

7. Deutscher Baugerichtstag

**am 4./5. Mai 2018
in Hamm/Westf.**

**Thesen
der Arbeitskreise I bis XII**

INHALT

Thesen

Editorial	3
Arbeitskreis Ia – Digitales Planen und Bauen	5
Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht	13
Arbeitskreis II – Vergaberecht	27
Arbeitskreis III – Bauprozessrecht	33
Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht	43
Arbeitskreis V – Normung	52
Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht	57
Arbeitskreis X – Baubetrieb	61
Arbeitskreis XI – Mehrparteienverträge für komplexe Bauverträge	64
Arbeitskreis XII – Bauträgerrecht	75

Liebe Leser,

der Deutsche Baugerichtstag ist als Institution etabliert und anerkannt. Seine rechtspolitischen Empfehlungen finden Gehör in Politik, Wirtschaft und bei den Interessenverbänden. Nicht zuletzt das gesetzliche Bauvertragsrecht zeigt, dass vom Deutschen Baugerichtstag wichtige Impulse für eine Verbesserung des rechtlichen Rahmens für die Beteiligten von Bauprojekten ausgehen. Dass die Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages durchaus auch kontrovers diskutiert und kommentiert werden, liegt in der Natur der Sache und ist im Übrigen erwünscht. Der Deutsche Baugerichtstag zielt nicht darauf ab, Interessen zu vertreten und durchzusetzen. Seine Stärke liegt vielmehr darin, ein unabhängiges Forum bereitzustellen, in dem sich solche Interessen mit dem Ziel Gehör verschaffen können, in einem sachlich fundierten Diskurs zu rechtsdogmatisch abgesicherten, praxisgerechten Lösungen verdichtet zu werden.

Die satzungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben erfordert inhaltliche Vorbereitung und Führung, die von den Leitern und Referenten der einzelnen Arbeitskreise mit großem persönlichem Einsatz wahrgenommen werden. Dafür gebührt Ihnen Dank und Anerkennung. Gleichwohl sind es letztlich die Arbeitskreisteilnehmer, die durch eine engagierte Teilnahme an den Sitzungen der Arbeitskreise während des Baugerichtstages die Voraussetzung für die Erarbeitung sachgerechter Empfehlungen schaffen und erst dadurch dem Baugerichtstag zu einer Stimme verhelfen, die in der Politik wahr- und ernstgenommen wird. Der Erfolg der vergangenen Baugerichtstage hat auf sehr erfreuliche Weise gezeigt, welche positive Dynamik ein solcher, auf die freiwillige Mitwirkung der interessierten Fachkreise gegründeter Meinungsbildungsprozess entwickeln kann. Wir denken, diese Entwicklung mit dem 7. Deutschen Baugerichtstag am 04./05.05.2018 in Hamm fortsetzen zu können.

Der Besuch lohnt sich. Auf dem 7. Deutschen Baugerichtstag werden erstmalig 10 Arbeitskreise tagen und sich durchweg mit spannenden Themenbereichen befassen, wobei hier auch Lösungsansätze für Probleme gesucht werden, die das gesetzliche Bauvertragsrecht nicht geregelt oder gar erst geschaffen hat. Der **Arbeitskreis Ia** wird sich mit der Frage der Notwendigkeit rechtlicher Vorgaben für die Digitalisierung des Bauens befassen. Hier wird es vor allem darum gehen, zu vermeiden, dass sich die Anwendungspraxis und der bestehende Rechtsrahmen (weiter) auseinander entwickeln. Der **Arbeitskreis Ib** wird sich mit dem unter dem neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht für die Rechtsanwender brennenden Problem befassen, welche Abweichungen mit AGB, insbesondere der VOB/B, von den gesetzlichen Vorschriften herbeigeführt werden können.

Der **Arbeitskreis II** (Vergaberecht) wird die Frage erörtern, wie eine Optimierung der Vergabe bei Einsatz qualitativer Wertungskriterien erreicht werden kann. Die bisherige Handhabung, die allein auf den Preis fixiert ist, führt zu teilweise unbefriedigenden Ergebnissen. Hier soll nach Abhilfemöglichkeiten gesucht werden. Mit einem Thema von enormer Praxisrelevanz befasst sich auch der **Arbeitskreis III** (Bauprozessrecht). Das selbständige Beweisverfahren in seiner derzeitigen Ausformung erfüllt die vom Gesetzgeber gewollte

Funktion kaum. Das gilt sowohl im Hinblick auf die Verfahrensdauer als auch die Verwertbarkeit von Beweisergebnissen. Hier ist zu erörtern, welche Veränderungen des Verfahrens die Funktionsfähigkeit des selbständigen Beweisverfahrens erhöhen können.

Der **Arbeitskreis IV** (Architekten- und Ingenieurrecht) befasst sich ebenfalls mit Regelungsbedarf im Anschluss an das gesetzliche Bauvertragsrecht. Die Zielfindungsphase des § 650p BGB schafft in der Anwendungspraxis eine Reihe ungelöster Probleme, die mit den bisherigen gesetzlichen Vorgaben nicht ohne weiteres zu beseitigen sind und daher die Frage nach der Notwendigkeit weitergehender gesetzlicher Regelungen aufwirft. Was ist in der Zielfindungsphase geschuldet und welche Vergütung gibt es?

In Fortsetzung seiner Arbeit beim 6. Baugerichtstag wird sich der **Arbeitskreis V** mit der Bauprodukte-Normung befassen, dort insbesondere mit den Folgen der fehlenden Kohärenz des europäischen Normenwerkes sowie der Frage, ob private Gütesiegel geeignet sein können, die bestehenden Lücken zu schließen. Der **Arbeitskreis VI** (Sachverständigenrecht) wird das Thema „Sachverständigengesetz“ aufgreifen. Bedarf es für eine Sicherung der Qualität einer Begutachtung weitergehender gesetzlicher Bestimmungen? Welche Rolle spielt die Vergütung des Sachverständigen bei gerichtlichen Verfahren?

Der **Arbeitskreis X** (Baubetrieb), wird sich erneut mit der Entwicklung von Standards für die Bewertung Einwirkungen auf den Bauablauf befassen. Das Bauträgerrecht wird als **Arbeitskreis XII** tagen. Wir haben uns entschieden, hier dauerhaft einen eigenen Arbeitskreis für dieses spannende Rechtsgebiet zu schaffen. Beim 7. Deutschen Baugerichtstag wird sich der Arbeitskreis mit der Schnittstelle zwischen WEG-Recht und Baurecht befassen. Abnahme, Mängel und Nachzügler sind hier Stichworte für Konfliktlagen von erheblicher wirtschaftlicher Brisanz für die Beteiligten des Bauträgervertrages.

Der **Arbeitskreis XI** „Innovative Vertragsmodelle“ ist mit dem Ziel gegründet worden, neue Vertragsstrukturen für komplexe Bauvorhaben zu entwickeln, die unter Vermeidung der im klassischen Zwei-Parteien-Vertragssystem üblichen, zuweilen mit desaströsen Auswirkungen auf den Bauablauf ausgetragenen Koordinierungsprobleme Planung und Ausführung als integrativen, von Kooperation aller wichtigen Projektpartner geprägten Prozess versteht. Ein hochspannender Ansatz, der im Ausland bereits erfolgreich gelebt wird.

Bitte informieren sie sich im Einzelnen anhand der folgenden Thesenpapiere über die Tätigkeit der einzelnen Arbeitskreise. Wir würden uns sehr freuen, Sie auf dem 7. Deutschen Baugerichtstag als Teilnehmer eines dieser Arbeitskreise begrüßen zu dürfen.

Der Vorstand des Deutschen Baugerichtstags e.V.

Arbeitskreis Ia – Digitales Planen und Bauen

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch ist Partner der Rechtsanwaltsgesellschaft Kapellmann und Partner mbB in Düsseldorf. Er ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. In seiner Berufspraxis befasst er sich mit Projektstrukturierungen, Projektsteuerung und Projektabwicklung von großen und komplexen Projekten. Er ist gleichzeitig Vorstand des Deutschen Verbandes der Projektsteuerer und Autor zahlreicher Veröffentlichungen, wie z.B. Alleinautor der 4. Auflage des Buches *Projektmanagement und Projektsteuerung* (Werner Verlag) sowie Verfasser weiterer Buchbeiträge und einer Vielzahl von Aufsätzen in Fachzeitschriften. Mit dem Forschungsauftrag *Maßnahmenkatalog zur Nutzung von BIM in der öffentlichen Bauverwaltung unter Berücksichtigung der rechtlichen und ordnungspolitischen Rahmenbedingungen 2013* wurde unter federführender Mitwirkung von Herrn Prof. Dr. Eschenbruch die Umsetzung von BIM auch für öffentliche Auftraggeber vorbereitet. Er ist weiter Mitglied der ARGE InfraBIM, die im Rahmen eines Forschungsauftrages erste BIM-Pilotprojekte in Deutschland wissenschaftlich begleitet. Er ist Fachautor und Referent zum Thema BIM und Herausgeber des 2016 erscheinenden Werkes *BIM und Recht*. Er ist gleichzeitig Lehrbeauftragter für Bauvertragsrecht an der RWTH Aachen.

Referenten

Prof. Dr. Mark von Wietersheim

Prof. Dr. Mark von Wietersheim ist als Geschäftsführer des forum vergabe e.V. tätig sowie seit 1996 in Berlin als Rechtsanwalt zugelassen. Er ist Honorarprofessor an der Hochschule Osnabrück und lehrt dort seit 2006 privates Baurecht sowie Bauvergaberecht. Er war in den Jahren 2001–2009 als Inhouse-Jurist der Deutsche Bahn AG Mitglied der Hauptausschüsse Allgemeines, Hochbau und Tiefbau des DVA. Prof. Dr. von Wietersheim ist Autor zahlreicher

Bücher und Buchbeiträge, u.a. ist er Herausgeber des Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Vergaberecht und im privaten Baurecht.

Jörg Schielein

Jörg Schielein ist Rechtsanwalt und Partner bei Rödl & Partner in Nürnberg und Köln. Er verantwortet bei Rödl & Partner die interdisziplinäre Facility Management Recht Praxis und ist der Koordinator für die Digitalisierung des Geschäftsfelds Rechtsberatung der Kanzlei. Als Leiter des Arbeitskreises Recht und Mitglied des Arbeitskreises International bei GEFMA befasst er sich intensiv mit dem Einfluss der Digitalen Transformation auf die Praxis des Facility Managements. Jörg Schielein ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Facility Management. Gemeinsam mit Dipl. Ing. (FH) Ulrich Glauche ist er fachlicher Leiter der Bundesfachtagung Betreiberverantwortung und Ansprechpartner für das Regelwerksinformationssystem REG-IS von Rödl & Partner. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Organisations- und Technikrecht sowie der Gestaltung von Facility Management Verträgen.

