

Kurzbericht Forschungsvorhaben

„Vergleich bauvertraglicher Regelungsmechanismen im Hinblick auf eine optimierte Abwicklung und zur Senkung von Konfliktpotential am Beispiel von VOB, NEC und FIDIC“

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Josef Zimmermann
Dipl.-Ing. Mathias Hamann

Der Forschungsbericht wurde mit Mitteln des Bundesamtes für
Bauwesen und Raumordnung gefördert.
(Aktenzeichen: Z 6 – 10.08.18.7-06.5 / II 2 – F20-06-007)
Die Verantwortung für den Inhalt des Berichts liegt beim Autor.

1 Ziel der Forschungsaufgabe

Die Bauwirtschaft ist im bauindustriellen Bereich von der Abwicklung komplexer Vorhaben geprägt. Dabei stehen Kosten- und Terminalsicherheit für den Investor im Vordergrund.

Aus dieser Erfordernis resultiert die Einschaltung von Unternehmen, die die komplette Leistung – regelmäßig verbunden mit weit gehenden Planungsleistungen – als Leistung "aus einer Hand" anbieten und abwickeln. Daneben wird die Einbindung des bauwirtschaftlichen Know-how bereits im Rahmen der Konzeptionierung und Planung von Vorhaben von Investoren gesucht, um durch das ausführungsgeprägte Know-how eine Optimierung der Kosten und der Termine zu erreichen. Aktuell treten verstärkt die Betreuung eines Projektes nach der Abnahme durch das Facility Management, der Betrieb von Objekten sowie die Partnerschaft zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft im Rahmen von PPP-Projekten (Public-Private-Partnership) in den Vordergrund.

Für die Abwicklung dieser technisch, organisatorisch und rechtlich komplexen Vorhaben stehen den Vertragsparteien nach deutschem Recht verschiedene rechtliche Grundlagen zur Verfügung, die jedoch jeweils nur einen Teil dieser Vorhaben im Stande sind zu regeln. Außerdem besteht neben der begrenzten Anwendbarkeit der einzelnen Regelwerke ein weiteres Problem darin, dass sie noch zu wenig auf die oben aufgezeigten, aktuellen Entwicklungen in der Bauwirtschaft eingehen.

Neben der Anpassung der Vertragswerke an die heutigen Bedürfnisse steht auch der Umgang mit Streitigkeiten im Vordergrund der Untersuchung, da sich die Anzahl der Streitigkeiten zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern bezogen auf das Bauvolumen in den vergangenen Jahren erhöht hat. Dadurch werden zusätzliche Ressourcen gebunden, die eine Reduktion der Wirtschaftlichkeit des Projektes zur Folge haben. Es müssen also für entsprechende Vorhaben (z.B. PPP, GMP) eigene Vertragstypen entwickelt werden, die zusätzlich den Anspruch erfüllen, die Anzahl an potentiellen Streitigkeiten aktiv zu reduzieren.

Der Fokus dieses Vorhabens betrifft dabei den Bereich des privaten Baurechts, der durch verschiedene Rechtsordnungen oder rechtsähnliche Ordnungen bestimmt wird, zu denen nach Diederichs die folgenden zu zählen sind:

- das bürgerliche Gesetzbuch (BGB)
- das Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)
- die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)
- das Handelsgesetzbuch (HGB), sofern es sich bei den Vertragsparteien um Kaufleute handelt
- für das Gesellschaftsrecht das GmbHG und das AktienG, sofern es sich bei einem Unternehmen um eine GmbH oder AG handelt (GbR, KG und OHG sind im BGB geregelt)
- VOB (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen), VOL (Verdingungsordnung für Leistungen) und VOF (Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen) für die Vergabe und Durchführung von Planungs- und Bauleistungen.

Die Rechtsordnungen, auf die sich die ebenfalls untersuchten Vertragswerke FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*) und NEC (*New Engineering Contract*) beziehen, sollen in dieser Arbeit nicht detailliert erläutert werden, ebenso wie auch vertragliche Regelungsmechanismen die Nutzungsphase des Bauwerks betreffend nicht zum Schwerpunkt dieser Untersuchung gehören.

