

Da diese Differenzierung nach der Person des Zahlungsschuldners das Vertragswerk keinesfalls vereinfachen, könnten die Vorschriften der VOB/B zum anderen auch personenunabhängig angepasst werden. Dies würde freilich um den Preis geschehen, dass die Änderungen über die Erfordernisse der Richtlinie 2011/7/EU und damit auch des vorliegenden Regierungsentwurfs hinausgehen. So könnte die Schlussrechnung, auf deren Prüffähigkeit es nicht mehr ankommen darf, etwa nach § 16 III Nr. 1 VOB/B stets und unabhängig von der Person des Schuldners spätestens 30 Tage nach Rechnungszugang fällig werden. Eine Verlängerung auf maximal 60 Tage wäre dann für die Fälligkeitshöchstgrenze nur wirksam, wenn sie ausdrücklich vereinbart wird und im Einzelfall besonders gerechtfertigt ist. Die gleichen Grenzen müssten für die Nachfrist gem. § 16 V Nr. 3 VOB/B gelten.

VII. Fazit

Mit dem Regierungsentwurf steht die Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU in deutsches Recht erst am Anfang des Gesetzgebungsverfahrens. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit, wie sie die Richtlinie vorgibt, lässt jedoch kaum verhindern, dass auch die VOB/B richtlinienkonform geändert werden muss. Denn die Richtlinie zielt gerade auf solche Fäl-

ligkeits- und Verzugsregelungen ab, wie sie etwa in § 16 III und V VOB/B enthalten sind. Es wird sich zeigen, ob der DVA bei einer solchen Anpassung zwischen öffentlichen und unternehmerischen Auftraggebern unterscheidet oder ob die Umsetzung zum Anlass genommen wird, einheitliche Vertragsbedingungen für die Fälligkeit und den Verzugsbeginn zu schaffen, die die strengen Richtlinienvorgaben für öffentliche Auftraggeber als Maßstab nehmen. Letzteres würde bedeuten, dass die VOB/B wieder etwas mehr zu ihrem ursprünglichen Selbstverständnis als besondere Vertragsbedingungen für die Aufträge von öffentlichen Stellen⁵⁰ zurückkehren würde. Unternehmer als Auftraggeber müssten dann mehr als bislang abwägen, ob sie sich mit der VOB/B auf die strengeren Regelungen der Richtlinienvorgaben für öffentliche Auftraggeber einlassen wollen. In der Sache wäre dieser strengere Maßstab jedenfalls für alle Zahlungsschuldner gerechtfertigt, da nicht einzusehen ist, warum der Auftragnehmer, der im Bauvertragsrecht ohnehin schon vorleistungspflichtig ist, gegenüber den Regelungen des BGB-Werkvertragsrechts schlechter gestellt werden sollte. ■

50 Vgl. hierzu *Lampe-Helbig*, in: Festschr. f. Korbion, 1986, S. 249 (249 f.).

Rechtsanwalt Dr. Peter Hammacher*

Die Konfliktlösung durch die VOB/B-Stelle nach § 18 II VOB/B – Praxis und Verbesserungspotenziale

Im öffentlichen wie im privaten Baurecht findet derzeit eine Öffnung statt, hin zu mehr Dialog zwischen den Beteiligten und zu außergerichtlicher Streitbeilegung. Neue Verfahren werden angeboten und ausprobiert, im privaten Baurecht die Mediation, Adjudikation und die Experten-Schlichtung, in öffentlichen Planverfahren die frühzeitige Bürgerbeteiligung, Dialogverfahren und Mediation. Das ADR-Verfahren nach § 18 II VOB/B gibt es schon seit Jahrzehnten – genutzt wird es aber kaum. Warum nicht? Was müsste geschehen, damit die „VOB/B-Stelle“ die Baubeteiligten bei der Konfliktlösung unterstützen und die Gerichte nachhaltig entlasten kann?