Dr. Alexander Fandrey

Dr. Alexander Fandrey ist Rechtsanwalt bei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB in Düsseldorf und berät dort als Fachanwalt für Vergaberecht die öffentliche Hand bei Auftragsvergaben. Er ist Lehrbeauftragter für Vergaberecht an der Technischen Universität Darmstadt und Mitautor zahlreicher Kommentare zum Vergaberecht. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Vergaberecht und im Zuwendungsrecht.

Dipl.-Ing. Klaus Aengenvoort

Dipl.-Ing. Klaus Aengenvoort ist Geschäftsführer der eTASK Immobilien Software GmbH, Köln und Vorsitzender des Branchenverbands CAFM-Ring Verband für die Digitalisierung im Immobilienbetrieb e.V., Wuppertal.

eTASK stellt eine innovative, webbasierte Plattform für alle technischen und kaufmännischen Prozesse im Betrieb von Immobilien bereit.

Im CAFM-Ring engagiert sich Klaus Aengenvoort insbesondere für ein verbessertes IT-gestütztes Wissensmanagement über den Gesamtprozess von Planung, Bau und Betrieb einer Immobilie.

Klaus Aengenvoort ist Initiator der Standard-schnittstelle CAFM-Connect und leitet seit drei Jahren den Arbeitskreis „Software“ des CAFM-Rings. Er ist in weiteren Funktionen Obmann für die „VDI 2552 Blatt 9 (BIM-Klassifikationen)“, Leiter „DIN NABau 005–01-39–04 AK Kataloge“, Leiter „Katalogausschuss“ des CAFM RING sowie Ansprechpartner „Handlungsfeld Betrieb/Facility Management“ bei planen-bauen 4.0

Als Co-Autor der „Agenda BIM in FM“ setzt er sich im Namen der Verbandsmitglieder dafür ein, das auf Bundesebene diskutierte durchgehende digitale Datenmanagement auf Basis einheitlicher BIM-Standards beim Übergang einer Immobilie in die Betriebsphase pragmatisch zu ordnen.

Sein Diplom als Maschinenbau-Ingenieur legte er 1996 an der RWTH Aachen ab. Nach seiner Tätigkeit als Vertriebsleiter West bei der Lufthansa Gebäudemanagement GmbH von 1997–2000 gründete Klaus Aengenvoort im Mai 2000 die eTASK Service-Management GmbH (heute eTASK Immobilien Software GmbH), Köln.

Ass. jur. Ulrich Langen

Ass. jur. Ulrich Langen, Jahrgang 1953, nach Studium der Rechtswissenschaft verschiedene Tätigkeiten im Haftpflicht-Schaden- und Vertragsbereich der Versicherungsbranche. Seit 1985 als Justitiar und seit 2002 als Prokurist und Mitglied der Geschäftsleitung der AIA AG, Düsseldorf u.a. verantwortlich für die Rechtsabteilung mit Schwerpunkt in den Bereichen Bau-, Architekten- und Versicherungsrecht, Seit 2007 zusätzlich Geschäftsführer der Dienstleistungsgesellschaft für Architekten und Ingenieure mbH. Seit 2011 Arbeitskreisleiter beim Deutschen Baugerichtstag, Mitglied der Arbeitsgruppen „Bauvertragsrecht“ und „Bau-trägerrecht“ des Bundesjustizministeriums, seit 2017 Member of the European Certification Honorary Council, Referent bei Fachtagungen

und Seminaren für Hochschulen, Kammern, Verbände und Institutionen sowie Autor zahlreicher Fachpublikationen u.a. Co-Autor „Handbuch des Fachanwalts für Versicherungsrecht“, „Handbuch HOAI 2013“ und „Architekturpraxis Bauökonomie“.

A. Thema des Arbeitskreises

Normative Leitplanken der Digitalisierung des Planens und Bauens

B. Einführung

von Rechtsanwältin Prof. Dr. Klaus Eschenbruch

Der Arbeitskreis Ia des Deutschen Baugerichtstages wurde im Vorfeld des 6. Deutschen Baugerichtstages 2016 gegründet und befasst sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der Digitalisierung in der Planungs- und Bauwirtschaft. Während des 6. Deutschen Baugerichtstages (2016) wurden in dem gut besuchten Arbeitskreis insgesamt 6 Themenstellungen diskutiert und zur Beschlussfassung gestellt. Dabei haben sich mehrheitlich die in Abb. 1 wiedergegebenen Ergebnisse herauskristallisiert.

Im Rahmen einer Vorbereitungsveranstaltung des Arbeitskreises Ia im März 2017 in Karlsruhe am KIT wurden weitere Fragestellungen untersucht. Sämtliche Beiträge des zur Vorbereitung des 7. Baugerichtstages organisierten Treffens sind inzwischen in der Zeitschrift Bauwirtschaft, Heft 2, 2017, S. 53 f. veröffentlicht. Dabei geht es um folgende Untersuchungsgegenstände:

- Quo Vadis „BIM und Recht“/Professor Dr. Klaus Eschenbruch (Kapellmann)
- BIM-Anwendungsfälle im Rahmen der Beauftragung von Bauunternehmen unter Berücksichtigung unterschiedlicher Unternehmereinsatzformen/Univ.-Prof. Dr.-Ing. Dipl.-Kfm. Shervin Haghsheno (KIT)
- Das BIM-Angebotsportfolio eines Bauunternehmens/Dr. Alexander Kappes (Wolff & Müller, Stuttgart)
- Das BIM-Modell als Single Source of Truth/Univ.-Prof. Dr.-Ing. Katharina Klemt-Albert (Leibniz Universität Hannover)
- Mehrparteiensysteme mit BIM/Dr. Nicolai Ritter (CMS)
- BIM mit Einzelunternehmen – Strukturen und Vertragslösungen/Dr. Jörg L. Boddien (Kapellmann)

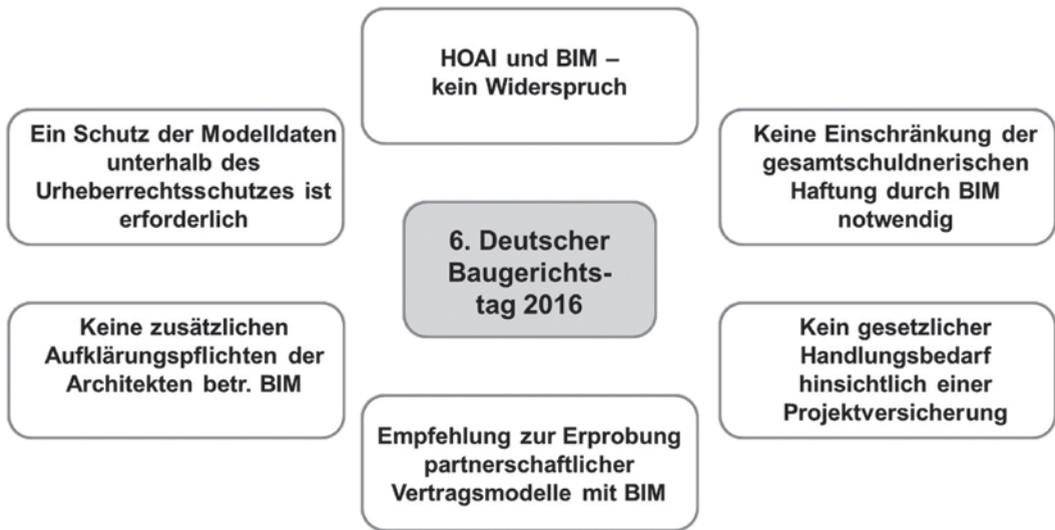


Abb. 1: Ergebnisse des 6. Deutschen Baugerichtstages 2016.

Die vorstehenden Untersuchungen betreffen im Schwerpunkt die BIM-Vertragsgestaltung und die Folgen für die Unternehmereinsatzformen.

Der Arbeitskreis Ia will im Rahmen des Deutschen Baugerichtstages 2018 konkrete Anforderungen an den Gesetz- und Verordnungsgeber bzw. staatliche Institutionen formulieren. Unter dem Oberbegriff

„Rechtliche Leitplanken des datenbankbasierten Planens und Bauens“

soll ein etwaiger Anpassungsbedarf der Vorschriften der VOB/B bzw. VOB/C und des Vergaberechts identifiziert werden. Darüber hinaus sollen Mindestanforderungen an erforderliche Baudokumentationen und an die Haftpflichtversicherung der Beteiligten diskutiert werden. Im Einzelnen geht es um folgende Themenstellungen:

1. Vereinbarkeit von digitalen Arbeitsmethoden mit der VOB/B und der VOB/C – was sind die Forderungen an den Verordnungsgeber?/*Professor Dr. Mark von Wietersheim*
2. Welche Klarstellungen vergaberechtlicher Art sind erforderlich, um öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit der Arbeit mit BIM in vollem Umfang zu eröffnen?/*Dr. Alexander Fandrey*
3. Wie muss den Anforderungen an eine Mindestbaudokumentation bei digitalen Leistungserbringungsprozessen begegnet werden?/*RA Jörg Schielein LL.M. (Rödl & Partner)/Klaus Aengenvoort (eTASK)*

4. Welche Empfehlungen sind für eine sachgemessene Haftpflichtversicherung beim digitalen Planen und Bauen auszusprechen?/*Ass. Ulrich Langen (AIA AG)*

Die Stellungnahmen des 6. Deutschen Baugerichtstages im Arbeitskreis Ia sind durch die Praxis bestätigt worden. Heute ist weitgehend anerkannt, dass die HOAI ein methodenneutrales Preisrecht gewährleistet und digitale Planungsergebnisse, welche Grundleistungen nach der HOAI betreffen, dem Preisrecht unterliegen. Auf dieser Grundlagen haben in der Zwischenzeit einzelne Länderarchitektenkammern (AK Nw 2016) und Bundesarchitektenkammer (2017) Leitfäden/Leistungsbilder für die BIM-Anwendung herausgegeben. Ein entsprechender Leitfaden des AHO wurde im Oktober 2017 vorgestellt. Auch die weiteren Thesen des 6. Deutschen Baugerichtstages haben geholfen, BIM den Weg zu bereiten. Augenblicklich werden sowohl in Umsetzung des Stufenplans des Bundesverkehrsministeriums als auch des Erlasses des Bundesbauministeriums zur notwendigen Prüfung der BIM-Eignung von Bauprojekten mit mehr als 5 Mio. € anrechenbarer Kosten, diverse BIM-Projekte angestoßen. In vielen Pilotprojekten kommt die neue Arbeitsmethode zur Anwendung und wird derzeit in Forschungsvorhaben begleitet.

