle - Schlichtungsausschuss der Bayrischen Architektenkammer unter Prof. Motzke und Prof. Wirth), „Verfahren nach billigem Ermessen“, vorgestellt im Rahmen des 2. Kongress der DGA-Bau am 22.04.2016 in Berlin, Fallbeispiele, in Schriftenreihe Nr. 2 der DGA-Bau, DGA-Bau-Verlag, Berlin, Prof. Dr. jur. Gerd Motzke

		gute Erfahrungen damit gemacht
--	--	--------------------------------

Stellungnahme „Auftragnehmer“ – Rainer Diekel

	Befragte Person in 2010	Persönliches Interviews in 2016
Name	Rainer Diekel	1. Frau Montag, seit 19 Jahre bei der Fa. J. Bunte, 2. Herr Biermanski, 2 Jahre bei Fa. J. Bunte
Firma	Johann Bunte	Johann Bunte
Funktion	Oberbauleiter	1. Abt.-Leiterin Vertragsmanagement 2. Niederlassungsleiter Schwerin
Eigene Erfahrung mit 18.2	Ca. 20	1. Anfänglich mehr, seit den letzten 4 Jahren insgesamt ein Verfahren 2. nein
In mehreren Ländern?	Niedersachsen	1. Ja 2. nein
Auch Kommunen?	Nein	
Vor Gerichtsverfahren immer 18.2?	Immer, AG gibt häufig den Hinweis	1. Grundsätzliche Befürwortung eines Verfahrens vor Gericht, es muss anders gestaltet sein
Zeitpunkt der Anrufung		1. Baubegleitend
Vorgesetzte Stelle eindeutig?		ja
Streitgegenstand (Einzelfälle oder komplex)	Baubetriebliche Streitpunkte	1. unterschiedlich gelagert, Nachtragbearbeitung
Umfang d. Antragsunterlagen		1. starke Direktiven, hohe Anforderungen an den aufzubereitenden Unterlagen, Auflagen wie bei Gericht, das ist oftmals im Bauablaufgesehen nicht leistbar, bindet Zeit und Ressourcen

Verfahrensablauf:

Dauer		zu lang, bis zur Entscheidung
Mündliche Anhörung		
Teilnehmer		

Zufriedenheit:

Dauer		Firsten zu lang, 18.2-Stellen überlastet, schnelle Entscheidungen bleiben aus
Objektivität der vorgesetzten Stelle		Länderabhängig, eher schlechtere Erfahrungen, sodass die Fa, J.B entschieden hat, keine 18.2-Verfahren mehr einzuleiten, auf Behörden-ebene positive Erfahrungen gemacht bspw. gehen die AG's in den Straßenbau- und Wasserschiffahrtsbehörden offensiver mit Verfahren um. Weisungsbefugte Behörde kann keine neutrale Entscheidung treffen, weil er nicht unabhängig, sondern dem System angehörig ist. Entscheider sollten die Kritik an der untergeordneten Behörde zulassen, um auch eigene Neutralität zu wahren, wenn Unstimmigkeiten offensichtlich sind.. Schleswig-Holstein hat ein eigenes Schlichtungsverfahren mit lösungsorientierten Ansatz, was langfristig gesehen der richtige Ansatz aus Sicht Fa. J.B ist.

		Niedersachsen hat eigene unabhängige Stelle – Schlichtung der Bauindustrie
Besetzung der Kapazität		
Vorgesetzte umfangreich in Thema eingearbeitet?		
Entscheidungsmaßstab (frei/rechtssicher)		Verzögerte Entscheidungen, weil dem Grunde und der Höhe zeitgleich entschieden werden, Entscheidungsmaßstäbe zu starr und zu sehr am Recht orientiert.
Qualität der Entscheidung		Unbefriedigend, zweistufige Entscheidung, getrennt nach, dem Grunde und der Höhe, damit es auf der Baustelle zügig weiter gehen kann
Sonstiges	Verfahren lohnt sich nicht, besser gleich den Gerichtsweg, 18.2-Stellen niemals unbefangen, Mitarbeiter kennen sich gut, Juristen stören grundsätzlich außergerichtlichen Einigungswillen, Techniker einigen sich relativ schnell, Juristen benötigen Gutachten und Gutachter verdienen Geld mit langen Verfahren	<p>Entscheidungsfreiheit – Entscheidungswille stärken, d.h. die Unwilligkeit des AG, die grundsätzlich eine ablehnende Haltung haben aufbrechen, was sich darin zeigt, dass z.B. Fehler im LV weg-diskutiert werden.</p> <p>Vorschläge für Veränderung/Entwicklung:</p> <p>Verkürzte Fristen, unabhängige Schlichtungsstelle schaffen, damit Entscheidungen während des Bauablaufs möglich werden,</p> <p>zweistufiges System – Klassifizierung – zeitnah</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. dem Grunde nach beauftragen um technischer Lösung vor Ort Vorschub zu leisten 2. der Höhe – Entscheidung auf einen späteren Zeitpunkt verlagern, wenn eine kurzfristige Entscheidung nicht getroffen werden kann.