Als Ergebnisse dieser Untersuchung sind Vorschläge für konzeptionelle Veränderungen im deutschen Bauvertragsrecht vorgesehen, die unter besonderer Berücksichtigung des konfliktarmen und effizienten Bauprozesses entwickelt werden. Regelungen, die aus den internationalen Ver-

tragsmodellen als konstruktiv und konfliktvermeidend identifiziert werden, werden im Hinblick auf eine Anwendung in deutschen Bauverträgen untersucht.

Eine Umsetzung der Ergebnisse in eine gesetzgeberische Praxis oder in eine Überarbeitung der VOB/B ist naturgemäß nicht zügig zu erwarten. Es ist jedoch zu erwarten, dass Richt- und Leitlinien der angesprochenen Art beim Abschluss von Bauverträgen, vor allem der alternativen und aktuellen Vertragsmodelle, sehr schnell Beachtung finden und zumindest in den Kerngedanken berücksichtigt werden.

2 Durchführung der Forschungsaufgabe

Um den Bedarf an entsprechenden Regelungen in der gebotenen Abstraktheit zu ergründen, ist eine Bedarfsanalyse vorzunehmen. Hierzu sind die Entwicklungen der Vergangenheit in der Bauwirtschaft zu analysieren und das geänderte Anforderungsprofil an eine erfolgsversprechende Abwicklung zu ermitteln. Dabei sind die derzeit aktuellen Vertragstypen von dem immer noch als Regelfall angesehen Einheitspreisvertrag einerseits aber auch vom Pauschalvertrag sowie von den anderen "modernen" Vertragstypen andererseits abzugrenzen und deren Besonderheiten festzustellen.

Die Regelungserfordernis der jeweiligen Vertragstypen ist anhand der im Rahmen der Abwicklung auftretenden Probleme zu eruieren und zu systematisieren. Dabei können Erkenntnisse nicht nur für eine Änderung oder Ergänzung des BGB und oder der VOB/B gewonnen werden, sondern auch für notwendige Regelungen, die in die jeweiligen Vertragstypen aufzunehmen sind.

Hilfreich ist auch die Einbeziehung der Erfahrungen, die im Ausland durch die dort zur Verfügung stehenden gesetzlichen und vertragsrechtlichen Regelwerke gewonnen wurden.

Als Basis für eine abschließende Formulierung der Ergebnisse werden fünf Phasen durchlaufen:

- Phase 1 – Literaturrecherche im internationalen Raum
- Phase 2 – Formulierung des Aufbaus und der Entstehung der Vertragswerke
- Phase 3 – Analyse ausgewählter Regelungen der verschiedenen Vertragswerke
- Phase 4 – Entwicklung eines Umfrageinstruments zur Verifizierung des Entwicklungsbedarfs aus der Praxis
- Phase 5 – Herausarbeiten zentraler Inhalte der Vertragswerke in Folge Phase 3 und 4
- Phase 6 – Zusammenfassung der Ergebnisse

3 Zusammenfassung der Ergebnisse

3.1 Methodik

Die vorliegende Untersuchung umfasst einen Vergleich der Vertragswerke FIDIC, NEC3 und VOB/B sowie die Auswertung von Fragebögen aus einer durchgeführten Umfrage zum Konfliktpotential innerhalb der Bauwirtschaft.

Zur Ermittlung eines prinzipiellen Handlungsbedarfs hinsichtlich normativer Regelungsmechanismen zur Verbesserung der Projektabwicklung von Bauprojekten wurde ein Fragebogen entwickelt, der insgesamt an 2712 Empfänger versandt wurde. Bereits die hohe Rücklaufquote von 11 % ist ein starker Indikator für die Aktualität der Problemstellung.

Die bestehenden Vertragswerke FIDIC und NEC3 werden dahingehend vergleichend zur VOB untersucht, ob der mit der Umfrage nachgewiesene Bedarf an Regelungsmechanismen durch Adaption von Regelungen aus diesem bestehenden Vertragswerken abgedeckt werden kann. Als

Konsequenz ergäbe sich nicht nur eine Verbesserung der Regelungen in Deutschland, sondern gleichermaßen eine Anpassung der deutschen Regelungen an internationale Vertragswerke.