Die Anforderungen des Stufenplans für die Einführung von BIM im Bereich des Bundesverkehrs-

ministeriums ab 2020 werden derzeit abschließend konkretisiert. Auch eine Vielzahl privater Auftraggeber sowie privater Planungsunternehmen setzt BIM bei ihren Projekten ein. Es ist damit zu rechnen, dass sich die BIM Arbeitsmethode ungeachtet aller insoweit noch bestehenden Erschwernisse auch regulativer Art innerhalb kürzester Zeit durchsetzen wird. Der Entwicklungsfortschritt bei den Softwareprodukten ist rasant. Inzwischen gibt es für praktisch sämtliche Planungsdisziplinen Anwendungsfälle, die praxisrelevante, messbare Vorteile für die betroffenen Marktteilnehmer bereithalten. Dementsprechend wendet sich der 7. Deutsche Baugerichtstag im Rahmen des Arbeitskreises Ia weiteren praxisrelevanten Fragen zur Anpassungsbedürftigkeit von Normen und Vorgehenskonzepten zu, die derzeit noch für Unsicherheit bei den Marktteilnehmern sorgen.

C. Thesen

I. Prof. Dr. Mark von Wietersheim

These 1:

Im Abschnitt 0 der VOB/C sind notwendige Angaben des Auftraggebers für die Arbeitsmethode BIM zu ergänzen, in den Abschnitten 4 der VOB/C müssen zusätzliche, durch die Arbeitsmethode BIM verursachte Leistungen eindeutig als Nebenleistungen oder Besondere Leistungen benannt werden. Die Rundungsvorschriften der Abschnitte 5 der VOB/C sollten grundsätzlich verbleiben und nur für ganz konkrete Fälle modellbasierten Abrechnens Ausnahmen ermöglichen.

These 2:

In der VOB/B sind die vertraglichen Regelungen für die Aufgabenverteilung und insbesondere die Bereitstellung von Ausführungsunterlagen in §§ 3, 4 VOB/B um Regeln für BIM-Projekte zu ergänzen.

Begründung:

Die VOB ist ein Regelwerk, das ursprünglich für die Vergabe öffentlicher Aufträge erstellt wurde. Die VOB ist Teil des Haushaltsrechts bzw. des EU-Vergaberechts. VOB/A-EU und VOB/A-VS haben über die Verweisung in VgV und VSVgV Gesetzes-

wirkung. VOB/B und VOB/C können vertraglich abgeändert werden.

Das Regelwerk ist in seinem Geltungsbereich für alle Verträge über Bauleistungen anzuwenden, unabhängig davon, ob sie Teil eines BIM-basierten Projektes sind oder nicht. Vom Regelgeber ursprünglich nicht beabsichtigt hat sich die VOB außerdem zu einem festen Bestandteil der Vertragswerke zwischen privaten Parteien entwickelt.

Auf diese Rahmenbedingungen ist bei der Fortschreibung der VOB Rücksicht zu nehmen. Sonderregelungen nur für BIM-basierte Projekte konkretisieren das Ziel der VOB, für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen möglichst einheitliche Regelungen zu schaffen.

Daher sollten Anpassungen der VOB an BIM grundsätzlich so gestaltet werden, dass die Regelungen für Verträge und Projekte aller Art angewandt werden können. Aufgrund der generell gegebenen Möglichkeit, vertraglich von der VOB/B und VOB/C abzuweichen, besteht insoweit Spielraum für die Verwender von BIM, so dass durchaus auch Wettbewerb der Systeme möglich ist.

Die VOB/A regelt den Prozess der Vergabe der Bauleistungen. In dieser Phase formuliert der öffentliche Auftraggeber die Vergabe- und Vertragsunterlagen und bereitet so die Vertragsdurchführung vor. Darüber hinaus verweist die VOB/A auf die Abschnitte 0 der VOB/C. Diese Abschnitte 0 werden nicht Vertragsinhalt, enthalten aber nach Art einer Checkliste Hinweise für die Aufstellung der Leistungsbeschreibung. In diese Checkliste sind die für die Kalkulation und die spätere Vertragsdurchführung erforderlichen Informationen (z.B. verwendete Software, vorhandene Schnittstellen) aufzunehmen, damit der Auftraggeber diese bei der Vorbereitung der Vergabe- und Vertragsunterlagen berücksichtigt.

Die VOB/A enthält in §§ 9 ff., 9 EU ff., 9 VS ff. VOB/A Vorgaben für die vom Auftraggeber vorzugebenden Vertragsinhalte, z.B. bezogen auf die Vereinbarung von Vertragsstrafen oder Sicherheiten des Auftragnehmers. Die spezifischen Anforderungen von BIM-Projekten könnten so berücksichtigt werden, dass bestimmte Mindestanforderungen in die VOB/A aufgenommen werden (z.B. generelle Anforderungen an die zu verwendende Software, vgl. insoweit für die Vergabephase § 11a EU VOB/A).

Die vertraglichen Regelungen für die Durchführung von Bauvorhaben sind in der VOB/B vorgesehen. Dort ist daher zu regeln, welcher Vertragspartner wofür zuständig ist (z.B. die Sicherung des Zugangs zur Projektsoftware) sowie wann und wie Daten ausgetauscht werden sollen.

Die VOB/B enthält insbesondere eine Reihe von Ankündigungs- und Hinweispflichten. Diese sind nicht als Formalie anzusehen, sondern dienen der gegenseitigen Information und und ggf. Warnung. Auf diese Weise soll eine partnerschaftliche Durchführung des Projektes unterstützt werden. Dieser Zweck darf durch moderne Formen der Kommunikation nicht entwertet werden. Eine Mängelrüge mit Kündigungsandrohung durch den Auftraggeber oder der Bedenkenhinweis des Auftragnehmers sind wichtige und folgenreiche Erklärungen.

Im Hinblick auf die zusätzlichen Leistungen, die sich bei der Verwendung von BIM ergeben, ist in der VOB/C eine klare Zuweisung zu (von der ursprünglich Vergütung erfassten) Nebenleistungen und (bei nachträglicher Beauftragung zusätzlich zu vergütenden) Besonderen Leistungen vorzusehen.

Im Hinblick auf den weiten Anwendungsbereich der VOB sollten auch die Abrechnungsregeln möglichst wenige BIM-spezifische Regelungen enthalten.

II. Thesen von Dr. Alexander Fandrey: Digitalisierung und Vergaberecht

These 1:

Der Gesetzgeber wird aufgefordert, das Gebot der Losvorgabe aus § 97 Abs. 4 GWB dahingehend zu konkretisieren, dass bei Einsatz der BIM-Planungsmethode generell Ausnahmen zulässig sind; der Ordnungsgeber wird aufgefordert, § 12 Abs. 2 VgV dahingehend zu ergänzen, dass einheitliche Vorgaben für Planungssoftware und Datenplattformen zugelassen sind.

These 2:

Im Wettbewerb mit Objekt- und Generalplanern soll von den Bieter ein BIM-Abwicklungsplan abgefragt und als Zuschlagskriterium bewertet werden können.

Begründung:

Das Vergaberecht sieht in § 97 Abs. 4 GWB das Gebot der Losvorgabe vor. Die Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen nur zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Im Grundsatz sind daher auch einzelne Planungsdisziplinen in getrennten Vergaben zu beauftragen. Ob der Einsatz der BIM-Planungsmethode a priori eine Ausnahme von dem Gebot der Losvorgabe rechtfertigt, ist nicht abschließend geklärt. Es ist im Hinblick auf die Anwendungssicherheit zweckmäßig klarzustellen, dass bei Einsatz der BIM-Arbeitsmethode Vergaben an Generalplaner bzw. eine Gemeinschaft von mehreren Planern ohne Einschränkungen zulässig sind. Auftraggeber sollen in der Lage sein, von vornherein BIM-erfahrene, eingespielte Planungsteams (z.B. als Generalplaner) zu beauftragen. Bestimmte BIM-Anwendungen lassen sich in der Ausführung vornehmlich durch Generalunternehmer umsetzen (wie etwa die Erarbeitung und Bereitstellung einer as-built-Dokumentation). Auch sollte die Vorgabe von einheitlicher Planungssoftware für eine Vielzahl von Planungs- und Ausführungsbeteiligten sowie die Vorgabe einer zentralen einheitlichen Datenplattform für alle Projektbeteiligten für zulässig erklärt werden. Hinsichtlich des letzteren Punktes ist eine Klarstellung in § 12 Abs. 2 VgV zweckmäßig. Unter diesen Prämissen könnten öffentliche Auftraggeber rechtssicher Beauftragungen nach Maßgabe unter Einsatz der BIM-Einsatzmethode durchführen.

Wenn Planungs- oder Bauleistungen mit BIM-Inhalten vergeben werden sollen, hat der Auftraggeber die in Betracht kommenden Zuschlagskriterien unter Berücksichtigung des Gebots der Wirtschaftlichkeit und der an die BIM-Methode zu stellenden Anforderungen zu definieren. Zuschlagskriterium können dabei auch hinlängliche Erfahrungen des angebotenen Projektteams mit den modellbasierten Methoden sein. Im Sinne qualitätsorientierter Beschaffungen kann es überdies sinnvoll sein, die Auswahlentscheidung (Zuschlagskriterium) danach auszurichten, ob Bieter in der Lage sind, projektbezogene Konzepte für den BIM-Einsatz bereitzustellen. Im Wettbewerb soll deshalb der Auftraggeber von den Bieter einen BIM-Abwicklungsplan abfragen können,

in dem die Herangehensweise an den BIM-Einsatz, die Workflows und Zuständigkeiten genau definiert sind. Die Qualität eines entsprechenden BIM-Abwicklungsplans kann nach vordefinierten Kriterien bewertet werden.

III. Thesen von RA Jörg Schielein/Klaus Aengenvoort: Mindestanforderungen an die Baudokumentation

These 1:

Bundesbauministerium (BMUB) und Verkehrsministerium (BMVI) sollten ihre Dokumentationsanforderungen so abändern, dass die Baudokumentation modellbasiert erstellt und gespeichert werden kann. Dabei soll der IFC-Datenstandard ausdrücklich zugelassen werden.

These 2:

Die Ministerien sollen für ihren Geschäftsbereich die Standardmuster für Bauverträge so anpassen, dass der Bauherr einer neu gebauten Immobilie spätestens am Tag der Abnahme/Inbetriebnahme einen Anspruch auf Erhalt aller Dokumente hat, die einen gesetzeskonformen Betrieb der Immobilie ermöglichen. Dabei soll der sukzessive Aufbau der notwendigen Daten in einem Datencontainer wie IFC gestattet/vorgesehen werden.

Begründung:

Die heute geltenden Gesetze enthalten einen reichen Fundus von Pflichtdokumenten für die Herstellung und den späteren Betrieb einer Immobilie. Die Bundesministerien haben sehr anspruchsvolle Anforderungskataloge an eine Baudokumentation definiert. Diese Anforderungen berücksichtigen das modellbasierte Planen und Bauen noch nicht. Sie enthalten auch keine klare Regelung zu den notwendigen Betreiberinformationen, Bauvertragsklauseln, die einen sukzessiven Aufbau der Dokumentation entlang der Tätigkeit der Planungs- und Baubeteiligten vorsehen, existieren bislang nicht.