Stellungnahme „Auftragnehmer“ – Bauindustrieverband Thüringen

	Befragte Person in 2010	Telefonnotiz in 2016
Name		Frau Bettina Haase
Firma	Bauindustrieverband Thüringen	--
Funktion	Rechtsbeistand für Mitglieder	--
Eigene Erfahrung mit 18.2		Ja
In mehreren Ländern?		Nein
Auch Kommunen?		Nein
Vor Gerichtsverfahren immer 18.2?	Meistens direkt Gerichtsverfahren	
Zeitpunkt der Anrufung		
Vorgesetzte Stelle eindeutig?		Ja
Streitgegenstand (Einzelfälle oder komplex)		Nachtragbearbeitung
Umfang d. Antragsunterlagen		

Verfahrensablauf:		
Dauer		
Mündliche Anhörung		
Teilnehmer		

Zufriedenheit:		
Dauer		
Objektivität der vorgesetzten Stelle		Nicht gegeben
Besetzung der Kapazität		
Vorgesetzte umfangreich in Thema eingearbeitet?		
Entscheidungsmaßstab (frei/rechtssicher)		
Qualität der Entscheidung		
Sonstiges	Land Thüringen nimmt keiner Verfahren an, gelegentlich werden Schlichtungsverfahren durchgeführt	-- Gesamtes Verfahren müsste umgestellt werden. Wird nicht gebraucht, gibt viele andere Möglichkeiten.

Stellungnahme „Kommunen“ – Clarissa Boeckl

	Befragte Person in 2010	Befragte Person in 2016
Name	Clarissa Boeckl	
Telefonnummer	069 21237 - 827	
Erfahrung		
Funktion	Leiterin „Clearing-Stelle“	
Behörde	Stadt Frankfurt	
Datum	30.09.2016	
18.2-Verfahren Im Jahr (i. M.)	keine	
Sonstiges	<p>18.2-Verfahren finden nicht statt, da vorgesetzte Stelle nicht geregelt ist Problem: DVA beachtet kommunale Probleme nicht</p> <p>Stadt Frankfurt hat deshalb eine sogenannte Clearing-Stelle eingerichtet:</p> <p>Die neue Clearing-Stelle soll offene Forderungen von Handwerksbetrieben gegen die Stadt Frankfurt als Auftraggeber prüfen und klären. Außerdem sollen die Mitarbeiter in der Clearing-Stelle Streitigkeiten beilegen, die mit dem Zahlungsverzug in Zusammenhang stehen. Hauptziel sei eine gütliche und außergerichtliche Schlichtung von Auseinandersetzungen, das berichtet die Handwerkskammer Rhein-Main. Schnell und objektiv soll entschieden werden, so das Ziel, ob tatsächlich ein Zahlungsverzug vorliegt oder es einen berechtigten Grund gibt, warum die Handwerkerrechnung nicht bezahlt wird.</p> <p>Bernd Ethinger, Präsident der Handwerkskammer Rhein-Main, begrüßt die Initiative der Stadt. Immer wieder hätten Handwerker aus Frankfurt und dem Rhein-Main-Gebiet die Einrichtung einer Clearing-Stelle nach Wiesbadener Vorbild gefordert. „Die Einrichtung der Clearing-Stelle ist ein vorbildlicher Schritt. Damit verbessert die Stadt Frankfurt die gut und wertvolle Zusammenarbeit mit der Handwerkskammer und den ihr angehörenden Betrieben“, lobt Ethinger. „Mit der Clearing-Stelle ist außerdem eine Art Frühwarnsystem entstanden, das nicht zuletzt auch eventuelle Schwachstellen im öffentlichen Zahlungsverfahren aufdecken kann. Ich ermuntere alle Betriebe, diese wichtige Einrichtung tatsächlich zu nutzen.“</p>	

Anhang II: Interviewbogen 25.03.2010 – Diplomingenieur Andreas Hänel, OFD Hannover

Anhang III: Interviewbogen 02.02.2015 – Rechtsanwalt Norbert Ley, Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung

Anhang IV: Anlage zum Interview RA'in Dr. Lisa Keddo-Kilian – Pressemitteilung ZIA und HDB gründen „Gemeinsame Kontaktstelle Streitlösung“



**Oberfinanzdirektion
Niedersachsen**

Oberfinanzdirektion Niedersachsen Postfach 2 40, 30002 Hannover

Technische Universität Dortmund
Fakultät Bauwesen
Lehrstuhl Baubetrieb und Bauprozessmanagement
August-Schmidt-Str. 8
44227 Dortmund

Beantwortet von: **Herr Hänel**
E-Mail: andreas.haemel@ofd-bi.niedersachsen.de

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom: **Herr Fröhne, 25.02.2010** Mein Zeichen (bei Antwort bitte angeben): **BL 112** (05 11) 101- **28 49** Hannover **29.03.2010**

**Auftrags- und Streitabwicklung bei öffentlichen Bauprojekten
Ihre Umfrage vom 25.02.2010 zu alternativen Streitbelegungsmodellen**

Sehr geehrter Herr Fröhne,

In Ihrer E-Mail vom 25.02.2010 an Herrn Laukamp von der Oberfinanzdirektion Niedersachsen erläuterten Sie Ihr Projekt „Auftrags- und Streitabwicklung bei öffentlichen Bauprojekten“ und baten um Auskunft zu Erfahrungen mit außergerichtlichen Schlichtungsverfahren nach VOB/B § 18 Nr. 2. Ich habe in Abprache mit Herrn Laukamp die Daten der von der Oberfinanzdirektion Niedersachsen durchgeführten Verfahren zusammengestellt und gebe zu Ihren 13 Fragen folgende Stellungnahme ab.