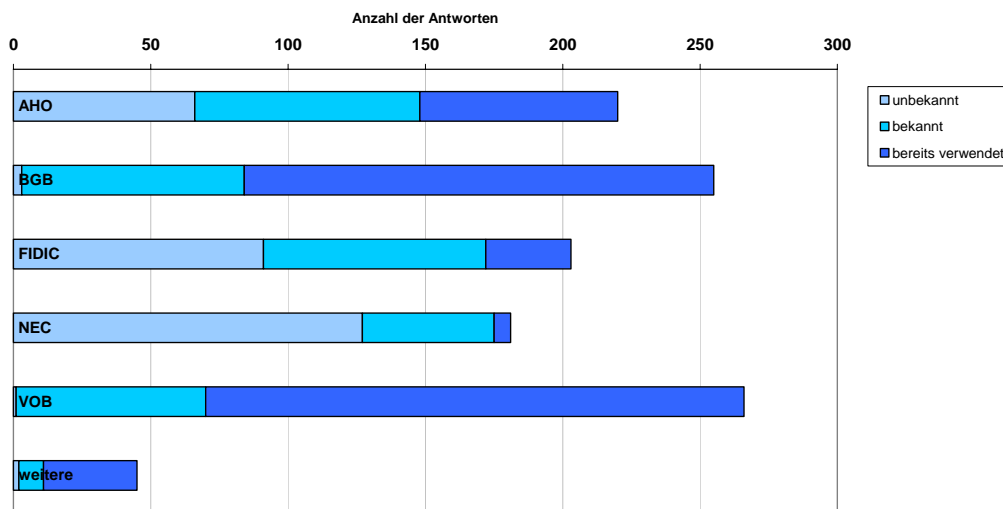


Abbildung 1: Bekanntheitsgrad ausgewählter Vertragswerke

Abbildung 1 verdeutlicht, dass die VOB von den Umfrageteilnehmern als bekanntestes Vertragswerk eingestuft wurde, das bislang auch am häufigsten verwendet wurde. Ähnlich hohe Werte weist nur das BGB als in Deutschland gesetzliche Grundlage auf. Vertragswerke wie FIDIC oder NEC3 wurden von den Antwortenden bereits als deutlich weniger bekannt eingestuft, was sich einerseits durch die Einstufung „unbekannt“ als auch durch die absolute Anzahl der Antwortenden bei diesem Item zeigt.

Es ist somit festzuhalten, dass die Umfrageteilnehmer, die stellvertretend für die Bauwirtschaft betrachtet werden können, sich bislang nicht oder nicht in gleichem Umfang mit internationalen Regelungen befassen wie mit deutschen Regelwerken. Daher wird ein Bereich dieser Untersuchung der Herkunft und dem grundlegenden Aufbau der Vertragswerke gewidmet, bevor im nächsten Schritt ausgewählte Regelungen aus VOB, FIDIC und NEC3 einander vergleichend gegenübergestellt werden, um daraus auf Verbesserungspotential aus FIDIC und/oder NEC3 im deutschen Vertragswerk schließen zu können.

Das Ergebnis zeigt, dass die vorliegende Untersuchung Rückschlüsse auf Potential zur Optimierung der vertraglichen Rahmenbedingungen für Bauprojekte zulässt, die sich auf die folgenden drei Bereiche konzentrieren:

- Einbindung von Projektbeteiligten
- Detaillierungsgrad der Prozessvorgaben
- Flexibilität der Vertragswerke.

3.2 Einbindung von Projektbeteiligten

Zwischen den deutschen und internationalen Standardverträgen besteht ein wesentlicher Unterschied in den Institutionen der unterschiedlichen Projektbeteiligten. Auftraggeber, Auftragnehmer sowie die entsprechenden Erfüllungsgehilfen Planer, Nachunternehmer und Lieferanten sind allen Vertragswerken gleichermaßen bekannt.

FIDIC und NEC3 führen neben den genannten Beteiligten die Institutionen

- *Engineer* (FIDIC)
- *Project Manager* (NEC3)
- *Supervisor* (NEC3)
- *Dispute Adjudication Board* (FIDIC)
- *Adjudicator* (NEC3)
- *Arbitrator* (FIDIC),

die alle eine unabhängige Funktion auf dem Projekt zu erfüllen haben.