Wenngleich die geltenden Gesetze einen ausreichenden Rahmen für die Ableitung von Pflichtdokumenten für einen gesetzeskonformen Betrieb einer Immobilie hergeben, existieren bislang keine auf das modellbasierte Planen und Bauen zugeschnittenen Anforderungen. Die aktuellen Regel-

werke müssen angepasst werden. Des Weiteren ist vorzusehen, dass Baudokumentationen in einem Datencontainer gespeichert werden können, etwa über den IFC-Datenstandard. Zu überlegen ist, ob der Gesetzgeber nicht Eigentümer privilegieren soll, etwa in Genehmigungs- oder Zuwendungsverfahren, die alle zum gesetzeskonformen Betrieb einer Immobilie benötigten Bestands- und Betriebsdokumente in einem offenen IFC-Datenstandard an geeigneter Stelle auch für Dritte (Behörden und berechtigte Dritte) einsehbar vorhalten. Schnittstellen zu Planungs- und Bauverträgen, in denen Auftragnehmer entsprechende Daten von vornherein weiter verarbeitbar zur Verfügung stellen müssen, sollten entwickelt werden.

IV. Thesen von Ass. jur. Ulrich Langen (AIA AG): Haftpflichtversicherungslösungen für modellbasiertes Planen

These 1:

Die bisher üblichen Berufshaftpflichtversicherungslösungen sind für die Absicherung von digital geplanten und gebauten Projekten aufgrund unterschiedlicher Versicherungssummen und Bedingungswerke mit zum Teil gravierenden Ausschlüssen nur eingeschränkt tauglich.

These 2:

Alle Marktteilnehmer, insbesondere öffentliche Auftraggeber, sollten bei digital bearbeiteten Bauprojekten im Rahmen einer Vorteilhaftigkeitsuntersuchung Gesamtversicherungsmodelle erwägen und bei Vorteilhaftigkeit beauftragen.

Praktische Erfahrungen zur Haftung bei digitalem Planen und Bauen:

Digitalen Medien und Werkzeugen ist immanent, dass sie den Nutzern ein Grundgefühl der Zuverlässigkeit und Sicherheit vermitteln. Dieses Vertrauen ist zwar grundsätzlich berechtigt, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass von Menschen gemachte Programme unter bestimmten Umständen fehlerbehaftete Ergebnisse liefern können. Darin und in der weiteren Tatsache, dass Arbeitsabläufe durch digitalisierte Verarbeitung in erheblichem Umfang beschleunigt werden, liegt die Ursache für neue haftungsrelevante Fehlerquellen, die zwar „nur“ auf Flüchtigkeiten zurückzuführen sind, aber

dennoch zu gravierenden Schadenersatzansprüchen führen können (wie z.B. Mengenermittlungsfehler durch Fehleingaben; Nordrichtungspfeil im Plan falsch eingetragen – das Gebäude wird mit Eingang zur Gartenseite errichtet; bei gegenüberliegenden baugleichen Parkhäusern wird übersehen, dass die Rampenzufahrt hätte gespiegelt werden müssen).

Insbesondere kann es beim Einsatz von Open-BIM aufgrund der Schnittstellenproblematik zu Datenverlusten und daraus resultierenden Fehlern kommen.

Zusammenfassend kann man aus heutiger Sicht festhalten, dass durch digitales Planen und Bauen einerseits zwar Fehler vermieden werden können; andererseits aber neue Fehlerquellen entstehen. Nach den bisherigen Erfahrungen hält sich beides noch ungefähr die Waage, wobei die Hoffnung besteht, dass es bei verstärktem Einsatz von BIM und durch Programm-Updates zu einem leichten Rückgang der Schäden kommen könnte.

Da sich digitales Planen und Bauen in erster Linie als veränderte Arbeitsmethodik mit digitalen Werkzeugen darstellt, begegnet die Versicherungswirtschaft dem Thema im Wesentlichen mit den bekannten Lösungen. D.h. für die Planer gelten die bestehenden Versicherungsverträge der jeweiligen Gesellschaft mit unterschiedlichen Versicherungssummen und Bedingungswerken.

In allerneusten Bedingungen spezialisierter Anbieter wird klargestellt, dass die Nutzung von BIM-Software und die gesetzliche Haftpflicht aus der beruflichen Tätigkeit im Rahmen von BIM-Projekten mitversichert ist, obwohl zuvor kein entsprechender Ausschluss bestanden hat. Derartige Klauseln haben lediglich den Sinn, Risiken genauer erfassen zu können und Modernität unter Beweis zu stellen.

Obwohl BIM-Manager, Gesamt- oder Fachkoordinatoren als klar definierte Berufsbilder noch keinen vollständigen Eingang in die einschlägigen Regelwerke gefunden haben, bieten zumindest die auf den Baubereich spezialisierten Versicherer Berufshaftpflichtversicherungsschutz auf Basis ihrer jeweiligen Bedingungswerke an. Insoweit entspricht die Absicherung dem bisher üblichen Standard.

Für den Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft spielt digitales Planen und Bauen in den aktuellen „Besondere Bedingungen und

Risikobeschreibungen für die Berufshaftpflichtversicherung von Architekten, Bauingenieuren und Beratenden Ingenieuren – (BBR) Musterbedingungen des GDV (Stand: Februar 2016) keine Rolle. Im Gegenteil: die als Basis des Versicherungsschutzes geltenden „Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) – Musterbedingungen des GDV (Stand: Februar 2016) enthalten in Ziffer 7. 15 umfangreiche Einschränkungen: danach sind nämlich vom Versicherungsschutz ausgeschlossen:

„Haftpflichtansprüche wegen Schäden aus dem Austausch, der Übermittlung und der Bereitstellung elektronischer Daten, soweit es sich handelt um Schäden aus

- (1) Löschung, Unterdrückung, Unbrauchbarmachung oder Veränderung von Daten,
- (2) Nichterfassen oder fehlerhaftem Speichern von Daten,
- (3) Störung des Zugangs zum elektronischen Datenaustausch,
- (4) Übermittlung vertraulicher Daten oder Informationen“

Die bloße Übertragung der bisherigen Versicherungslösungen auf digitales Planen und Bauen wird zwangsläufig zu einer deutlichen Steigerung der Kosten für die Schadenabwicklung führen. Wegen der Erforderlichkeit der Klärung der internen Haftungsverteilung wird nicht nur in erheblichem Umfang Zeit verloren gehen, sondern es wird neben den bautechnischen Fragen zusätzlich anhand der Logbuch-Einträge durch einen EDV-Sachverständigen mit Kenntnissen in Planungsabläufen zu klären sein, wer den Fehler intern verursacht hat. Hier müsste sich ggf. ein neues Sachverständigenberufsbild erst noch entwickeln.

Die Alternative zur bisherigen Absicherung ist ein Gesamtversicherungsmodell, bei dem alle objektbeteiligten Planer durch eine projektbezogene gemeinschaftliche Absicherung versichert werden.

Das hat zunächst für den Bauherrn und alle Planer den Vorteil, dass projektangemessene, ausreichende Versicherungssummen gelten, Deckungslücken nach § 38 VVG weitgehend entfallen und inhaltlich ein einheitliches Bedingungswerk gilt, das den Besonderheiten der digitalen Planungs- und Bauprozesse Rechnung trägt.

Im Schadenfall hat der Auftraggeber zusätzlich den Vorteil, dass er statt mit mehreren Planern und Versicherern nur mit einem Versicherer verhandeln muss. Selbst gerichtliche Verfahren gegen mehrere Planer können schneller abgewickelt werden, da das Interesse des Versicherers an der Feststellung des Schadenverursachers zur Sicherung etwaiger Regressansprüche zumindest im Kreis der Planungsbeteiligten entfällt. Die Planer haben darüber hinaus weitere erhebliche Vorteile: Streitigkeiten untereinander über Planungs- oder Überwachungsfehler entfallen. Bestehende Jahresversicherungsverträge werden mit Schäden aus separat versicherten Projekten nicht belastet, was langfristig betrachtet sogar zu neuen Versicherungsmodellen mit Beitragsreduzierung führen kann. Durch die vom Versicherer durchzuführende Risikoprüfung erfolgt gleichzeitig eine Präqualifizierung, die sich qualitätssteigernd auswirkt.

Die Schadenabwicklung kann deutlich schneller und effizienter durchgeführt werden, da ohne weitere Differenzierung nur zu prüfen ist, ob ein mitversicherter Planer für den Schaden (mit)haftet. Wenn ja, sind nach Klärung der Schadenhöhe nur noch etwaige Regressansprüche gegen ggf. mithaftende Unternehmer zu sichern.

Zu den Auswirkungen für die Schadenabwicklung liegen entsprechend positive praktische Erfahrungen bereits aus dem Bereich der Generalplanerobjektversicherung vor, bei der neben dem

Generalplaner auch alle Subplaner der 1. und sogar 2. Ebene mitversichert sind. Mit großer Wahrscheinlichkeit werden sich entsprechende Effekte auch bei digital geplanten und gebauten Objekten einstellen.

Vergleicht man die Versicherungskosten, so lässt sich zunächst feststellen, dass die Summe aller Beiträge aus einzeln abgeschlossenen objektbezogenen Versicherungen wegen der üblichen Degression der Tarife deutlich teuer ist als eine Gesamtabsicherung. Der Regelfall dürfte sich aber eher so darstellen, dass für die Beteiligten bereits generelle Jahresversicherungsverträge bestehen. Dann lassen sich Beitragsvor- oder Nachteile realistisch nur unter der Prämisse darstellen, dass den Jahresversicherungen Tarife zugrunde liegen, die nach Honorar- oder Bausumme berechnet werden. Nur in diesem Fall ist eine Beitragsreduzierung durch Ausgliederung eines Teiles des Risikos möglich und kalkulierbar. In der Regel liegen den modernen Jahresversicherungen tatsächlich auch derartige Tarife zugrunde, da nur damit Auftragsschwankungen der einzelnen Büros sowie Entwicklungen der Baukonjunktur angemessen Berücksichtigung finden können.

Nach durchgeführten Modellrechnungen ergeben sich unter Berücksichtigung der Beitragsreduzierung der Jahresverträge zugunsten des Gesamtversicherungsmodells deutliche Beitragsvorteile, die in der Summe durchaus im 2stelligen Prozentbereich liegen können.

Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht

Arbeitskreisleiter

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Philipps-Universität Marburg

Wolfgang Voit ist Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht und Wirtschaftsrecht an der Philipps-Universität Marburg. Er betreut dort unter anderem den berufsbegleitenden LL.M.-Masterstudiengang Privates Baurecht und die Zusatzqualifikation im privaten Baurecht. Er war Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJV und der Unterarbeitsgruppen Architektenrecht und Sicherheiten. Neben seiner universitären Tätigkeit ist er als Gutachter und Schiedsrichter tätig.

VorsRi KG Björn Retzlaff, Berlin

VorsRi KG Björn Retzlaff ist Vorsitzender eines Bausenats am Kammergericht. Zuvor war er Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen am Landgericht Berlin. Nebenberuflich ist er als Schiedsrichter und Dozent tätig.

Referenten

Dr. Edgar Joussen

Dr. Edgar Joussen, 53 Jahre, Rechtsanwalt seit 1995 in der Kanzlei Joussen & Schraner, Berlin, Lehrbeauftragter der Philipps Universität Marburg, Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen (u.a. gemeinsam mit Klaus Vygen Bauvertragsrecht nach VOB/B und BGB, erscheint jetzt in neuer aktualisierter 6. Auflage unter Berücksichtigung des neuen Bauvertragsrechts, Mitautor im Ingenstau/Korbion, dort u.a. zum Sicherungsrecht und zu prozessrechtlichen Vorschriften, sowie zum Handbuch „Bauverzögerung und Leistungsänderung“, 7. Aufl. 2015), Schiedsrichter und regelmäßiger Dozent für Seminare zum Baurecht.

Dr. Bernhard von Kiedrowski

Dr. Bernhard von Kiedrowski, 50 Jahre alt, Rechtsanwalt seit 1995, von Kiedrowski | Caspary Rechtsanwälte, Berlin. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist er seit über 15 Jahren als Dozent im Bereich der Aus- und Fortbildung

sowohl für die Anwaltschaft wie auch für die Justiz tätig.

Prof. Dr. Werner Langen

Prof. Dr. Werner Langen, 59 Jahre alt, Rechtsanwalt seit dem Jahr 1984, Sprecher der geschäftsführenden Partner bei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Honorarprofessor für Bauvertragsrecht an der Universität zu Köln, hat sich intensiv mit dem neuen Recht befasst (u.a. NZBau 2015, 658 ff.; Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, ca. 550 Seiten, erscheint in diesen Tagen – hat in diesem Kommentar u.a. die §§ 650a–d BGB kommentiert; darüber hinaus zahlreiche Veröffentlichungen zum Baurecht, u.a. Kommentierung in Kapellmann/Messerschmidt VOB/B, Miterausgeber Nomos Kommentar zum BGB Bd. 2 Schuldrecht, Kapellmann/Langen Einführung in die VOB/B, 26. A. 2017, Langen/Schiffers, Bauplanung und Bauabwicklung, 2005, darüberhinaus zahlreiche Veröffentlichungen und Vorträge zu allen Bereichen des Bauvertragsrechts.

Weitere Teilnehmer des Arbeitskreises

RiAG Florian Geck, Karlsruhe

RiBGH Dagmar Sacher, Karlsruhe

Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, Universität Heidelberg

A. Thema des Arbeitskreises

VOB/B und das gesetzliche Bauvertragsrecht

B. Einleitung (Voit/Retzlaff)

Das neue Bauvertragsrecht des BGB orientiert sich zwar in weiten Teilen an den Regelungen, die im Laufe der letzten Jahre und Jahrzehnte für die Bauverträge der öffentlichen Hand vom DVA in der VOB/B entwickelt wurden, es gibt aber auch gravierende Unterschiede. Insbesondere die im Gesetzgebungsverfahren besonders umstrittenen Mechanismen zur Leistungsänderung und zur Preisanpassung sind eigenständig ausgestaltet worden. Aber auch die Einteilung in einerseits Änderungen des Werkerfolgs und andererseits Änderungen zur

Erreichung dieses Erfolgs entsprechen nicht der Grenze zwischen § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B. Das Textformerfordernis für die Änderungsanordnung ist ebenfalls neu.

Die Regelungen der VOB/B müssen sich an den neuen gesetzlichen Vorschriften messen lassen, soweit diese i.S.v. § 307 Abs. 2 BGB als gesetzliches Leitbild anzusehen sind und sie nicht durch die Gesamtprivilegierung des § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB von der Inhaltskontrolle freigestellt sind. Die Möglichkeit, die VOB/B im Ganzen zu vereinbaren und so – unabhängig von einer Inhaltskontrolle der einzelnen Klauseln – den Vertrag nach dem bekannten Modell der VOB/B durchzuführen, besteht auch nach dem neuen Bauvertragsrecht, aber sie ist mit erheblichen Risiken verbunden. Zunächst kann die Frage gestellt werden, ob die VOB/B (2016) insgesamt so stark vom Leitbild des neuen Bauvertragsrechts abweicht, dass diese nicht mehr von der Gesamtprivilegierung erfasst ist. Auch wenn man mit namhaften Stimmen in der Literatur die Freistellung von der Inhaltskontrolle durch eine solche Gesamtbetrachtung beschränken möchte, wird diese Grenze jedoch hier nicht überschritten. Mit dem neuen Bauvertragsrecht rückt das BGB vielmehr an das Regelungssystem der VOB/B heran. Damit wäre es unvereinbar, der schon nach dem bisherigen Recht privilegierten VOB/B nun die Gesamtausgewogenheit abzusprechen.

Risiken für den Verwender bestehen aber, wenn diese in modifizierter Form in den Vertrag einbezogen wird und deshalb ihre einzelnen Bestimmungen einer Inhaltskontrolle unterliegen. Vielfach wird den Vertragsparteien die Modifikation der VOB/B bewusst sein, so dass sie vertraglich Vorsorge treffen können. Immer wieder aber gibt es Fälle, in denen unbeabsichtigt eine vertragliche Vereinbarung die Gesamtprivilegierung entfallen lässt.

Durch die Diskussionen im Arbeitskreis soll das Spannungsfeld BGB – VOB/B in doppelter Hinsicht ausgelotet werden:

- Zum Einen sollen die Spielräume ausgelotet werden, die die §§ 650b bis 650d BGB für die AGB-Gestaltung bieten. Dabei werden einige der zentralen Bestimmungen der VOB/B auf ihre Vereinbarkeit mit den Regelungen des neuen Bauvertragsrechts untersucht, denen die Funktion eines gesetzlichen Leitbilds zukommt. Zur besseren Strukturierung werden Thesen mit

dieser Blickrichtung in der folgenden Zusammenstellung mit dem Buchstaben A gekennzeichnet („A-Thesen“).

- Zum Anderen soll geklärt werden, welche Änderungen der VOB/B nach dem Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts aus Sicht der Teilnehmer sinnvoll oder wünschenswert sind. Solche Thesen werden nachfolgend mit dem Buchstaben B gekennzeichnet („B-Thesen“).

Die Ergebnisse des Arbeitskreises werden somit auch Ansätze für die Vertragsgestaltung außerhalb der VOB/B aufzeigen. Man wird keine Rechtsicherheit bei der Gestaltung erwarten können, die Vertragspraxis dürfte sich aber zumindest auf einen etwas umfassenderen Meinungsstand stützen können.

Da die Diskussion noch am Anfang steht und die Meinungen auch im Arbeitskreis noch auseinandergehen, verstehen sich die Thesen nicht als Ergebnis einer Diskussion, sondern als Aussagen, die mit Argumenten pro und contra versehen werden. Auf diese Weise soll eine möglichst breite Grundlage für die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Arbeitskreises gelegt werden, die es allen ermöglicht, sich eine Meinung zu bilden und mit zu diskutieren.

C. Leistungsänderungsrechte der VOB/B vor dem Hintergrund des Anordnungsrechts nach § 650b BGB

I. Einführung (von Kiedrowski)

Nach § 311 Abs. 1 BGB bedarf es zur Begründung eines Schuldverhältnisses wie auch zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses eines Vertrages der Beteiligten, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Mit der Neuregelung in § 650b BGB wird dem Besteller eines Bauvertrages nunmehr das Recht eingeräumt, einseitig eine Vertragsänderung anordnen zu können.

Die grundsätzlich zu befürwortende gesetzliche Regelung baurechtlicher Anordnungsrechte weist aber in einem für die Praxis maßgeblichen Punkt relevante Unterschiede zu den bestehenden Regelungen in § 1 Abs. 3 und § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B auf. So kann der Besteller die Vertragsänderung nämlich nicht sofort anordnen, sondern muss als Nadelöhr erst eine Verhandlungsphase durchlaufen, um mit dem Unternehmer ein Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung

zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anzustreben. Erst dann, wenn die Parteien 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung erzielt haben, kann der Besteller die Änderung anordnen; dies gilt selbst für solche Anordnungen nach § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, also bereits um Umfang der Verpflichtung zur Herstellung eines funktionalen Werkerfolgs erfasst sind.

Natürlich kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, den Stillstand auf Baustellen angestrebt zu haben. Es muss aber festgestellt werden, dass ein zeitlich bedingtes Anordnungsrecht dem Unternehmer gesetzliche Mittel zur Hand reicht, auf Obstruktion setzen zu können, um die eigene Verhandlungsposition zu stärken. Besteht das Anordnungsrecht nämlich erst 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens in Form der Vorlage von Planungsunterlagen (wobei der Besteller im Vertragsverhältnis zum Architekten, für den die Regelung gleichermaßen gilt, die Planungsanordnung erst nach 30 Tagen aussprechen kann), kann ein zwischenzeitlich bestehender Baustillstand für den Besteller katastrophale wirtschaftliche Folgen haben.

Sah der Regierungsentwurf für die Parteien noch die Möglichkeit vor, alternativ zu § 650b BGB auf die für den (Regel-)Fall einer nicht im Ganzen vereinbarten VOB/B einer AGB-Kontrolle entzogenen Regelungen in §§ 1 und 2 VOB/B zurückgreifen zu können, hat der Gesetzgeber diesen Ansatz auf den letzten Metern des Gesetzgebungsverfahrens verworfen.

Damit stellt sich die Frage, ob die zeitlich unbedingten, nur mit einer eingeschränkten Zumutbarkeitskontrolle versehenen sowie formfrei zu erklärenden Anordnungsrechte der VOB/B künftig einer AGB-Kontrolle standhalten bzw. welche vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten für beide Vertragsparteien bestehen.

II. Grundstruktur des Leistungsänderungsrechts

1. These 1 B

Die in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B vorgesehene Unterscheidung sollte an die Differenzierung

in § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB zwischen Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs (gewillkürte Änderung) und Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs notwendig sind (notwendige Änderung) angepasst werden.