- Zu 1.) Für die Staatlichen Bauämter in Niedersachsen, den Bundes- und Landesbau betreffend
- Zu 2.) Insgesamt 175 Verfahren in den letzten 7 Jahren, i. M. 25 Verfahren je Jahr
- Zu 3.) Verfahrensdauer von i. M. 4 - 5 Monaten
- Zu 4.) Eingerichtete Stellen mit erfahrene bautechnischen Personal und beratenden Juristen
- Zu 5.) Klage bei 28 von 175, d. h. 149 von 175 = 85% ohne Gerichtsverfahren
- Zu 6.) Anteilige Streitsachen
 - 51% VOB/B § 2 (Vergütung)
 - 9% VOB/B § 8 (Behinderung und Unterbrechung der Ausführung)
 - 7% VOB/B § 8 (Kündigung durch den Auftraggeber)
 - 12% VOB/B § 14 (Abrechnung)
 - 21% Sonstige Streitsachen

Hausanschrift:
Bau und Liegenschaften
Wilhelmstraße 4
30169 Hannover

Telefon:
(0511) 101-43
Telefax:
(0511) 101-24 89

www.ofd.niedersachsen.de
acastalle@ofd-bi.niedersachsen.de


Überweisung an die Oberfinanzdirektion Niedersachsen
Kto.-Nr. 198521274 Nord LB Hannover BLZ 250 900 00
TU Dortmund Umfrage Verfahren VOB 18.2

- Zu 7.) Verfahrensschritte bei Schlichtungsverfahren nach VOB/B § 18 Nr. 2
- Schriftliche Anrufung in fast allen Fällen
 - Versand einer Eingangsbestätigung
 - Anforderung der Vertragsunterlagen und einer Stellungnahme des Bauamts
 - Durchsicht der vorgelegten Unterlagen zur Erkennung der Problemstellung
 - Anhörung im Hause der Schlichtungsstelle, falls vom Auftragnehmer gewünscht oder zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlich (bei 122 von 175 Fällen = 70%)
 - Einigung in der Sache bzw. Festlegung des weiteren Vorgehens in der Anhörung
 - Zusendung des Anhörungsprotokolls an alle Beteiligten
 - Ausarbeiten einer fachlichen Stellungnahme durch die Oberfinanzdirektion Niedersachsen für eine Entscheidung oder einen Vergleich
 - Entscheidung der Schlichtungsstelle bzw. Bestätigung des vereinbarten Vergleichs
 - Nach Einspruch erneutes Befassen mit der Sache
 - Endgültige Entscheidung der Schlichtungsstelle
- Zu 8.) Beteiligung eines Anwalts in 20 von 122 Anhörungen = 16%, insgesamt Beteiligung eines Anwalts in 38 von 175 Fällen = 22%
- Zu 9.) Anrufung in 149 von 175 Fällen = 85% nach Einreichung der Schlussrechnung
- Zu 10.) Schätzungswise 10% der Verfahren erfolgen nach Hinweisen des Auftraggebers.
- Zu 11.) Ein plötzlicher Anstieg der Fälle würde die Verfahrensqualität nicht beeinträchtigen.
- Zu 12.) Schlichtungsverfahren nach VOB/B § 18 Nr. 2 sind für beide Vertragsparteien eine kostengünstige Möglichkeit, festgefahrene Streitigkeiten sachlich zu lösen.
- Zu 13.) Grundsätzlich eignen sich Schlichtungsverfahren nach VOB/B § 18 Nr. 2 für alle Streitigkeiten über Meinungsverschiedenheiten bei Bauverträgen. Sie sind jedoch bei einem emotional belasteten Verhältnis der Vertragspartner und fehlender Einigungsbereitschaft schwierig zu führen, da hier die Einsichtsfähigkeit für sachliche Argumente oft nicht mehr vorhanden ist.

Ich hoffe Ihre Fragen umfassend beantwortet zu haben und wünsche Ihnen viel Erfolg bei der weiteren Projektbearbeitung.

Mit freundliche Grüßen

Im Auftrag


Leising

Sehr geehrte Herren und Damen,
sehr geehrter Herr Leu,

als Studentin an der Professional School der Leuphana Universität Lüneburg des ersten Jahrgangs 2012 unter der Leitung Herrn Professor Dr. R. Schottke, absolviere ich ein berufsbegleitendes Studium mit einem Abschluss Master of Arts in Baurecht und Baumanagement. Neben der Baubetriebslehre haben wir uns mit den Grundsätzen aus dem privaten und öffentlichen Baurecht auseinandergesetzt. Zu meinen Interessen zähle ich neben der Vertragsgestaltung die Entwicklung im Umgang mit Streitigkeiten am Bau. Beruflich nehme ich selbst die Interessen als Bauherrenvertreterin einer öffentlichen Behörde wahr, was mich direkt zu den Inhalten der VOB führt, die als Vertragsbestandteil eines Bauvertrages Anwendung findet. Im Zuge meiner Masterarbeit wende ich mich besonders der Betrachtung des § 18 VOB/B – Streitigkeiten – zu.

