

Rechtsanwälte Kuchenreuter & Stangl

Rundschreiben / Ausgabe 01/2001

Thema: VOB/B in der Fassung 2000

Die VOB/2000 wurde im Bundesanzeiger vom 30. Juni 2000 bekannt gemacht. Am 1.2.2001 ist die neue Vergabeverordnung (VgV) als Bindeglied zwischen den gesetzlichen Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der ebenfalls überarbeiteten Verdingungsordnungen (VOB/2000) in Kraft getreten. Gleichzeitig wurde die VOB/2000 auch von den öffentlichen Auftraggebern förmlich eingeführt.

1. Geltung der VOB/B-2000

Da die VOB/B kein Gesetz ist, sondern eine allgemeine Geschäftsbedingung, gilt diese nicht automatisch für einen Vertrag, sondern muß zwischen den Vertragsparteien immer vereinbart werden. Schwierigkeiten bereitet regelmäßig die Neueinführung einer VOB/B, wie dies nun geschehen ist. Dem Abgrenzungsproblem, welche Fassung der VOB/B nun gilt, kann erhebliche praktische Bedeutung zukommen, man denke hier nur an die höheren Zinssätze der VOB/2000 (statt 1 % nun 5 % über dem SRF-Satz). Im einzelnen gilt folgendes:

1.1 Vertragsfreiheit

Grundsätzlich haben die Vertragsparteien kraft ihrer Privatautonomie die Freiheit festzulegen, welche VOB-Fassung vereinbart werden soll. Es ist daher möglich, auch eine ältere Fassung dem Bauvertrag zugrunde zu legen, z.B. die VOB/1996.

Bei öffentlichen Aufträgen wird in der Regel die jeweils gültige Fassung als Vertragsbestandteil in den Vertrag eingeführt, da die jeweils gültige Fassung meist im Angebotsvordruck ausdrücklich aufgeführt ist.

1.2 Laufende Verträge

Maßgeblich ist die bei Vertragsabschluß vereinbarte Fassung der VOB. Dies gilt auch bei öffentlichen Aufträgen, bei denen die Altfassung nicht automatisch durch eine Neufassung der VOB/B im laufenden Vertrag ersetzt wird.

1.3 Auslegung von Vertragsformulierungen

Abgrenzungsprobleme ergeben sich dann, wenn im Bauvertrag keine klare Formulierung gewählt wurde. Unklare Formulierungen müssen ausgelegt werden (§§ 133, 157 BGB). Steht im Vertrag z.B. „es gilt die VOB/B neueste Fassung“ oder „es gilt die VOB/B“ stellt sich daher die Frage, welche Fassung anzuwenden ist.

Oben geschilderte Beispiele sind in der Regel so auszulegen, daß diejenige Fassung maßgeblich ist, die *zur Zeit der Angebotsabgabe* gegolten hat. Für die Frage, was gilt, ist unserer Ansicht nach auf den *Zeitpunkt der Bekanntmachung der Neufassung im Bundesanzeiger* abzustellen.

Maßgebender Zeitpunkt wäre demnach für die VOB/2000 der 30. Juni 2000. An diesem Tag wurde die VOB/2000 im Bundesanzeiger bekannt gemacht.

Tipp:

Als Auftraggeber/Auftragnehmer sollte man es sich zur Gewohnheit machen, die VOB/B in der gewünschten Fassung *jedem* Angebot/Bauvertrag beweisbar beizufügen. Wer die Geltung der VOB will, sollte hierauf keinesfalls verzichten. Gegenüber privaten AG, die nicht durch einen Fachmann (z.B. Architekt) vertreten sind, führt das Unterlassen der Beifügung zur Nichteinbeziehung der VOB/B mit den damit verbundenen nachteiligen Konsequenzen!

Wer die VOB/B-2000 vereinbart haben will, sollte unbedingt darauf achten, auch den Text der VOB/B-2000 beizufügen und nicht eine ältere Fassung. Ansonsten entsteht wieder Unklarheit, welche Fassung nun gemeint war und Unklarheiten gehen immer zu Lasten des Verwenders!

Sofern man eine klare Regelung wünscht, die immer die aktuelle Neufassung berücksichtigt, wäre z.B. folgende Formulierung empfehlenswert: *„Es gilt die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Bundesanzeiger bekannt gemachte neueste Fassung der VOB/B.“*

2. Änderungen der VOB/2000

Inhaltlich wurden folgende Vorschriften der VOB/B geändert bzw. eingefügt:

§ 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B

Anfügung von Satz 3:

„Soweit dem Auftragnehmer eine Vergütung zusteht, gelten die Berechnungsgrundlagen für geänderte oder zusätzliche Leistungen der Nr. 5 oder 6 entsprechend.“

Bei dieser Anfügung handelt es sich lediglich um eine Klarstellung der Berechnungsgrundlage.