2. These 2 A

In AGB des Bestellers oder des Unternehmers ist eine Regelung nach dem folgenden Muster wirksam:

„In Abweichung von § 650b Abs. 2 S. 2 BGB muss der Unternehmer nicht nur eine gewillkürte Änderung (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB), sondern auch eine notwendige Änderung (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB) nur ausführen, wenn sie ihm zumutbar ist.“

Pro	Contra
Die Zumutbarkeit in diesem Zusammenhang entspricht den allgemeinen Biligkeits-erwägungen gem. § 315 BGB.	Der Unternehmer hat das Erreichen des Erfolgs im Vertrag zugesagt; dieses Versprechen wird ausgehöhlt, wenn er sich bei Unzumutbarkeit (nicht erst bei Unmöglichkeit) davon lösen kann.
Die Abgrenzung zwischen einer gewillkürten und einer notwendigen Änderung kann Probleme aufwerfen; daher sollte es in beiden Varianten auf die Zumutbarkeit (ggf. mit einer Beweislast beim Unternehmer) ankommen.	Eine innerhalb des vereinbarten Erfolgs notwendige Änderung ist stets zumutbar, so dass das Kriterium anders als bei der Änderung des vereinbarten Erfolgs hier nicht erforderlich ist.

3. These 3 B

Soweit die VOB/B auch die Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) vorsieht, sollte dies wie in § 650b Abs. 2 Satz 2 BGB auch von der Zumutbarkeit der Änderung abhängig gemacht werden.

4. These 4 A

In AGB des Bestellers ist es zulässig, den Begriff der Unzumutbarkeit bei der Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) auf die Fälle des § 275 Abs. 2 und 3 BGB zu beschränken.

Pro	Contra
Abgrenzung zwischen Unzumutbarkeit nach § 650b Abs. 1 Satz 2 und 3 sowie § 275 Abs. 2 und 3 BGB ist schwierig.	Damit wird das Änderungsrecht über das Leitbild hinaus erweitert; bisher wurde das uneingeschränkte Anordnungsrecht in § 1 Abs. 3 durch Billigkeitserwägungen nach § 315 BGB beschränkt; dies würde aufgegeben.

5. These 5 A

Die Beweislastverteilung für die Zumutbarkeit kann in AGB des Bestellers nicht anders geregelt werden als in § 650a Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB.

Pro	Contra
§ 309 Nr. 12 BGB hat im unternehmerischen Verkehr Indizwirkung und dürfte zur Unwirksamkeit einer solchen Beweisregel führen.	

6. These 6 B

Die Beweislastverteilung für die Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit sollte in der VOB/B den Regelungen des § 650 Abs. 1 Satz 3 BGB folgen.

7. These 7 A

In AGB des Bestellers oder des Unternehmers ist eine Regelung nach dem folgenden Muster wirksam:

„Leistungsänderung im Sinne von § 650b BGB ist auch eine Anordnung des Bestellers, durch die die Leistung des Unternehmers auf einen späteren Zeitpunkt als vertraglich vereinbart verschoben wird.“

Pro	Contra
Gegenwärtig werden solche Anordnungen, bei denen es sich nicht um „Beschleunigungsanordnungen“ handelt, bereits überwiegend als Fälle von § 1 Abs. 3 VOB/B angesehen. Zu dem vereinbarten Werkerfolg gehört gleichrangig die Leistung in der vereinbarten Zeit.	Das Leistungssoll wird nicht inhaltlich geändert, es wird nur der Zeitpunkt der Leistung verschoben.

Pro	Contra
Der Unternehmer kann damit die aus der Leistungsänderung abgeleiteten bauzeitbezogenen Mehrvergütungsansprüche auf Grundlage der 80 %-Regelung des § 650c Abs. 3 BGB geltend machen. Das ist sachgerecht, weil diese Mehrkosten auf einem Änderungswunsch des Bestellers beruhen.	Die Leistungsänderung müsste dann einer der beiden Gruppen der Änderungsrechte in § 650b BGB zugeordnet werden. Wenn man nicht annimmt, dass die zeitliche Änderung den vereinbarten Erfolg ändert, gäbe es bei dieser Klausel keine Zumutbarkeitsgrenze für zeitliche Anordnungsrechte.

8. These 8 A

In AGB des Bestellers ist eine Regelung nach dem folgenden Muster unwirksam:

„Trägt der Besteller im Sinne von § 650b Abs. 1 BGB die Planungsverantwortung für die Bauleistung, kann er anordnen, dass der Unternehmer eine geänderte Leistung nicht nur auszuführen, sondern die Leistungsänderung auch zu planen hat.“

Pro	Contra
Das Gesetz geht davon aus, dass die Planung bei der Partei verbleibt, die sie im Vertrag übernommen hat. Die Klausel erlaubt es dem Besteller, diese Regel zu durchbrechen.	Bei einer entsprechenden Vergütung der Planungsleistung wird der Unternehmer nicht unbillig benachteiligt

9. These 9 B

Die VOB/B sollten eine Regelung vorsehen, wonach ein Besteller, der i.S.v. § 650b Abs. 1 BGB die Planungsverantwortung für die Bauleistung trägt, nicht befugt ist, diese im Rahmen der Leistungsänderung dem Unternehmer zu übertragen.

III. Ausschluss des Verhandlungsmodells gem. § 650b Abs. 1 BGB

1. These 10 A

Das einseitige Leistungsänderungsrecht der VOB/B hält einer Inhaltskontrolle stand, auch wenn es nicht voraussetzt, dass eine Verhandlungsphase durchlaufen wurde.

Pro	Contra
§ 650b öffnet den Grundsatz „pacta sunt servanda“ für ein einseitiges Anordnungsrecht; die Ausgestaltung in Form der Verhandlungsphase gehört nicht zum Leitbild.	Der Gesetzgeber hat das Anordnungsrecht eigenständig ausgestaltet und es von einem Scheitern der Einigung abhängig gemacht; die Verhandlungsphase gehört zum gesetzlichen Leitbild. Der Unternehmer soll Gewissheit über die Einordnung als Vertragsänderung und die Vergütungshöhe erhalten. Der Besteller soll vor der Anordnung wissen, welche Mehrkosten auf ihn zukommen.
Der Gesetzgeber wollte keinen Stillstand auf der Baustelle.	Der Vorrang der vertraglichen Vereinbarung wurde klar kodifiziert. Eine einseitige Änderung soll ultima ratio sein und setzt ausdrücklich eine Verhandlungsphase voraus.
Es besteht ein besonderes Interesse des Bestellers an einem sofortigen Anordnungsrecht; der Unternehmer wird deshalb hierdurch nicht unangemessen benachteiligt i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.	Der Gesetzgeber hat das Bestellerinteresse an einer Änderungsanordnung im Bauvertrag abgewogen, sodass dieses keine generelle Abweichung vom Leitbild rechtfertigen kann. Nur bei besonderen Bestellerinteressen kann eine Abweichung gerechtfertigt sein.
Die 80-Prozent-Regelung gehört nicht zum gesetzlichen Leitbild. Sie könnte auch auf ein nachlaufendes Nachtragsangebot des Unternehmers bezogen werden.	Die 80-Prozent-Regelung knüpft an das Angebot i.S.d. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB an, so dass sie durch einen Verzicht auf die Einigungsphase unterlaufen wird.
Mit dem Anordnungsrecht in § 650b BGB „rückt“ das Gesetz „an die Regelung der VOB/B heran“, dies spricht für die Wirksamkeit der Regelung auch ohne Verhandlungsphase.	Der Gesetzgeber hat sich bewusst für eine eigenständige Ausgestaltung und gegen eine Teilprivilegierung der VOB/B entschieden.
§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B enthalten bereits eine Sollvorschrift über eine Einigung vor der Ausführung. Selbst wenn die Einigung scheitert, hat der Unternehmer wegen dieser Regelungen Gewissheit über die Vergütung.	Das Gesetz verlangt zwingend einen Einigungsversuch über die Änderung und deren Vergütung.

Pro	Contra
Sofern der Besteller die Planungsverantwortung trägt, hat er es ohnehin in der Hand, durch Nichtvorlage der Planung das Angebot des Unternehmers unmöglich zu machen. Die 30-Tages-Frist verstreicht dann und es entsteht ein Anordnungsrecht ohne Verhandlung. Dann kann diese auch gleich vertraglich ausgeschlossen werden.	Der Besteller verstößt gegen vertragliche Obliegenheiten, wenn er die Planung nicht vorlegt. Es ist zweifelhaft, ob in dieser Konstellation nicht die 30-Tages-Frist erst mit der Planvorlage beginnt.
Anordnungsrecht kann nur nach billigem Ermessen i.S.v. § 315 BGB ausgeübt werden.	Dies ergibt sich nur sehr mittelbar aus der VOB/B. Es stellt den Vorrang des Einigungsprinzips nicht in Frage.
Vergaberechtlich maßgebend ist die Einschätzung der Mehrkosten durch den Besteller, nicht das Angebot des Unternehmers.	Aus Gründen des Vergaberechts (§§ 132, 135 GWB) ist es sinnvoll, dass der Auftraggeber frühzeitig Klarheit über die Auswirkungen von Änderungsanordnungen auf die Vergütung bekommt.
Der baubegleitende Rechtsschutz rechtfertigt nicht die Annahme, dass der vorgeschaltete Einigungsphase Leitbildcharakter zukommt.	Das gesetzliche Gesamtkonzept wird durch die Möglichkeit baubegleitenden Rechtsschutzes gem. § 650d BGB abgerundet. Der Besteller ist dadurch ausreichend geschützt.

2. These 11 B

Die VOB/B sollte ein einseitiges Änderungsrecht vorsehen, das unabhängig vom vorherigen Durchlaufen einer Verhandlungsphase wirksam ist.

Pro	Contra
Selbst wenn eine solche Regelung bei isolierter Kontrolle nicht wirksam ist, wäre ihre Aufnahme in die VOB/B sinnvoll wegen der Möglichkeit der Privilegierung der VOB/B bei ihrer Vereinbarung im Ganzen.	Das Risiko einer Abweichung, die die Gesamtprivilegierung entfallen lässt, ist schwer zu beherrschen. Würde wegen Unwirksamkeit der Klausel der Vertrag nicht wirksam geändert, drohen erhebliche Probleme bei der weiteren Vertragsdurchführung und bei möglichen Mängelansprüchen.

3. These 12 A

Es reicht aus, wenn die Parteien eine Einigung über die Vergütung einer Leistungsänderung *nach*

ihrer Anordnung, aber vor Ausführung erzielen sollen, wie es § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B vorsehen. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B sind deshalb wirksam.