Mit den folgenden Interview-Fragen möchte ich unter anderem herausfinden, wie die Anwendung in der Praxis erfolgt, welche Erfahrungen wiederkehrend sind, mit welcher Erfolgsquote bei einem 18.2 Verfahren zu rechnen ist, welche Erfahrungen Sie innerhalb dieses Verfahrens machen konnten bzw. welche Weiterentwicklungsmöglichkeiten Sie persönlich sehen würden, um dieses Verfahren noch mehr in den Fokus der Anwendung treten zu lassen.

Insgesamt ist es mein Ziel, mit dieser Arbeit herauszuarbeiten, ob es ggfs. Erneuerungen für eine erfolgreiche Anwendung des Paragraphens bedarf und wenn ja, an welchen Stellschrauben dazu welche Veränderungen vorgenommen werden könnten.

Ich würde mich sehr freuen, wenn ich ihre Unterstützung hierfür erhalten würde, indem Sie sich Zeit zur Beantwortung meiner Fragen nehmen könnten.

In Voraus bedanke ich mich herzlich für ihre Unterstützung!

Allgemeines:

Im § 18 Abs. 2 VOB/B wird der Umgang mit Meinungsverschiedenheiten zwischen AN und AG geregelt. Dabei findet der Paragraph nur dann Anwendung, wenn sich bei der Auftrag gebenden Stelle um eine öffentliche Behörde handelt.

Im § 18 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 wird dem AN zudem nahegelegt, im Falle einer Meinungsverschiedenheit mit dem AG deren vorgesetzte Stelle anzurufen. Dabei handelt es sich um eine sogenannte Soll-Vorschrift, die im Falle einer Meinungsverschiedenheit vom AN genutzt werden kann, die jedoch bei Unterlassung in bestimmten Fällen keine negativen Rechtsfolgen für den AN nach sich ziehen würden. Vielmehr könnte sich ein AN entweder für den Weg über ein sogenanntes 18.2 Verfahren oder einer direkten Klageeinreichung bei Gericht entscheiden, ohne das ihm daraus ersthafte Konsequenzen erwachsen würden. Positiv betrachtet, gäbe es durch die Einleitung eines 18.2 Verfahrens für einen AN die Möglichkeit einer Stellungnahme durch die übergeordnete Behörde kostenfrei und baubegleitend zu erhalten.

Wie viele Verfahren haben Sie in der Zeit insgesamt ca. begleitet?

3 oder 4

Worin liegen ihrer Auffassung nach die meisten Meinungsverschiedenheiten begründet?

Mangelhafte Leistungen.

Können Sie eine Aussage darüber treffen, zu welchen Themen aus ihrer Sicht überwiegend Meinungsverschiedenheiten ausgetragen werden? Bitte nennen Sie fünf Stichworte und machen Sie eine kurze Inhaltsangabe (z.B. Vergütung – aus § 2 Abs. 3, 4, 5, 6, 7, 8 VOB/B; Leistungsumfang, Leistungsausführung, Behinderung, Verzug o.a.)

Mangelhafte Leistung	Riss in Dachenglatte
n	n
	Verwendung falscher
	Drübel
n	n
	Mangelbereitschaft
	defekte Tür, hohe
	Anfallkosten.

Inhaltlich wird im § 18 VOB/B eine Zeitschiene vorgegeben, dass nach Anrufung möglichst zwei Monate danach ein Bescheid dem AN zugestellt sein soll und dieser dann als anerkannt gilt, wenn der AN nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten widerspricht.

Wie läuft ein 18.2 Verfahren in der Praxis ab? Würden Sie bitte stichpunktartig den Ablauf, sowohl zeitlich wie inhaltlich aufzeigen.

Bei VOB, Bei VOB bemühen sich die Vertragsparteien um einen schnellen

Weiter heißt es im § 18 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2, dass dem AN Gelegenheit zur mündlichen Aussprache gegeben werden soll...

Voraussetzung hierzu wären, dass alle Unterlagen, die zur Aufklärung der Meinungsverschiedenheit benötigt werden vorliegen, und man sich eingehend mit deren Inhalt auseinandergesetzt hat.

Was genau wird von wem zur mündlichen Aussprache begetragen?

Jeder seine Sicht, BM & BeF, BeU & B
gewählten rechtlich. Schörs wie in einem
Widerspruchsausschussverfahren, Finanzieren
sind z. T. mit BeF verbunden.

Wie erfolgt die Beibringung der benötigten Unterlagen aus der Sphäre des AG und wer zeichnet für eine zeitnahe Beibringung verantwortlich?

Projektleitung

Wieviel Zeit wird i.R. hierfür benötigt, bis wirklich alle Unterlagen fallbezogen vorliegen?

Thema ist klar seit der
Anfang des St. Punkte,
bei weniger Schriftverkehr.