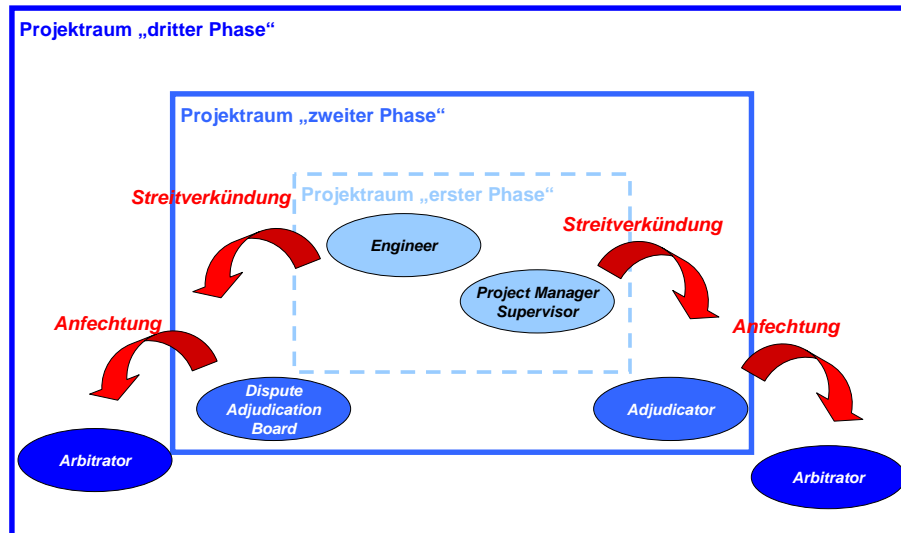


Abbildung 2: Projektträume mit beteiligten Dritten

In einer ersten Phase – vor Streitverkündung einer Partei - übernehmen *Engineer* sowie *Project Manager* und *Supervisor* die Rolle des unabhängigen Entscheiders, der sowohl aufgrund seiner Fachkompetenz als auch auf Basis der vertraglichen Regelungen Entscheidungen trifft, die für beide Parteien vorläufig verbindlich sind.

Stimmt eine Partei einer Entscheidung des Unabhängigen¹ nicht zu, so hat sie innerhalb einer definierten Frist die Möglichkeit zur Anfechtung. Dieses erfolgt durch Streitverkündung in der entsprechenden Sache, wonach die Entscheidung in einer zweiten Phase einer nächsten Instanz übergeben wird – dem *Dispute Adjudication Board* bzw. dem *Adjudicator*. Diese treffen ebenfalls unter Einhaltung entsprechend definierter Fristen eine vorläufig verbindliche Entscheidung. Diese wird bei ausbleibendem Widerspruch innerhalb der dafür vorgesehenen Frist für die Parteien verbindlich, jedoch nicht ohne weiteres vollstreckbar. Der *Adjudicator* erhält gemäß der untersuchten Vertragswerke die Möglichkeit, eigene Untersuchungen in Auftrag zu geben, um seine Entscheidungsfindung zu unterstützen. Eine Beschränkung der zur Herbeiführung der Entscheidung genutzten Unterlagen liegt somit nicht vor. Der *Adjudicator* kann in seine Entscheidung eigene gutachterliche Einschätzungen mit einbeziehen, was im Gegensatz zur Entscheidung durch einen *Arbitrator* zu einer erneut verstärkten Subjektivität führt.

Wie die Umfrage bestätigt hat, sind die Vertreter der Bauwirtschaft davon überzeugt, dass eine schnell getroffene Entscheidung eher eine Schadensreduktion als eine Erhöhung des Schadens bewirkt (vgl. Abbildung 5). Aufgrund der sehr kurzen Zeit steht dieses Verfahren jedoch in der

¹ Als „Unabhängiger“ werden in dieser Untersuchung die genannten Institutionen *Engineer*, *Project Manager*, *Supervisor*, *Adjudicator*, *Dispute Adjudication Board* und *Arbitrator* bezeichnet. Die drei letztgenannten werden erst bei der Überschreitung der Phasengrenze in das Projekt einbezogen. Die drei Erstgenannten haben gemäß Vertrag die Aufgabe, die Durchführung des Projektes in Übereinstimmung mit dem Vertrag zu fördern, so dass sie von ihrer Funktion her als unabhängig zu handeln haben.