Pro	Contra
Es wird ein sinnvoller Ausgleich geschaffen zwischen dem Recht des Bestellers, Änderungen ohne Störung des Bauablaufs anzuordnen und dem Ziel des Gesetzgebers, Verhandlungen zwischen den Parteien zu fördern.	Der Vorrang der vertraglichen Vereinbarung wurde klar kodifiziert. Eine einseitige Änderung soll ultima ratio sein.
Die 80-Prozentregelung kann auch auf ein Angebot in einem nachlaufenden Einigungsverfahren angewendet werden.	Die 80-Prozent-Regelung wird damit unterlaufen (s.o.)
Schutz des Unternehmers wird auch durch den Verhandlungsprozess erreicht. Da auch § 650c bei Scheitern der Verhandlung ein Anordnungsrecht vorsieht, erfordert der Schutz des Unternehmers keine Eingung vor der Anordnung.	Wenn nur die Höhe strittig ist, ist der Unternehmer nach der VOB/B-Regelung zur Ausführung verpflichtet. Damit steht er während der Verhandlungsphase schlechter als nach § 650b BGB.

4. These 13 A

Jedenfalls bei Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs notwendig sind (§ 650b Abs. Satz 1 Nr. 2 BGB), kann in Besteller-AGB ein einseitiges Anordnungsrecht vorgesehen werden, das ohne vorherige Verhandlungsphase sofort besteht.

Pro	Contra
Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs erforderlich sind, sind auf der Grundlage der funktionalen Bestimmung des Erfolgs keine Vertragsänderungen. Der Vorrang des Einigungsprinzips ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Vertrag geändert wird.	In den Fällen, in denen der Unternehmer die Planung erstellt hat, entspricht das der gesetzlichen Regelung. Hat der Besteller geplant, so stellt der Gesetzgeber diese Anpassung der zur Erreichung des Erfolgs erforderlichen Leistungen der Vertragsänderung gleich.
Hilfsweise kommt in Betracht, die These 13 auf notwendige Änderungen zu beschränken, bei denen das Durchlaufen der Verhandlungsphase zu einer Bauablaufstörung führen könnte.	

Pro	Contra
	Die Abgrenzung zwischen für den vereinbarten Erfolg notwendigen Änderungen und Änderungen des vereinbarten Erfolges kann im Einzelfall schwierig sein

5. These 14 B

Jedenfalls bei Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs notwendig sind (§ 650b Abs. Satz 1 Nr. 2 BGB), sollte die VOB/B ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers vorsehen, das ohne vorherige Verhandlungsphase sofort besteht.

IV. Inhaltliche Modifikationen des Verhandlungsmodells

1. These 15 A

Die Frist von 30 Tagen kann im Grundsatz auch in Besteller-AGB verkürzt werden. So könnte etwa bei geringfügigen Änderungen oder bei Änderungen ohne Änderung des Erfolgs eine kürzere Frist vereinbart werden. Gleichermaßen kann eine (angemessene) Frist zur Vorlage des Angebots durch den Unternehmer vereinbart werden.

2. These 16 A

In AGB des Bestellers kann eine bestimmte Frist (z.B. von einer Woche, bei begründeten Ausnahmefällen zwei Wochen) wirksam vorgesehen werden, innerhalb der der Unternehmer nach Zugang des Änderungsbegehrens des Bestellers und – soweit geboten – der geänderten Planung ein Angebot zu den Mehrkosten vorzulegen hat. Weiterhin kann vereinbart werden, dass der Einigungsversuch gescheitert ist, wenn das Angebot auch nach Vorlage einer Planung für die Leistungsänderung nicht innerhalb einer (verkürzten) Frist vorgelegt wird.

3. These 17 A

Es kann in AGB vereinbart werden, dass das Angebot des Unternehmers gem. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB die geänderte Vergütung nach den Grundsätzen des § 650c BGB herleiten muss.

Pro	Contra
Der Gesetzgeber hat die Vorlage eines Angebots als Vertragspflicht ausgestaltet. Es ist nicht anzunehmen, dass der Unternehmer bei der Ausarbeitung dieses Angebots völlig frei ist.	Der Gesetzgeber wollte, dass der Unternehmer sein Angebot frei kalkulieren kann. Das ist ein wesentlicher Bestandteil und die Grundlage der vorgeschalteten Verhandlungsphase. Erst im Anschluss daran besteht im Fall des Scheiterns von Verhandlungen ein Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB mit den Vorgaben zu der Vergütungsermittlung gem. § 650c BGB.
Der Besteller soll auf der Grundlage des Angebots entscheiden können, ob er die Anordnung ausspricht. Dieses Ziel wird nicht erreicht, wenn das Angebot völlig von der Berechnung nach § 650c BGB abweichen kann. Zumindest besteht ein schutzwürdiges Interesse des Bestellers daran, diese Kosten abschätzen zu können.	Da § 650c BGB auf die tatsächlich erforderlichen Mehrkosten abstellt, kann der Unternehmer im Zeitpunkt der Verhandlungsphase diese noch gar nicht beziffern. Er hat in der Regel noch keine Subunternehmerpreise.
Trotz Verzinsung von Abschlagszahlungen können Anreize für die Geltendmachung von Abschlagszahlungen aufgrund überhöhter Angebote bestehen (bspw. bei Liquiditätsempässen des Unternehmers). Deshalb darf das Angebot des Unternehmers nicht frei kalkuliert sein.	Der Gesetzgeber hat die Gefahr überhöhter Angebote gesehen und durch die Verzinsung von unberechtigten Abschlagszahlungen gem. § 650c Abs. 3 Satz 3, 4 BGB und durch den begleitenden Rechtsschutz nach § 650d kompensiert.

4. These 18 A

In Unternehmer-AGB kann vorgesehen werden, dass das Anordnungsrecht des Bestellers erlischt, wenn es nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach Scheitern der Verhandlung ausgeübt wurde.

Pro	Contra
Die Regelung konkretisiert nur ein allgemeines Prinzip, das unter anderem in § 314 Abs. 3 BGB zum Ausdruck kommt.	Wenn es ein berechtigtes Interesse des Unternehmers gibt, Klarheit zu erhalten, so kann dem durch die Möglichkeit Rechnung getragen werden, den Besteller zur Entscheidung innerhalb einer Frist auffordern zu können. Dies ist weniger beeinträchtigend als der Verlust des Anordnungsrechts durch Zeitablauf

5. These 19 A

In AGB des Unternehmers kann klargestellt werden, dass die Frist von 30 Tagen bei Planungsverantwortung des Bestellers erst mit Vorlage der Planung durch den Besteller zu laufen beginnt, sofern die Ausführung der Änderung die Überarbeitung der Planung voraussetzt.

Pro	Contra
Der Besteller verhält sich jedenfalls rechtsmissbräuchlich, wenn er Änderungen begehrt, ohne zugleich die Planung vorzulegen.	

V. Einschränkung des Textformgebots

1. These 20 A

Das Textformerfordernis für eine Anordnung kann in AGB des Auftraggebers abbedungen werden.

Pro	Contra
Das Textformerfordernis beruht auf Verbraucherschutzgesichtspunkten.	Die Regelung steht systematisch nicht beim Verbraucherbauvertrag.
Auch sonst sind Vertragsänderungen nicht formbedürftig.	Regelung bezieht sich nicht auf die einvernehmliche Vertragsänderung, sondern auf das einseitige Anordnungsrecht, wenn die einvernehmliche Einigung scheitert.
Vertraglich vereinbarte Änderungsrechte sind von der gesetzlichen Regelung zu unterscheiden und können anders ausgestaltet werden. Deshalb kann ein vertraglich vereinbartes Änderungsrecht auch formlos ausgeübt werden.	Vertragliche Vereinbarungen über das Änderungsrecht sind nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen wirksam.
Die Abbedingung der Textform liegt auch im Interesse des Unternehmers, weil er nicht Gefahr läuft, bei Ausführung einer mündlichen Anordnung keine Vergütung zu bekommen.	Textformerfordernis bezweckt auch den Schutz des Unternehmers und kann deshalb nicht in AGB des Bestellers abbedungen werden. Ohne eine Anordnung in Textform gibt es nach dem Gesetz keine verbindliche Anordnung.

Pro	Contra
Eine Modifikation ist durch das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts des Unternehmers denkbar, wenn die Anordnung nicht in Textform erfolgt bzw. bestätigt wird.	
In Eilfällen kann ein Bedürfnis für sofortige mündliche Änderungsanordnungen bestehen.	Regelung ist sinnvoll, weil sie Rechtssicherheit für den Unternehmer bringt.

2. These 21 A

AGB des Unternehmers können vorsehen, dass bei Ausführung mündlich erteilter Änderungsanordnungen dem Unternehmer über das Bereicherungsrecht hinausgehende (Vergütungs-)Ansprüche zustehen.

Pro	Contra
Kein Schutzinteresse des Bestellers, sich auf den Formverstoß zu berufen.	Nichtigkeitfolge aus § 125 Satz 1 BGB wird unterlaufen, klare Aussage in der Gesetzbeurteilung, Rechtssicherheit
Gedanke des § 2 Abs. 8 VOB/B	Jedenfalls Vergütungsansprüche lassen sich auf diese Weise nicht begründen.
Ansprüche aus GoA bestehen ohnehin.	

D. Regelungen der VOB/B zur Vergütung geänderter Leistungen vor dem Hintergrund des § 650c Abs. 1 und 2 BGB

I. Einführung (Langen)

Soweit sich die Parteien nach der Vorgabe des § 650b Abs. 1 BGB über die Leistungsänderung und deren Vergütung einigen, bedarf es keiner gesetzlichen Regelung über die Ermittlung der geänderten Vergütung. Anders ist dies jedoch, wenn es nach gescheitertem Einigungsversuch aufgrund einseitiger Anordnung des Bestellers zu einer Leistungsänderung durch den Unternehmer kommt (§ 650b Abs. 2 BGB). Für diesen Fall sieht § 650c Abs. 1 BGB die Grundsatzregelung vor, dass sich der geänderte Vergütungsanspruch des Unternehmers nach den tatsächlich erforderlichen Kosten richtet, die mit der Änderungsleistung verbunden sind (Vergleich hypothetisch erforderliche Kosten der ursprünglichen Leistung mit den tatsächlichen

(erforderlichen) Kosten der geänderten Leistung), zuzüglich einem angemessenen Zuschlag für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn. Der Gesetzgeber hat sich damit in § 650c Abs. 1 BGB gegen die im Vorfeld diskutierten „Konkurrenzmodelle“ entschieden, die geänderte Vergütung nach dem Vorbild der VOB/B auf Basis der (hinterlegten) Urkalkulation des Unternehmers oder als marktübliche Vergütung gem. § 632 Abs. 2 BGB zu ermitteln.

Trotz dieser Grundsatzregelung in § 650c Abs. 1 BGB eröffnet der Gesetzgeber dem Unternehmer in § 650c Abs. 2 BGB allerdings die Möglichkeit, die Nachtragsvergütung *alternativ* auf Basis einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zu ermitteln, und zwar, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, um die Abrechnung „praktikabel zu gestalten“. Damit hat der Unternehmer ein Wahlrecht, die ihm günstigere Vergütungsvariante anzuwenden. Er kann den geänderten Aufwand also entweder durch Vergleich der tatsächlich erforderlichen Kosten der ausgeführten Leistung mit den hypothetischen Kosten der Ursprungsleistung (zuzüglich angemessener Zuschläge) oder durch Fortschreibung der kalkulierten Kosten nach Maßgabe der (vereinbarungsgemäß) hinterlegten Urkalkulation und damit nach dem „Muster“ des § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ermitteln. Das gesetzliche Korrektiv besteht (allein) in der durch den Besteller widerlegbaren Vermutung gem. § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB, die Vergütungsfortschreibung nach Abs. 2 Satz 1 entspreche nicht der Vergütung nach Abs. 1.