Deshalb wurde nun ausdrücklich auf § 2 Nr. 5 und 6 verwiesen.

§ 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B

Anfügung von Satz 3:

„Erbringt der Auftragnehmer ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, kann der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb setzen und erklären, daß er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 III).“

Die Verletzung der Eigenleistungsverpflichtung führt zu einer Schadensersatzpflicht aus positiver Vertragsverletzung. Die überwiegende Kommentarliteratur vertrat bereits zur Altfassung daneben die Meinung, daß die Verletzung der Eigenleistungsverpflichtung gleichzeitig ein Kündigungsrecht des Auftraggebers auslösen kann. Mit dem nunmehr eingefügten § 4 Nr. 8 Abs. 1 Satz 3 VOB/B wird dieser Auffassung Rechnung getragen und die Möglichkeit der auftraggeberseitigen Kündigung bei der vertragswidrigen Weitergabe klargestellt.

§ 4 Nr. 10 VOB/B

Neueinfügung von Nr. 10:

„Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam vom Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.“

Die vorgenannte Änderung ist im Zusammenhang mit der Neufassung des § 12 Nr. 2 VOB/B zu sehen. Dort war bislang unter b die sogenannte technische Teilabnahme geregelt. Diese sogenannte technische Teilabnahme stellte einen Fremdkörper in § 12 VOB/B dar, da dort die rechtsgeschäftliche Abnahmeregelungen aufgezählt sind. Mit der technischen Abnahme sollen lediglich tatsächliche Gegebenheiten festgestellt werden, ohne daß daran die rechtlichen Folgen der Abnahme geknüpft sind. Um hier Fehldeutungen zu vermeiden, wurde diese Bestimmung konsequenterweise in den Bereich der Ausführungsphase eben in § 4 VOB/B verlegt.

§ 6 Nr. 2 Absatz 1 a VOB/B

Änderung:

Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist:

„a) Durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers,

b) (...).“

Klarstellung, daß für Umstände aus dem Risikobereich des Auftraggebers kein Verschulden notwendig ist. Der bisherige Wortlaut der „vom Auftraggeber zu vertretenden Umstand“ sprach, war irreführend und wurde entgegen des Wortlautes von der Rechtsprechung anders interpretiert. Die neue Formulierung trägt dem Rechnung.

§ 7 Nr. 1 VOB/B

Worteneinfügung:

„Wird die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere objektiv unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört, so hat dieser für die ausgeführten Teile der Leistung die Ansprüche nach § 6 Nr. 5; für andere Schäden besteht keine gegenseitige Ersatzpflicht.“

Diese Änderung hat ihren Ursprung in der Entscheidung des BGH vom 21.8.1997 (Schürmann Bau in Bonn). Grundsätzlich geht das Risiko für den Bestand der erbrachten Leistung erst mit der Abnahme vom AN auf den AG über, wie sich vor allem aus § 12 Nr. 6 VOB/B ergibt. § 7 VOB/B trifft hierzu eine Ausnahmeregelung für den Fall bestimmter Vorkommnisse, die weder in der Hand des AN noch in der Hand des AG liegen, und legt für solche Fälle den vorzeitigen Übergang der Gefahr auf den AG fest. Der Begriff der Gefahr ist rechtlicher Natur. Hinter ihm verbirgt sich die Frage, wer z.B. bei Beschädigung oder Zerstörung der bereits fertiggestellten Leistungsteile das Risiko einer Neuherstellung sowie der Zahlung der Vergütung zu tragen hat.

Nach der Schürmann-Brau Rechtsprechung ist ein Ereignis nicht schon dann unvorhersehbar, wenn es für den Auftragnehmer subjektiv unabwendbar ist. Die Voraussetzungen des § 7 Nr. 1

VOB/B sind nur dann erfüllt, wenn das Ereignis *objektiv*, und zwar *unabhängig von der konkreten Situation des betroffenen Auftragnehmers unvorhersehbar unvermeidbar* war.

§ 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B

Änderung:

„Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt *oder das Insolvenzverfahren bzw. ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt oder ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.*“

Diese Regelung stellt lediglich eine Anpassung an die neue Insolvenzordnung dar.