Lassen sich Hindernisse aufzeigen, die zu Verzögerungen der Beibringung der Unterlagen führen?

Ja

Nein

Ein paar Fragen die die Aussprache betreffen, würde ich jetzt stellen:

Im Telefonat sprachen Sie davon, dass diese von einem Mitarbeiter einer anderen Behörde durchgeführt werden. *Habe ich das so richtig verstanden?* Ja Nein

Wenn, ja, sehen Sie diesen Umstand als hilfreich an? Warum?

Unabhängige Prüferin durch
versetzte Behörde, ähnlich als
Mediatorin im Verhalten.
Ähnlich wie ein Gerichtsverfahren,
für uns kein Anreizsetzung.

Würden Sie mir bitte an dieser Stelle die Kontaktdaten des zuständigen Mitarbeiters nennen?

RD Janssen, B I 7, Bell u B

Wenn die Aussprache außerhalb ihres Tätigkeitsfeld liegt, wie darf ich mir den weiteren Verlauf vorstellen, wenn ich davon ausgehen würde, dass ihre Behörde den Bescheid verfasst? Wie wird die Zusammenarbeit bzw. die Informationsübermittlung über die Behörden gesichert?

Bescheid kommt von Bell u B;

Wenn die Aussprache zu einem Ergebnis führt, erhalten Sie davon Kenntnis, wie die Verfahren entschieden werden?

Ja, jede Partei bekommt die Entscheidung
Entscheidung für den AN zugestellt

Entscheidung für den AG _____

Entscheidung durch Vermittlung zwischen den Parteien _____

Können Sie einschätzen, wie viele erfolgreiche Beilegungen von Meinungsverschiedenheiten durch die Aussprache erreicht werden?

Bisher keine nachfolgende Klage, es sei denn die Firma hat nicht Recht bekommen hat.

Wie viele Verfahren konnten nicht erfolgreich aufgelöst werden? (Bitte in Prozentangabe)

Was ist erfolgreich im Sinne der Frage?

Beschreiben Sie hierfür die Gründe?

Wie ist der weitere Verlauf zu beschreiben, nachdem eine Einigung innerhalb der Aussprache nicht erfolgreich war?

Erhalten Sie Kenntnis darüber, ob eine Klageeinreichung nach Einspruch eines Bescheides durch den AN erfolgt? Wenn ja, wie?

Ja, durch Einspruch der Klage.

Aus den verschiedensten Kommentaren zum § 18 VOB/B habe ich noch folgende Fragen:

Nimmt der § 15a EUZPO bezüglich Bundesbauten Einfluss, in dem es heißt, dass ein Verfahren erst dann in eine Klage münden darf, wenn zwingend ein Verfahren nach § 18.2 VOB/B versucht wurde und dieses scheiterte? Dazu wurden auf Landesebene unabhängige Gütestellen geschaffen, die diesbezüglich tätig werden und eine s.g. Bescheinigung über das Scheitern im Schlichtungsverfahren ausstellen, das wiederum Voraussetzung zur Klageeinreichung ist. Aktuell heißt es jedoch, dass nur noch in Bayern und Baden-Württemberg diese Gütestellen aktiv seien.

Haben Sie davon Kenntnis? Wirkt sich dies in ihren Verfahren aus?

Vorschrift nicht bekannt.

Bei Bundesbauten ist kein zwingendes Schlichtungsverfahren vorgesehen.

Wie wird aus ihrer Sicht die Tatsache aufgenommen, dass es sich bei der vorgesetzten Stellen, um jene Stelle handelt, die aus der Sphäre des AG's stammt? Stichwort hierfür der § 317 BGB – kein unbeteiligter Dritter?

Wenn Mitarbeiter der AG bekannt geworden.

Es wird auf Vertrauen in die Neutralität der Prüfung, da sie nicht zwingend erfolgt, kann man das auch erwarten.

Würden Sie es als hilfreich ansehen, gäbe es eine Stelle, die neutral angesiedelt sein würde? Z.B. eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die an einer Universität angegliedert sein könnte?

JA

Nein

Wenn ja, welche Vorteile sehen Sie darin?

Keine.

Gibt es aus ihrer Sicht hierfür Voraussetzungen, die geschaffen werden müssten? Welche?

Nein.

Auch sollte es Vorteile geben, sehen Sie ggfs. auch Nachteile darin, wenn das Verfahren nach § 18.2 VOB/B aus der Behörde „ausgliedert“ werden würde? Beschreiben Sie bitte, welche diese sein könnten?

Nein.

Würden Sie dennoch davon sprechen, dass ein 18.2 Verfahren aus ihrer Sicht die Vertragsparteien gleichberechtigt behandelt werden, obwohl das Verfahren objektiv durch keinen unabhängigen Dritten erfolgt?

Ja.

Wie und wodurch erhalten Sie ihre objektive Betrachtungsweise und Unvoreingenommenheit, z.B. bei wiederkehrenden Problemen mit einem AN oder wenn sich herausstellt, dass tatsächlich die Unstimmigkeiten aus der Sphäre des AG's stammt?

And. Behörde räumt die Dinge meist ein und daher auch im öffentlichen Bereich als Schlichter Teilhabe.