Kritik als *rough justice*², d.h. unter Zugrundelegung einer längeren Prüfdauer könnten Umstände bekannt werden, die die Entscheidung des *Adjudicators* beeinflusst hätten.

Die Übergabe von Auslegungsentscheidungen, die den Parteien Spielraum zur Entscheidung offen lassen, an einen unabhängigen Dritten ist nach Auffassung der Verfasser ein sinnvoller Ansatz, potentielle Konflikte frühzeitig zu unterbinden. Eine von beiden Parteien akzeptierte Entscheidung hängt maßgeblich von der Qualität der Entscheidung und der Akzeptanz des Entscheiders ab, der eine dafür vorgesehene Qualifikation nachzuweisen hat. Wie die Umfrage jedoch zeigt, ist die Qualifikation sowie die Beauftragung des Dritten weiter zu untersuchen, da die in Deutschland zur Verfügung stehenden Projektbeteiligten Projektsteuerer und Jurist von über 50 % der Umfrageteilnehmer als nicht sinnvoll eingestuft werden (vgl. Abbildung 3).

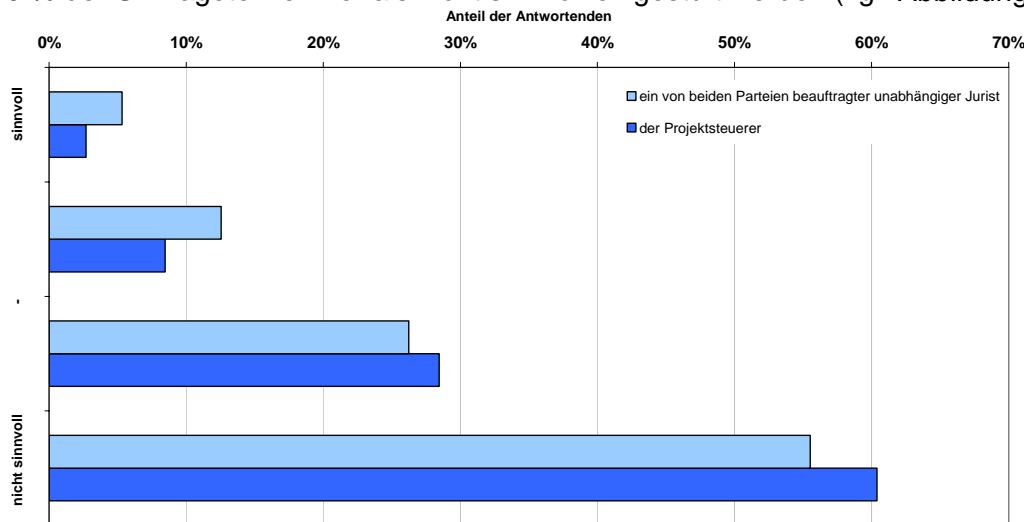


Abbildung 3: Entscheidungsbefugnis bei Auftreten einer Streitigkeit

Daher ist die Frage nach einem geeigneten Unabhängigen weiter zu verfolgen. Ebenso ist die nächste Ebene nach Auftreten eines Streites näher hinsichtlich des Verfahrens zu untersuchen. Eine Fristsetzung für die zu treffende Entscheidung erscheint sinnvoll, jedoch sind die für eine Entscheidung erforderlichen Qualifikationen sowie die zulässigen Unterlagen zur Entscheidungsfindung weiter zu überarbeiten und zu konkretisieren.

Weitere Relevanz erhält die Diskussion über einen unabhängigen Projektbeteiligten, der bei Konflikten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer befugt ist, verbindliche Entscheidungen zu treffen, durch einen weiteren Teil des Fragenkatalogs, der sich mit der Beurteilung der erbrachten Leistung befasst. Bei der Frage, ob zum Zeitpunkt der Abnahme das Bausoll erfüllt ist, sind alle Beteiligtegruppen zu der gleichen Aussage gelangt: Nur 84 % der Umfrageteilnehmer bestätigen, dass das Bausoll zum Zeitpunkt der Abnahme erfüllt ist (vgl. Abbildung 4).