§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B

Änderung:

„Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des §§ 4 Nr. 7 *und 8 Absatz 1* und des § 5 Nr. 4 die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist (Entziehung des Auftrags).“

Es handelt sich lediglich um eine Folgeänderung aufgrund des neuen Auftraggeberkündigungsrechts nach § 4 Nr. 8 Absatz 1 VOB/B.

§ 12 Nr. 2 VOB/B

Streichung des bisherigen Buchstabens b.

Es handelt sich lediglich um eine Folgeänderung aufgrund der Regelung der technischen Teilabnahme in § 4 Nr. 10 VOB/B.

§ 16 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/B

Änderung:

„Die Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 1 v.H. über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der europäischen Zentralbank zu verzinsen.“

Die Änderung beruht auf der Abschaffung des Lombardsatzes im Zusammenhang mit der Einführung des Euro. Maßgebend ist nun der Spitzenrefinanzierungsfazilitätssatz (sogenannter SRF-Satz).

§ 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B

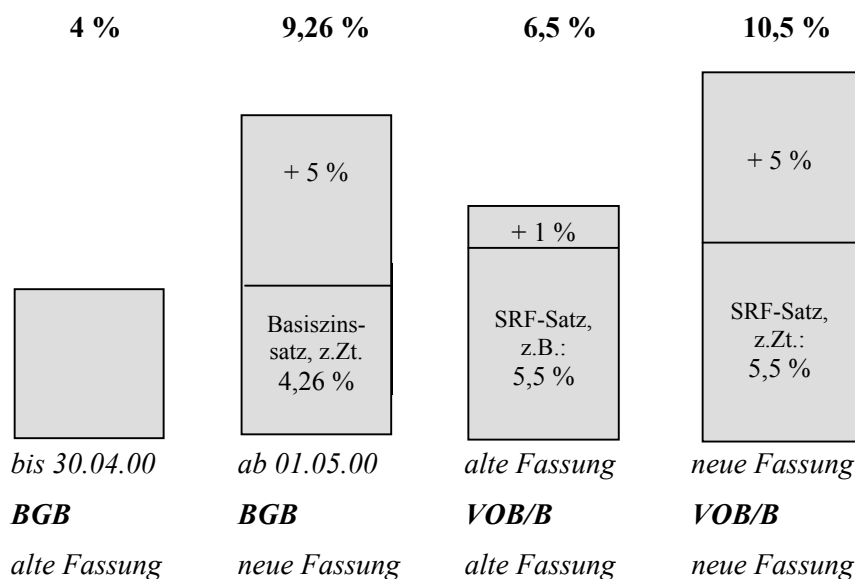
Änderung:

„Zahlt der Auftraggeber bei Fälligkeit nicht, so kann ihm der Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt er auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der Auftragnehmer vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe von 5 v.H. über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank, wenn er nicht einen höheren Verzugschaden nachweist. Außerdem darf er die Arbeiten bis zur Zahlung einstellen.“

Durch diese Änderung wird der Verzugszins bei Zahlungsverzug spürbar angehoben. An dieser Stelle ist die wichtigste Änderung für den Auftragnehmer zu verzeichnen.

3. Einzelproblem: „Zinssatz“

Häufig besteht Unklarheit, welcher Zinssatz nun anzuwenden ist. Folgendes Schaubild mag als Hilfestellung dienen:



Maßgeblich für den Zinssatz ist somit, ob es sich um einen BGB-Bauvertrag oder einen VOB/B-Bauvertrag handelt. Beim BGB-Bauvertrag ist maßgeblich das Schlüsseldatum 1.5.2000. Ab diesem Datum kann auch für Altverträge der erhöhte Zinssatz verlangt werden, sofern Forderungen betroffen sind, die *vom 1. Mai 2000 an fällig* werden.

Für die VOB/B hat dieser Stichtag keine Bedeutung. Maßgebend ist hier, ob die VOB/B-2000 vereinbart wurde oder nicht (siehe oben 1.).

Bereits jetzt ist aber absehbar, daß es hier schon ab 2002 aufgrund der EU-Richtlinie zum Zahlungsverzug einer erneuten Anpassung bedarf. Hierüber werden wir Sie informieren.

Tipp:

Um die aktuellen Zinssätze zu erfahren, empfiehlt es sich immer im Internet unter <http://www.bundesbank.de> die aktuellen Zinssätze abzurufen. *Seit dem 1.5.2001 beträgt der Basiszinssatz 4,26 % und der SRF-Satz seit 11.5.2001 5,5 %.*