I. Wahlmöglichkeit des Auftragnehmers

Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, ihren Bauverträgen die VOB/B zu Grunde zu legen. § 18 II, III VOB/B enthält für den Fall von Streitigkeiten folgendes Konfliktlösungsmodell:

§ 18. (2) 1. Entstehen bei Verträgen mit Behörden Meinungsverschiedenheiten, so soll der Auftragnehmer zunächst die der auftraggebenden Stelle unmittelbar vorgesetzte Stelle anrufen. Diese soll dem Auftragnehmer Gelegenheit zur mündlichen Aussprache geben und ihn möglichst innerhalb von 2 Monaten nach der Anrufung schriftlich bescheiden und dabei auf die Rechtsfolgen des Satzes 3 hinweisen. Die Entscheidung gilt als anerkannt, wenn der Auftragnehmer nicht innerhalb von 3 Monaten nach Eingang des Bescheides schriftlich Einspruch beim Auftraggeber erhebt und dieser ihn auf die Ausschlussfrist hingewiesen hat.

2. Mit dem Eingang des schriftlichen Antrags auf Durchführung eines Verfahrens nach Nr. 1 wird die Verjährung des in diesem Antrag geltend gemachten Anspruchs gehemmt. Wollen Auftraggeber oder Auftragneh-

mer das Verfahren nicht weiter betreiben, teilen sie dies dem jeweils anderen Teil schriftlich mit. Die Hemmung endet 3 Monate nach Zugang des schriftlichen Bescheides oder der Mitteilung nach Satz 2.

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

Der Auftragnehmer ist nach § 18 VOB/B nicht gezwungen, zunächst den Weg über die VOB/B-Stelle zu gehen, bevor er gerichtlichen Schutz sucht. Das Verfahren nach § 18 II VOB/B hat nur eine geringe praktische Bedeutung erlangt¹. Das ist aus den gleich noch zu besprechenden Gründen derzeit auch richtig, denn es wäre Kosten- und Zeitverschwendung, wenn der Auftragnehmer zunächst einen aussichtslosen Versuch starten müsste, bevor er zu seinem Recht kommt. Nimmt man aber das Ziel, die Gerichte durch außergerichtliche Streitschlichtung zu entlasten, ernst, kommt man nicht darum herum, den Parteien vorzuschreiben, zunächst einen ernsthaften Versuch zu unternehmen, bevor sie die Gerichte einschalten. Die Schlichtungsgesetze der Länder sehen dies für ihre Fälle zwingend vor, die Bestrebungen zur Einführung der Adjudikation gehen in die gleiche Richtung², viele Verträge im Anlagenbau enthalten Klauseln zur abgestuften Konfliktbearbeitung³. Der in Deutschland am meisten verbreitete

* Der Autor war 20 Jahre lang Leiter von Rechtsabteilungen national und international tätiger Unternehmensgruppen der Bau- und Investitionsgüterindustrie (Stahlbau, Anlagenbau, Kraftwerksbau, Brückenbau, Gebäudetechnik). Er ist jetzt vor allem als Rechtsanwalt, Wirtschaftsmediator und Schiedsrichter in Heidelberg tätig.

1 Vgl. *Merkens*, NZBau 2008, 150.

2 Vgl. Empfehlungen des 3. Baugerichtstages 2010, Arbeitskreis VII, www.baugerichtstag.de.

3 *Güntzer/Hammacher*, Hdb. d. Auftragsabwicklung, 4. Aufl. (2011), S. 345 zu FIDIC Silver Book, Nr. 20.

Vertragsstandard im Bauwesen sollte hier nicht zurückstehen.

Derzeit liegt die Wahl, ob das ADR-Verfahren beschritten soll, nur beim Auftragnehmer. Geht der Auftragnehmer diesen Weg, muss sich der Auftragnehmer darauf einlassen. Damit wird ein gewisser, in der Praxis aber als harmlos verspürter Druck auf die Behörde ausgeübt, die möglicherweise kein Interesse hat, ihre Probleme der vorgesetzten Dienststelle zu offenbaren. Die VOB/B wird von gleichberechtigten Vertragspartnern vereinbart. In einer Regelung auf Augenhöhe sollte deshalb beiden Parteien die Möglichkeit zustehen, das ADR-Verfahren zu beschreiten oder abzulehnen.