Bei wiederholten Streitigkeiten können Weisungen der vorgesetzten Behörde möglich bis hin zu personellen Konsequenzen, z.B. Umsetzung eines Behördensmitarbeiters, Kündigung des Vertrags mit dem Architekten etc.

Würden es aus ihrer Sicht hilfreich sein, wenn innerhalb des § 18 VOB/B eine Bemerkung hinsichtlich des Ziels – eine gütliche Beilegung einer Meinungsverschiedenheit zwischen zwei GLEICHBERECHTIGTEN Parteien erreicht werden soll? Ja Nein

Wenn ja, wie könnte diese formuliert sein?

Die Parteien treten bereits gleichberechtigt auf.

Gibt es monetär bedingte Grenzen eines § 18.2 Verfahrens? D.h. je höher der Streitwert, desto schneller wird eine Klage ohne vorheriges Verfahren nach § 18.2 VOB/B eingeleitet? Haben Sie diesbezüglich Erfahrungen machen können?

Nein. Da keine Prozesskosten entstehen, ist es gut, ein gewisses Wertes Verfahren, solange keine Rufe eingeschaltet werden.

In welchen Situationen treffen Sie auf einen AN? Z.B. Verfahrensbereit? Konfliktgeladen? Verhandlungsbereit? Unter Zeitdruck stehend? Entscheidungswillig?

Nimmt daran teil.

Wie wurde die Kontaktaufnahme gestaltet? Telefonat, e-mail, Briefform? Welche Medien werden zunehmender genutzt?

Antrop i. d. R. noch schul. an das Ministerium.

Werden die AN während der Vertragsverhandlungen, d.h. vor der Vertragsunterzeichnung eingehend über die Möglichkeit eines 18.2 Verfahrens aufgeklärt? Wie erfolgt die Informationsweitergabe und wird dies verschriftlicht?

Wird in der VOB, VOB muß
beachtet sein, da Vertragsgegenstand
lage.

Das 18.2 Verfahren darf nach Vertragsabschluss bis zum Ende der Gewährleistung durch den AN in Anspruch genommen werden? Welche Erfahrungen habe Sie damit, zu welchem Zeitpunkt ein Verfahren durch den AN begonnen wurde? Gibt es einen bestimmten Zeitpunkt, der häufiger als andere den Einstieg in ein Verfahren bietet?

Bei Streit um Beschleunigung, Abgabe
von der Schlussrechnung evtl. ?

Haben Sie dafür eine Erklärung, wenn dem so ist? Und wenn ja, welche?

Der schriftliche Bescheid soll möglichst nach § 18.2 VOB/B innerhalb von zwei Monaten dem AN zugestellt werden. Kommt es vor, dass diese Frist durch den AB nicht eingehalten werden kann? Wenn ja, aus welchen ihnen bekannten Gründen könnte dies passieren?

Ja, z.B. Ermittlung des Sachverhalts
ist aufwendig.

Bzw. Was unternimmt der AG, wenn abzusehen ist, dass er diese Frist nicht einhalten kann?

Beauftragt Friedbaukündigung.

Man könnte davon ausgehen, dass es sich bei dieser Frist nicht um eine wirkliche Frist handelt. Dennoch gibt es ein Urteil, aus dem hervor geht, dass der AG verpflichtet ist, nicht Übergebüh die Zeitspanne ohne Information an den AN vergehen zu lassen. Zudem stammt die VOB als Vertragsvereinbarung aus der Sphäre des AG's.

Weshalb kann es diesen Raum geben, dass sich ausgerechnet der AG des öffentlichen Dienst seinen Pflichten „entzieht“?

AG entzieht sich nicht, Will sich doch nicht vor dem Ministerium keine Blöße geben.

Könnte ggf. per Weisung geordnet werden.

Welche Gedanken haben Sie dazu? Nehmen Sie sich dafür bitte ein wenig mehr Zeit.

Dürfen Sie darüber Auskunft geben, wie ein Bescheid aufgestellt wird? Welche genauen Aspekte sind seitens des AG's zu berücksichtigen? Gibt es dazu innerhalb der Behörde Vorschriften? Dürfte ich diese ggfs. einsehen?

Wie ein normales öff. rechtl.
Bescheid,
Entscheidungs
Fachverhalt
Begründung

Haben Sie Kenntnis darüber, wie oft ein AN gegen den Bescheid Einspruch einlegt?

Ja

Nein

Wie wird im Weiteren damit umgegangen, wird z. B. der Fall erneut aufgerollt? Wie kann man sich dies vorstellen?

In meinem Verfahren bisher
nicht.

Erfolgen auch Teileinsprüche gegen einen Bescheid?

Ja

Nein

Wenn ja, welche Schritte werden dann vollzogen?

Gilt ein durch einen Bescheid beschlossenes Verfahren als endgültig abgeschlossen? Oder kommt es z.B. dass ein Aspekt einer Meinungsverschiedenheit durch mehrere Verfahrensschritte entschieden wird?