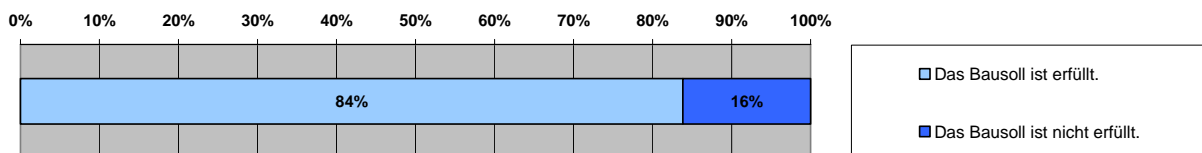


Abbildung 4: Beurteilung des Bausolls zum Zeitpunkt der Abnahme

Da die Abnahme eines Bauwerks den Übergang von der Leistungserbringungsphase in die Gewährleistungsphase darstellt und somit mit wesentlichen rechtlichen Folgen verbunden ist, stellt das in Abbildung 4 dargestellte Umfrageergebnis ein erhebliches Konfliktpotential dar, das sich durch Einbeziehung eines unabhängigen Entscheiders abmindern lassen könnte.

² Schulze-Hagen, Alfons: Plädoyer für Adjudikation in Deutschland. In: Baurecht. 12/2007, S. 1957.

3.3 Detaillierungsgrad der Prozessdefinition

Durch detaillierte Regelungen von Verfahrensschritten zur Aufrechterhaltung von Ansprüchen werden den Parteien bei Vertragsbeginn zunächst umfangreiche Anforderungen gestellt, die jedoch zur Konsequenz haben, dass keine Informationsasymmetrie bezüglich einzuhaltender formaler Anforderungen besteht. Beide Parteien können somit die Konsequenz unterlassener Handlungen bereits vorab bewerten. Als Folge dieser dezidierten Anforderungen ist es möglich, wesentlichen Ursachen für Konflikte, die in fehlenden organisatorischen Handlungen der Vertragsparteien begründet liegen, durch definierte Prozesse mit der Konsequenz des Anspruchsverlusts bei Nichteinhaltung vorzubeugen.

Durch eine klar definierte Prozessstruktur können die in Deutschland „beklagten lang andauernden Prozesse“³ reduziert werden, da innerhalb kurzer Zeit der jeweilige Vertragspartner über einen entsprechenden Missstand oder die Erfordernis einer Entscheidung informiert ist. Erfolgt die Information nicht, so kann daraus nach Ablauf der definierten kurzen Fristen kein weiterer Anspruch generiert werden. Ohne das Aufbauen zahlreicher Sachverhalte, die sich gegenseitig beeinflussen, bleibt der zu klärende Sachverhalt übersichtlicher und kann im Idealfall ohne Einschaltung einer Gerichtsbarkeit gelöst werden.

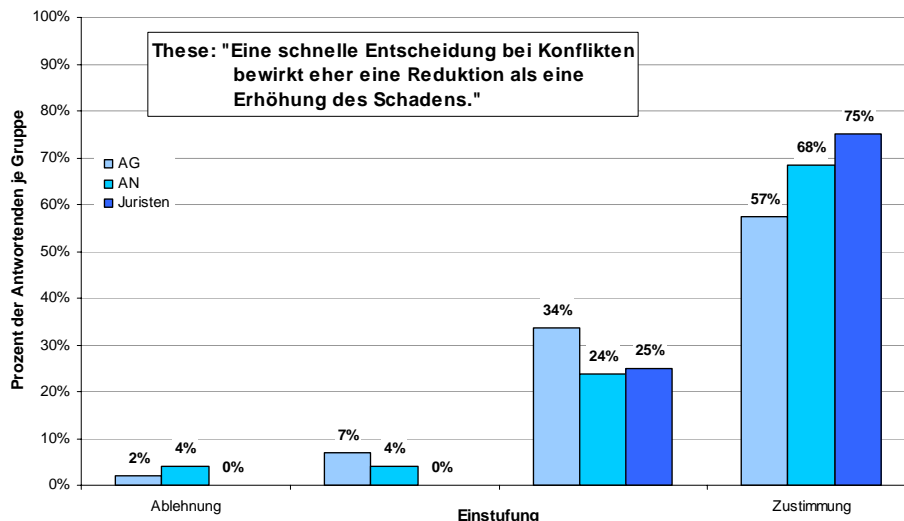


Abbildung 5: Auswirkung einer schnellen Konfliktentscheidung auf die Schadenshöhe