II. Keine Verpflichtung der vorgesetzten Stelle zur Durchführung des Verfahrens

Das Ärgerliche an der derzeitigen Soll-Vorschrift liegt jedoch darin, dass auch die vorgesetzte Stelle nicht verpflichtet ist, sich mit der Sache zu beschäftigen. Sie soll lediglich dem Auftragnehmer Gelegenheit zur mündlichen Aussprache geben. Hat sie keine Zeit dazu oder fühlt sie sich personell nicht in der Lage, muss sie das Verfahren nicht durchführen. Man darf nicht vergessen, dass diese Streitigkeiten häufig im Zusammenhang mit gekürzten Schlussrechnungen stehen, das heißt es geht um Vergütungsansprüche aus geänderten oder zusätzlichen Leistungen, Behinderungen etc. Das sind komplexe technische und vertragliche Fragestellungen, die eine nicht unerhebliche Vorbereitungszeit benötigen. Auch der Termin zur mündlichen Aussprache wird einige Stunden in Anspruch nehmen. Am Ende wird, wenn sich die Baubeteiligten nicht einigen können, ein Bescheid erwartet. Auch dieser muss sorgfältig, sprich zeitintensiv erarbeitet werden, da er in aller Regel in ein gegebenenfalls nachfolgendes Gerichtsverfahren eingebracht werden wird. Es bedarf also einer vollständigen Durchdringung des Streitstoffs durch geschulte und erfahrene Mitarbeiter. Soll der Termin ernstlich mit dem Ziel einer Klärung und Einigung geführt werden, müssen die offenen Fragen sachlich geklärt und eine Einigung vorbereitet werden was auch der Kompetenz in der Verhandlungsführung, idealerweise der eines ausgebildeten Mediators bedarf. Auch hier wird es bei vielen vorgesetzten Dienststellen an geeigneten Persönlichkeiten fehlen, die beides zusammenbringen können.

Dies dürfte auch der eigentliche Grund sein, warum es mitunter schwierig ist, eine vorgesetzte Dienststelle für kommunale Auftraggeber zu finden⁴. Mit der Begründung, man sei lediglich fach-, nicht aber dienstvorgesetzt, erklären sich manche Landkreise oder Regierungspräsidien für nicht zuständig⁵. Das vertraglich auf Grund zwingender Vereinbarung der VOB/B vorgesehene ADR-Verfahren wird damit de facto ausgehebelt.

III. Übertragung auf einen neutralen Dritten

Wenn sich die vorgesetzte Dienststelle aus den genannten Gründen personell oder fachlich nicht dazu in der Lage sieht, aus eigenen Reihen jemanden mit dem Verfahren zu betrauen, bleibt es ihr schon heute unbenommen, diese Aufgabe einem Dritten zu übertragen. Das hätte den Vorteil, dass der Dritte wirklich mit neuen Augen und unvoreingenommen mit dem Thema beschäftigt. Wurde eine geeignete Persönlichkeit ausgewählt besteht eine gute Chance, den Streit zu befrieden. § 18 III VOB/B sieht die Möglichkeit eines ADR-Verfahrens ausdrücklich vor – genutzt wird sie nicht.

IV. Informationspflicht bezüglich vorgesetzter Stelle

In einer hierarchisch gegliederten Verwaltung muss es immer eine vorgesetzte Dienststelle geben. Welche das ist, ist allerdings für den Auftragnehmer oft nicht leicht zu erkennen. Die Literatur sieht deshalb den Auftraggeber in der Pflicht, eine entsprechende Auskunft zu erteilen⁶. Der Auftragnehmer kann deshalb seinen Antrag auf Durchführung des Verfahrens auch bei seinem Auftraggeber einreichen, mit der Bitte, diesen der zuständigen Stelle vorzulegen. Was aber, wenn der Auftraggeber dem nicht nachkommt? Wenn der Auftragnehmer auf das Verfahren setzt, wird er sich selbst bemühen, die richtige Stelle ausfindig zu machen. Das allerdings bedeutet einen erheblichen Aufwand.