J. d. R. ja, einmal nachfolgender
Schrittwechsel über die Höhe der
Rd - Gebühren bei Teilweiser
Absiegen.

Wenn ja, welche Voraussetzungen wären dann zu erfüllen, damit ein Prozess der Vermittlung oder der Einigung entstehen könnte? Welche „Werkzeuge“ stehen Ihnen diesbezüglich zur Verfügung?

Welchen Mitteln bedient sich die Behörd, wenn sich im Verlauf des 18.2 Verfahrens herausstellt, dass unterschiedlich entschieden werden könnte, sprich die Sichtweisen über den endgültigen Bescheid auseinanderdriften?

Frage an das BU U B, i. d. R. wird wohl der Vors. entz. scheiden, ggf. nur mit dem Sachbearbeiter.

Legt ein AN keinen Einspruch gegen den Bescheid ein, ist aber dennoch nicht mit der Entscheidung einverstanden, könnte er nach meinem Verständnis in der Folge den Klageweg beschreiten? Ist das so? Und wenn ja, haben sie mit solchen Fällen Erfahrungen gemacht?

Ja.
Bisher keine Erfahrungen, es hat immer den Klageweg beschritten.

Der § 18 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B – Hemmung der Verjährung- ist mit der Novelle 2006 eingeführt worden. In Anlehnung des § 203 BGB formuliert, enthält er jedoch aus meiner Sicht ein sehr wesentliches Detail, dass die Vertragsparteien bei Nichtweiterbetreiben des Verfahrens, die jeweils andere Partei schriftlich darüber in Kenntnis zu setzen hat. In § 203 BGB steht dazu m.E. eine sehr offene Beschreibung, dass die Hemmung einsetzt, „bis der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlung verweigert.“

Wie werten Sie diese Formulierung?

Nicht relevant.

Beide Parteien streben eine schnelle Entscheidung an.

Sehen Sie an dieser Stelle einen Einstieg zu einer partnerschaftlicheren Vertragsbeziehung, dadurch gegeben, dass die Parteien eine Form einhalten sollen, denn jeweils anderen Teil zu informieren?

?

Zum Abschluss hätte ich gern noch eine Äußerung darüber, worin Sie Veränderungsbedarf in der Anwendung des 18.2 Verfahrens sehen, bzw. wie Sie diese gestalten würden, wenn Sie davon ausgehen dürften, keinerlei Beschränkungen berücksichtigen zu müssen? Bitte nehmen Sie sich auch dafür ausreichend Zeit, um den größtmöglichen Spielraum für ihre Gedanken und Ideen zu erreichen.

Sie können dazu auch gern andere Mittel (z. B. Mindmap) nutzen.

Nein. Verfahren funktioniert.

Pressemitteilung

ZIA und HDB gründen „Gemeinsame Kontaktstelle Streitlösung“

Berlin, 25.01.2016 – Um die partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern in der Bau- und Immobilienbranche zu stärken, haben der Zentrale Immobilien Ausschuss (ZIA) und der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie (HDB) zum 1. Januar 2016 eine „Gemeinsame Kontaktstelle Streitlösung“ beim Deutschen Beton- und Bautechnik-Verein (DBV) in Berlin eingerichtet. Die Gemeinsame Kontaktstelle ist ein wichtiges Ergebnis der Leitlinien „Fair Business“, die die Präsidenten der beiden Verbände, Dr. Andreas Mattner (ZIA) und Prof. Thomas Bauer (HDB), im Juni 2015 in Berlin unterzeichnet hatten. Das Ziel der Gemeinsamen Kontaktstelle ist es, Meinungsverschiedenheiten bei der Ausführung von Bauvorhaben zu vermeiden beziehungsweise Streitpunkte möglichst schnell, kostengünstig und baubegleitend beizulegen.

Dr. Andreas Mattner, Präsident des ZIA, erklärt: „Mit der Gemeinsamen Kontaktstelle gibt es erstmals in Deutschland eine außergerichtliche Institution zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern im Bau- und Immobiliengewerbe. Ich bin davon überzeugt, dass die neuen Mechanismen dabei helfen werden, die Zusammenarbeit weiter zu verbessern. Eine optimierte Kooperation der beiden Industriezweige ist insbesondere in der aktuellen durch einen enormen Baubedarf in ganz Deutschland geprägten Zeit zwingend notwendig. Mit dem neuen Streitschlichtungsinstrument werden wir die Herausforderungen der nächsten Monate und Jahre noch besser stemmen können.“

Prof. Thomas Bauer, Präsident des HDB, ergänzt: „Auch bei bester Projektvorbereitung, Einbindung der bauausführenden Wirtschaft in die Planung und partnerschaftlicher Zusammenarbeit in der Bauphase lassen sich Konflikte nicht vollständig verhindern. Oft werden Gerichte zur Klärung angerufen, was dann häufig Verzögerungen zur Folge hat. Umso wichtiger ist es, dass Auftraggeber und Auftragnehmer sich schon im Vorfeld auf interne und externe Konfliktlösungsmechanismen verständigen. Mit Gründung der ‚Gemeinsame Kontaktstelle