Die Projektorganisation ist ein maßgebliches Erfolgskriterium für das Gelingen eines Projektes. Zur Organisation gehören neben der richtigen Auswahl und Besetzung des Projektteams noch zahlreiche weitere Parameter, wie die Kommunikation und das Informationsmanagement auf dem Projekt, das in den internationalen Regelwerken detaillierter beschrieben ist als in der VOB/B.

3.4 Flexibilität der Vertragswerke

Zwei Prämissen der NEC3-Verträge bestehen in der Flexibilität und der Anwendbarkeit der Standardverträge, was dadurch erreicht wird, dass sie aus einer Vielzahl von unterschiedlichen Verträgen bestehen, die aufeinander abgestimmt sind und eine gegenseitige Ergänzung bieten. Neben der Verwendung von verschiedenen Verträgen für die unterschiedlichen Projektbeteiligten sind auch die Verträge für ein Projekt individuell durch Kombination verschiedener Optionen konfigurierbar (vgl. Abbildung 6).

³ Schulze-Hagen: Plädoyer für Adjudikation in Deutschland. In: Baurecht. 12/2007, S. 1950.

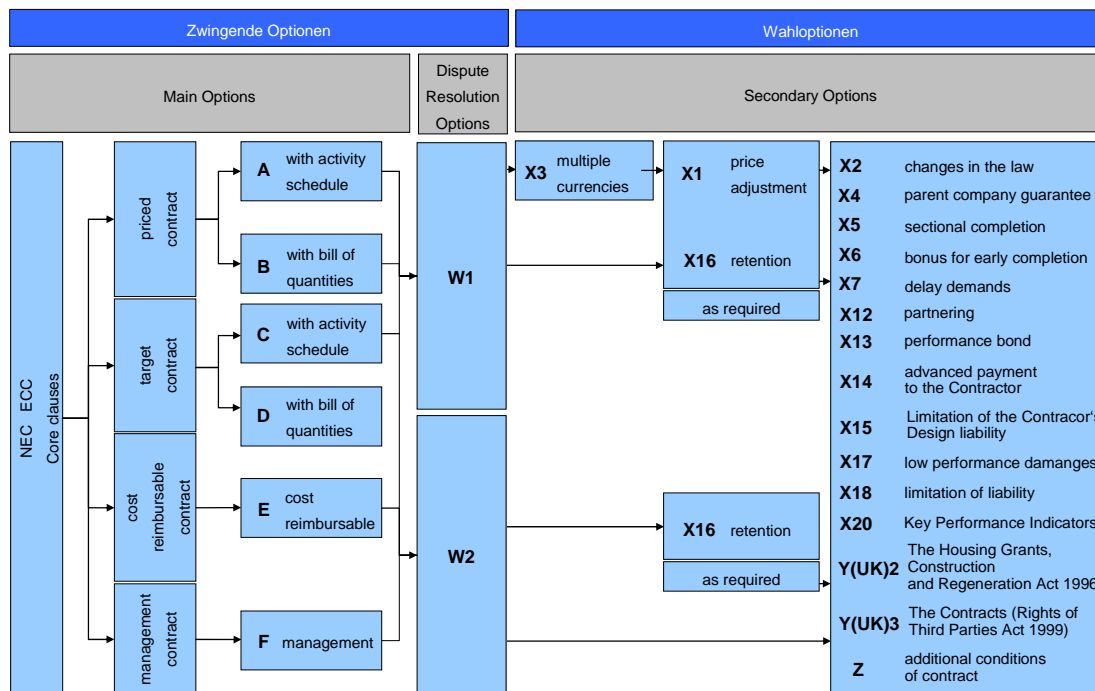


Abbildung 6: Aufbau und Kombinationsmöglichkeit des NEC ECC

Auch die FIDIC-Verträge weisen im Vergleich zur VOB einen ebenfalls flexibleren Aufbau auf, da für Bau- und Planungsleistungen unterschiedlichen Umfangs vier Vertragsmodelle vorliegen (*Green, Red, Yellow* und *Silver Book*), zwischen denen in Abhängigkeit der Aufgabenverteilung und gewünschten Vergütungsform zu wählen ist. Auch für Verträge zwischen weiteren Projektbeteiligten sind zusätzliche Vertragstypen vorhanden.