Wer einmal den Versuch unternommen hat, telefonisch die verbindliche Auskunft einer Behörde zu erhalten, wird dies bestätigen. Die VOB/B-Stelle ist verwaltungsintern zu unbekannt und wird zu selten genutzt, so dass innerhalb der vorgesetzten Dienststelle erst einmal das große Suchen beginnt. In den Organigrammen der Behörden, soweit sie überhaupt aussagefähig und im Internet veröffentlicht sind, fehlt sie. Der Auftragnehmer müsste den Auftraggeber schon klageweise verpflichten, ihm die zuständige Stelle zu nennen. Diesen Umweg wird wohl niemand machen, sondern stattdessen gleich die Zahlungsklage einreichen, was durch § 18 VOB/B gerade vermieden werden sollte.

Es wäre sicherlich nicht zuviel verlangt, wenn künftig in allen öffentlichen Aufträgen, denen die VOB/B zu Grunde gelegt wird, automatisch die Stelle mit Adresse der zuständigen VOB/B-Stelle mitgeteilt wird. Soviel Transparenz muss sein.

V. Pflicht zur Antragsweiterleitung

Wenn, wie die Literatur annimmt, ein Recht des Auftragnehmers besteht, seinen Antrag direkt bei dem Auftraggeber einzureichen⁷, ergibt sich hieraus automatisch auch die Pflicht des Auftraggebers, den eingereichten Antrag an die zuständige Stelle weiterzuleiten. Auch hier erlebt man Überraschungen, wenn etwa der öffentliche Auftraggeber mitteilen lässt, dass nach seiner Kenntnis die vorgesetzte Dienststelle solche Verfahren nicht durchführen wolle und sie deshalb den Antrag nicht weiterleiten werde⁸.

VI. Neutralität als Voraussetzung für erfolgreiche Konfliktlösungsverfahren

Bei der „unmittelbar vorgesetzten Stelle“ sollte es sich aber auch um eine solche handeln. Tatsächlich wird es in der Literatur für zulässig gehalten, dass bei Streitigkeiten mit einer Behörde der Leiter der Behörde das Verfahren durchführt⁹. Die vorgesetzte Dienststelle der obersten Straßenbau-

4 Aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 GG wird geschlossen, dass eine Gemeinde nicht verpflichtet sei, sich einem Verfahren vor der kommunalen Fachaufsicht zu unterwerfen, *Preussner/Kandel*, in: BeckOK-VOB/B, Stand: 1.12.2011, § 18 Nr. 2 Nr. 5; *Bewersdorf*, VOB/B-Komm., 2. Aufl. (2008), § 18 Nr. 2 Rdnr. 5.; a. A. *Joussen*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB/B, 17. Aufl. (2011), § 18 II Rdnr. 12 hält § 18 II VOB/B für anwendbar.

5 Z. B. Regierungspräsidium Tübingen, 2003, Regierungspräsidium Stuttgart, 2012.

6 *Nicklisch/Weick*, VOB, 3. Aufl. (2001), § 18 VOB/B Rdnr. 15, *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB/B, 3. Aufl. (2010), § 18 Rdnr. 18, *Merkens*, NZBau 2008, 151; *Preussner/Kandel*, in: BeckOK-VOB/B (o. Fußn. 7), § 18 Nr. 2 Nr. 3; *Bewersdorf* (o. Fußn. 7), § 18 Nr. 2 Rdnr. 12.

7 *Preussner/Kandel*, in: BeckOK-VOB/B (o. Fußn. 7), § 18 Nr. 2 Nr. 4, *Bewersdorf* (o. Fußn. 7), § 18 Nr. 2 Rdnr. 13.