Streitlösung' wollen HDB und ZIA ihren Mitgliedsunternehmen – im Interesse einer vertieften partnerschaftlichen Zusammenarbeit – einen neuen effizienteren Weg der Streitbeilegung anbieten. Die deutsche Bauindustrie verbindet damit die Hoffnung, dass solche Verfahren künftig nicht nur im privatwirtschaftlichen Bereich, sondern auch zwischen Bauwirtschaft und öffentlichen Auftraggebern Anwendung finden werden.“

Der neue Konfliktlösungsmechanismus für Meinungsverschiedenheiten zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern funktioniert wie folgt: Auf der ersten Stufe wird ein Frühwarnsystem angeboten, das eine qualifizierte Bauberatung vorsieht, die von Auftraggeber und Auftragnehmer gemeinsam beauftragt wird. Hierdurch lassen sich in einer Frühphase der Zusammenarbeit viele Probleme, die später zu Konflikten führen könnten, erkennen und ggf. ausräumen. Auf der zweiten Stufe geht es um die Streitlösung nach entstandenem Konflikt zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Hier sieht die Streitlösungsordnung für das Bauwesen die Verfahren der Mediation, der Schlichtung und der Adjudikation vor. Die Parteien können dabei das für ihr Anliegen geeignete Verfahren wählen. Die Kosten der Streitlösung in Form von Stunden- bzw. Tagessätzen tragen die Konfliktparteien. Bei der Auswahl des Mediators/Schlichters/Adjudikators sind die Parteien vollkommen frei. Sie müssen sich nur untereinander einig sein. Die ebenfalls vorgesehene Schiedsgerichtsbarkeit, bei der ein Schiedsrichter mit Befähigung zum Richteramt tätig wird, steht den Parteien zur Konfliktlösung ebenfalls zur Verfügung. Für alle Verfahren gibt es entsprechende Musterverträge.

Die „Gemeinsame Kontaktstelle Streitlösung“ ist wie folgt erreichbar:

Gemeinsame Kontaktstelle Streitlösung von HDB, ZIA und DBV

Deutscher Beton- und Bautechnik-Verein E.V.

Kurfürstenstraße 129

10785 Berlin

Ansprechpartnerin:

Petra Rohde

Telefon: 030 236 096 - 44

Telefax: 030 236 096 - 43

E-Mail: rohde@betonverein.de

Der ZIA

Der Zentrale Immobilien Ausschuss e.V. (ZIA) gehört zu den bedeutendsten Interessenverbänden der Branche. Er versteht sich als Stimme der Immobilienwirtschaft und spricht mit seinen Mitgliedern, unter diesen mehr als 20 Verbände, für 37.000 Unternehmen der Branche. Der ZIA will der Immobilienwirtschaft in ihrer ganzen Vielfalt eine umfassende und einheitliche Interessenvertretung geben, die ihrer Bedeutung für die Volkswirtschaft entspricht. Als Unternehmer- und Verbändeverband verleiht er der gesamten Immobilienwirtschaft eine Stimme auf nationaler und europäischer Ebene – und im Bundesverband der deutschen Industrie (BDI). Präsident des Verbandes ist Dr. Andreas Mattner.

Kontakt

Andy Dietrich
ZIA Zentraler Immobilien Ausschuss e.V.
Unter den Linden 42
10117 Berlin
Tel.: 030/20 21 585 17
E-Mail: andy.dietrich@zia-deutschland.de
Internet: www.zia-deutschland.de

Der HDB

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie vertritt zusammen mit seinen 18 ordentlichen und außerordentlichen Mitgliedsverbänden die Interessen von 2.000 mittelständischen und großen Bauunternehmen, die rund 250.000 Arbeitsplätze am Wirtschaftsstandort Deutschland schaffen. Als Wirtschaftsverband setzt er sich für die Interessen der deutschen Bauindustrie gegenüber Gesetzgeber, Regierung und Verwaltung ein, mit dem Ziel einer bedarfsgerechten Investitionspolitik, einer sachgerechten Vergabe öffentlicher Bauaufträge und investitionsfreundlicher Rahmenbedingungen. Als Arbeitgeberverband ist er Partner bei Tarifverhandlungen, engagiert sich im Bereich der betrieblichen und überbetrieblichen Ausbildung und setzt sich gegen illegale Praktiken ein.

Kontakt

Dr. Heiko Stiepelmann
Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V.
Kurfürstenstraße 129
10785 Berlin
Tel.: 030/21286 140
E-Mail: heiko.stiepelmann@bauindustrie.de
Internet: www.bauindustrie.de

Eidesstattliche Erklärung

Hiermit erkläre ich an Eides Statt, dass ich die vorliegende Masterarbeit selbstständig und nur unter Zuhilfenahme der ausgewiesenen Hilfsmittel angefertigt habe. Sämtliche Stellen der Masterarbeit, die im Wortlaut oder dem Sinn nach anderen gedruckten oder im Internet verfügbaren Werken entnommen sind, habe ich durch genaue Quellenangaben kenntlich gemacht. Des Weiteren wurde die vorliegende Arbeit und ebenfalls einzelne Kapitel oder Auszüge weder an dieser, noch an einer anderen universitären Einrichtungen und auch sonst nicht veröffentlicht.

Lüneburg, den 23.November 2016

(Unterschrift: Simone Endler)