Im Hinblick auf die Leistungsbreite umfassen die internationalen Vertragswerke einen größeren Bereich als die VOB/B, die ausschließlich für die Durchführung von physischer Bauleistung vorgesehen ist. Während die FIDIC-Vertragswerke bereits durch die *MDB Harmonised Edition* bei Bauvorhaben mit einer durch die Weltbank sichergestellten Finanzierung die Leistungsbreite von der Finanzierung bis hin zum Betreiben abdecken, sind die NEC3-Verträge auf die Bereiche Planen und Bauen abgestimmt (vgl. Abbildung 7)

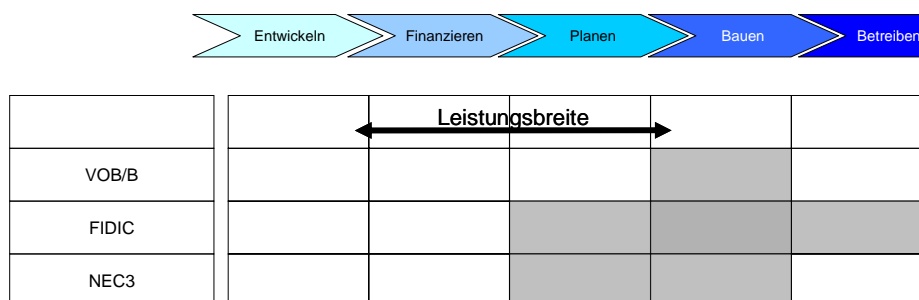


Abbildung 7: Abdeckung der Leistungsbreite durch die untersuchten Vertragswerke

Aus Abbildung 7 zeigt sich, dass folglich für die Bereiche Entwickeln keine und für Betreiben wenige Standardisierungen vorliegen. In der Phase der Finanzierung gibt es ebenfalls nur die oben erwähnten FIDIC-Regelungen, die eine Finanzierung durch die Weltbank gewährleisten. Hier besteht folglich Bedarf für weitere Untersuchungen.

3.5 Formulierung weiteren Untersuchungsbedarfs

Die Ergebnisse der durchgeführten Umfrage als auch weiterer bereits durch andere Institutionen durchgeführten Umfragen zeigen, dass in Deutschland ein Handlungsbedarf zur Einführung alternativer und ergänzender Regelungen für Bauverträge besteht.

Eine ausschließliche Konzentration auf den Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung nach Auftreten des Konfliktes scheint den Verfassern als nicht zielführend. Vielmehr muss weiterhin der Frage nachgegangen werden, wie im Detail Regelungen aus den einzelnen Vertragswerken weiter im Hinblick auf eine Reduktion von Konfliktpotential spezifiziert werden können und wie die durch die unvollkommenen Verträge vorhandenen Auslegungsspielräume im Interesse beider Vertragsparteien als Potential genutzt werden können.

Es sollten weiter strategische Ansätze erarbeitet werden, die den Bekanntheitsgrad internationaler Regelungen in Deutschland erhöhen, um einerseits den deutschen Bau- und Immobilienmarkt nach außen für Investoren interessanter zu machen als auch auf vorhandene vertragliche Regelungen zurückgreifen zu können.

Die aus anderen Rechtssystemen stammenden Vertragswerke sind in ihren detaillierten Regelungen vor dem Hintergrund der AGB-Konformität juristisch kritisch zu hinterfragen. Es bleibt jeweils zu überprüfen, ob ausgewählte Regelungen der Vertragswerke eine wesentliche Benachteiligung einer der Vertragsparteien zur Folge haben und somit der mehrfachen Verwendung in Bauverträgen nicht zugänglich sind.