8 Zollernalbkreis, Baden-Württemberg, 2012.

9 *Lembcke*, IBR 2010, 1425 (online-Kurzaufsatz).

behörde in Nordrhein-Westfalen wäre beispielsweise das Bauministerium; stattdessen führt der „Dienststzitz“ das Verfahren durch, wenn der Streitbefangene Auftrag von einer „Niederlassung“ erteilt wurde.

Dies läuft dem Sinn eines ADR-Verfahrens zuwider. Es ist für alle Beteiligten ein Gewinn, wenn sie sich in einer mündlichen Verhandlung auf ihre Interessen konzentrieren und die jeweiligen Standpunkte vertreten können. Der neutrale Dritte wird für eine ausgewogene Verhandlung und dafür sorgen, dass alle Parteien ausreichend Raum und Zeit bekommen, um ihre Probleme zu artikulieren. Handelt es sich um eine Mediation wird der Mediator nach einer Phase der Sachaufklärung und Interessenermittlung zusammen mit den Parteien Punkt für Punkt Optionen erarbeiten, um zu einer Lösung der zuvor identifizierten Themen zu kommen. Voraussetzung ist aber stets, dass sich beide Parteien auf die Neutralität des Dritten verlassen können.

Nach der heutigen Struktur muss der Auftragnehmer den Verdacht haben, dass der Auftraggeber und der Dritte unter einer Decke stecken. „Man muss schon an der ordentlichen Justiz ernsthaft verzweifelt sein, wenn man eine Bestimmung dieses Typs in geradezu blindem Misstrauen gegenüber der Justiz als Alternative zum ordentlichen Prozess empfiehlt. Wie groß muss da die Skepsis gegenüber dem Prozess sein.“¹⁰ Dieses von vorneherein angelegte Misstrauen dürfte der Hauptgrund dafür sein, warum das Verfahren in der Praxis scheitert.

Würde die vorgesetzte Stelle zum Beispiel im Laufe des Bauprojektes sogar selbst einmal aktiv, wäre es ein Gebot der Fairness, sich aus dem Verfahren herauszuhalten und die Verhandlungsführung nach außen zu vergeben. Oft sind bei den vorgesetzten Dienststellen zentrale Dienste für alle untergeordneten Bereiche angesiedelt, wie etwa eine Rechtsabteilung. Hat sich diese bereits im Vorfeld zu einzelnen Punkten geäußert, wird es den gleichrangigen Kollegen aus dem Büro nebenan schwer fallen, sich über diese Meinung hinwegzusetzen.

VII. Konfliktlösungsverfahren mit Entscheidungszwang?

§ 18 II VOB/B sieht vor, dass die vorgesetzte Dienststelle den Auftragnehmer möglichst innerhalb von zwei Monaten nach Anrufung schriftlich bescheidet. Ficht er diesen „Bescheid“ nicht an, gilt diese Entscheidung als anerkannt. Die Formulierung „bescheiden“ lässt an das Verwaltungsrecht erinnern und tatsächlich hat dieses Verfahrens auch einige Züge des Widerspruchsverfahrens nach § 68 ff. VWGO, in dem ja ebenfalls eine verwaltungsinterne Stelle sich mit den Themen beschäftigt. Auch dort ergeben sich ähnliche Probleme mit der Akzeptanz, so dass das Verfahren zum Beispiel in Niedersachsen, Bayern und Nordrhein-Westfalen weitgehend abgeschafft wurde. Bei dem § 18 VOB/B-Verfahren handelt es sich nicht um ein Verwaltungsverfahren¹¹, weshalb gegen den Bescheid auch nicht der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht eröffnet ist.

Dennoch endet dieses Verfahren mit einer Entscheidung des Dritten, die sozusagen „Rechtskraft“ erlangt, wenn sie nicht angefochten wird. Dieses Element ist dem Mediationsverfahren fremd. Dort hat der Mediator gerade kein Recht eine Entscheidung zu fällen, was seine Stellung in der Verhandlung besonders macht und Einzelgespräche zwischen dem

Mediator und den einzelnen Parteien eröffnet, die in einem streitigen Verfahren nicht denkbar sind¹². Andererseits scheint es so zu sein, dass Baubeteiligte sich geradezu eine Entscheidung herbeisehnen, um das Projekt abhaken und neue angehen zu können. Möglicherweise ist der Wunsch, nicht selbst die Verantwortung eines Verhandlungsergebnisses tragen und gegenüber dem Vorgesetzten oder dem Rechnungshof vertreten zu müssen, der Grund, warum Mediation im Bereich Planen und Bauen noch immer so selten nachgefragt wird.

Die Praxis hat darauf reagiert und bietet mit der Adjudikation und der Experten-Schlichtung sinnvolle Lösungen an, wie man mediative Elemente mit einer vorläufig verbindlichen Entscheidung verknüpfen kann. Hat sich der neutrale Dritte, oder besser noch, das Schlichter-Team aus Bausachverständigem und Rechtsanwalt, während des Verfahrens als kompetent und fair bewiesen, und scheitert dennoch eine Einigung, etwa an den intern gesetzten Zielen, so lässt sich eine Entscheidung, deren Ergebnisse sich transparent für alle Beteiligten aus dem Gespräch herleiten lassen, besser verkraften. Die Chance, dass ein solcher Schieds- oder Schlichterspruch von den Parteien akzeptiert werden wird, ist groß.

VIII. Sinnlosigkeit paralleler Konfliktlösungsverfahren

Der in § 18 VOB/B angelegte Grundgedanke, zunächst mit Hilfe eines Dritten zu verhandeln und dann, wenn diese Verhandlung nicht zu einem Ergebnis führt, auch seinen Spruch zu akzeptieren, ist richtig und adäquat. Hingegen macht es wenig Sinn, zwei Verfahren („daneben“) parallel zu führen, wie dies § 18 III VOB/B suggeriert. Das kostet nur unnötig Geld und jeder schießt nach dem Ausgang des anderen.

Die Entscheidung sollte jedoch nicht schwebend unwirksam sein, bis klar ist, dass kein Rechtsmittel eingelegt wurde, sondern „vorläufig verbindlich“, wie dies bei der Adjudikation¹³ oder der Experten-Schlichtung¹⁴ vorgesehen ist. Mit Erleben des Spruchs erhöhen sich die Chancen, dass der Spruch akzeptiert werden wird, erheblich. Das Verfahren wird damit vor allem auch für die Auftragsabwicklung interessant, bei dem die Konflikte zwischen den Baubeteiligten eine zeitliche Komponente der Unsicherheit und Blockade bekommen, die letztlich das Projekt erheblich verteuert und weitere wirtschaftliche Folgen nach sich zieht.

IX. Fazit

Das Verfahren des § 18 II, III VOB/B bedarf der Renovierung. Die Entlastung der Baubeteiligten und der Gerichte kann nur mit einem vollwertigen Konfliktlösungsverfahren gelingen. Das wird nur möglich sein, wenn das ADR-Verfahren von einem neutralen Dritten durchgeführt wird, der über fachliche und mediatorische Kompetenzen verfügt. Es würde sich anbieten, diese Aufgabe extern zu vergeben, damit sich der öffentliche Auftraggeber vollständig auf die Wahrung seiner Interessen konzentrieren kann. ■

10 Quack, ZfBR 2010, 211.

11 Bewersdorf (o. Fußn. 7), § 18 Nr. 2 Rdnr. 10, Jousen, in: Ingenstau/Korbion (o. Fußn. 7), § 18 II Rdnr. 4

12 Hammacher/Erzigkeit/Sage, So funktioniert Mediation im Planen und Bauen, 2. Aufl. (2011), S. 49.

13 Vgl. Lembcke, NZBau 2007, 273.

14 Vgl. www.experten-schlichtung-bau.de; www.mediationsallianz.de.