Aufgrund der von der VOB/B geprägten Praxis ist die Ermittlung der Nachtragsvergütung nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge Neuland und muss ihre Praxistauglichkeit erst noch erweisen. Unabhängig davon ist zu erwarten, dass das durch § 650c Abs. 2 BGB dem Unternehmer eingeräumte Wahlrecht spekulative Preisermittlungen durch den Unternehmer eher fördert, da er im Fall einer Fehlkalkulation risikolos auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich Zuschlägen abrechnen kann. Die Widerlegung einer überhöhten Kalkulation wird dem Besteller hingegen nicht leicht fallen.

Damit besteht sowohl für den DVA im Rahmen der Neufassung der VOB/B als auch für die Kautelarpraxis die Herausforderung, eine angemessene

und für beide Seiten handhabbare Vergütungsregelung für Nachträge zu vereinbaren, die sich aber gleichzeitig noch im Rahmen des gesetzlichen Leitbilds des § 650c Abs. 1 und 2 BGB bewegt und den Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligt.

II. Thesen

1. These 1 A

Die in § 650c Abs. 1 BGB bestimmte Art und Weise der Vergütungsanpassung ist Teil des gesetzlichen Leitbilds.

Pro	Contra
Der Gesetzgeber wollte von der bisherigen Praxis der Preisfortschreibung abrücken.	Der Gesetzgeber räumt mit der Vermutungswirkung ein, dass die Preisfortschreibung der Regelfall sein sollte.
Preisfortschreibung soll gem. § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB nur eine Vermutungswirkung für die tatsächlich erforderlichen Kosten zukommen, die widerlegt werden kann. Hierdurch wird das Leitbild des § 650c Abs. 1 BGB bestätigt.	Wahlrecht zeigt, dass auch die Preisfortschreibung als sinnvolle Option angesehen wird.
Auch die bisherige Fassung der VOB/B kann so verstanden werden, wie die neue gesetzliche Regelung es nun vorsieht, wobei nicht einmal eine Richtigkeitsvermutung des § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB für die Preisfortschreibung aufgrund der Kalkulation spricht.	Die Preisfortschreibung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ist die Konsequenz aus dem vergaberechtlich gebotenen Preiswettbewerb. Eine Regelung, die diesen unterläuft, gehört nicht zum gesetzlichen Leitbild.

2. These 2 A

§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind bei Einzelkontrolle in Besteller-AGB unwirksam, weil untergedeckte Preise fortzuschreiben sind, während der Unternehmer nach § 650c Abs. 1 BGB eine Mehrvergütung in Höhe der tatsächlich erforderlichen Mehrkosten zzgl. AGK und Gewinn in angemessener Höhe beanspruchen kann.

Pro	Contra
Die gesetzliche Regelung eröffnet ggf. auch ein Wahlrecht, zur Bestimmung der Höhe der Nachtragsvergütung auf eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurückzugreifen.	Dagegen könnte ein ggf. mit § 650c BGB verbundenes Leitbild stehen, dass die Mehrvergütung vorrangig nur aus den aus der Vertragsänderung resultierenden tatsächlich erforderlichen Mehrkosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn besteht.

3. These 3 A

§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind bei Einzelkontrolle in Unternehmer-AGB unwirksam, weil übergedeckte Preise zu Lasten des Bestellers fortgeschrieben werden dürften.

Pro	Contra
Durch die alleinige Anwendbarkeit von § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B würde dem Unternehmer das Wahlrecht aus § 650c Abs. 1 und 2 BGB vorenthalten bzw. dem Besteller die Widerlegung der Vermutung, dass die Fortschreibung der kalkulierten Kosten den tatsächlich erforderlichen Kosten entspricht.	Man kann die VOB/B so verstehen, dass dieser Effekt nicht eintritt.

4. These 4 A

In AGB des Bestellers oder des Unternehmers kann vereinbart werden, dass bei der Abrechnung nach den tatsächlichen Mehrkosten (§ 650c Abs. 1) zur Bestimmung der Angemessenheit der Zuschläge auf die Vermutungswirkung des § 650c Abs. 2 zurückzugreifen ist.

Pro	Contra
Es kann den Besonderheiten der Branchen Rechnung getragen werden.	Eine solche Klausel führt zur Vermischung der im Gesetz vorgesehenen Abrechnungsmethoden.
	Missbrauchsgefahr (kann aber durch Widerlegung der Vermutung ausgeräumt werden).
	Wird in AGB eine widerlegliche Vermutung vorgesehen, wirkt diese wie eine Beweislastumkehr.

5. These 5 A

Es kann vereinbart werden, dass die Vermutungswirkung nur bei einem bestimmten Ausmaß der Abweichung widerlegt werden kann.

Pro	Contra
Eine punktgenaue Abrechnung ist nicht möglich, so dass die Vermutungswirkung ohne die Regelung zu schnell widerlegt ist. Der Gesetzgeber wollte aber als Regelfall die Abrechnung nach Vertragspreisen zulassen.	Die Vermutungswirkung soll die Abrechnung erleichtern, aber im Grundsatz ist die Abrechnung nach den Mehrkosten der gesetzliche Regelfall.

6. These 6 B

Es wäre sinnvoll, in AGB eine Regelung bzgl. der Höhe der im Rahmen der Preisermittlung nach § 650c Abs. 1 BGB angemessenen Zuschläge zu treffen.

Pro	Contra
Vereinfachung der Abrechnung	Zuschläge hängen von der Branche ab; allgemeine Regelung nicht sinnvoll möglich
	Wird in AGB eine widerlegliche Vermutung vorgesehen, wirkt diese wie eine Beweislastumkehr.

7. These 7 A

In Besteller-AGB kann die Vergütungsermittlung nach § 650c Abs. 2 BGB nicht ausgeschlossen werden.

Pro	Contra
Bedeutet im Ergebnis eine Beweislastumkehr zu Lasten des Unternehmers, vgl. § 309 Nr. 12 BGB.	Die Widerleglichkeit der Vermutung dient den Interessen des Bestellers, der vor spekulativen Preisen geschützt werden soll. Er kann auf diesen Schutz verzichten.
	§ 650c Abs. 2 BGB kann faktisch ohnehin unterlaufen werden, indem die Hinterlegung der Kalkulation nicht vereinbart wird.

8. These 8 A

Eine Regelung in Unternehmer-AGB ist wirksam, wonach der Unternehmer das Recht hat,

eine Kalkulation mit der Wirkung des § 650c Abs. 2 BGB zu hinterlegen; diese gilt dann als „vereinbarungsgemäß hinterlegte Kalkulation“.

Pro	Contra
Nur so kann das Ziel des § 650c erreicht werden.	Hinterlegung dient den Interessen des Bestellers, er kann darauf verzichten.
Besteller würde sich auch jetzt schon treuwidrig verhalten, wenn er durch Ablehnung der Urkalkulation dem Unternehmer den Rückgriff auf die Vermutungswirkung nimmt.	Gesetzliche Regelung sieht keinen Zwang zur Annahme vor.

9. These 9 B

Eine entsprechende Regelung sollte in die VOB/B aufgenommen werden.

10. These 10 B

Die Vereinbarungspflicht in § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sollte durch eine automatische Anpassung der Vergütung ersetzt werden.

11. These 11 B

Die Ankündigungspflicht im Falle des § 2 Abs. 6 sollte entfallen.

Pro	Contra
	Der Auftraggeber soll die Folgen abschätzen können. Die Kooperationspflicht gebietet es, auf die Kosten hinzuweisen.

12. These 12 A

In Unternehmer-AGB kann vereinbart werden, dass § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB auf Fälle beschränkt wird, in denen der Unternehmer das Vergütungsrisiko für die Planung übernommen hat.

13. These 13 B

Eine entsprechende Regelung sollte in die VOB/B aufgenommen werden.

E. Die 80-Prozent-Regelung des § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB vor dem Hintergrund des neuen Bauvertragsrechts

I. Einführung (Langen)

§ 650c Abs. 3 Satz 1 BGB verschafft dem Unternehmer die Möglichkeit, für eine auf Anordnung des Bestellers geänderte Leistung eine Abschlagszahlung i.H.v. 80 % seines gem. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB im Verhandlungsverfahren gelegten Angebots zu fordern, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht.

Die „80 %-Regelung“ des § 650c Abs. 3 BGB steht neben der Möglichkeit des Unternehmers, nach § 632a BGB eine Vergütung i.H.v. 100 % des Wertes der vertragsgemäß erbrachten Leistungen zu verlangen. § 650c Abs. 3 BGB bietet dem Unternehmer gegenüber der „herkömmlichen“ Abschlagsrechnung aber eine Reihe von Vorteilen: Ist die Höhe des Nachtrags streitig, so kann er für die Abrechnung sein nach § 650b Abs. 1 Satz 2 unterbreitetes Angebot heranziehen, auch wenn dies überhöht ist (und vielleicht deshalb auch vom Besteller nicht beauftragt worden ist). Der Unternehmer kann bei Nichtzahlung des Bestellers die Arbeiten einstellen, ggf. sogar nach § 648a BGB (neu) aus wichtigem Grund kündigen, nach Vorstellung des Gesetzgebers auch gem. § 650d BGB einen Zahlungstitel im Wege der einstweiligen Verfügung erwirken. Dabei ist noch unklar, ob sich die entsprechende Leistungsverfügung nur auf einen bestimmten Saldo des Werklohns beziehen kann, der dem Unternehmer für bisher ausgeführte Arbeiten insgesamt zusteht, oder ob sogar der einzelne Nachtrag auf Basis des § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB tituliert werden kann, worauf die Gesetzesbegründung hindeutet. In jedem Fall zwingt § 650c Abs. 3 BGB den Besteller, sich, anders als nach § 632a BGB, gegen einen aus seiner Sicht unberechtigten oder überhöhten Nachtrag aktiv im Wege der einstweiligen Verfügung zur Wehr zu setzen, wenn er Nachteile vermeiden will.

Zu klären ist, inwieweit das „scharfe Schwert“ des § 650c Abs. 3 BGB bereits jetzt auf VOB/B-Verträge anwendbar ist und inwieweit zugunsten des Bestellers AGB-wirksame Abweichungen von § 650c Abs. 3 BGB vereinbart werden können.

II. Thesen

1. These 1 A

Die 80-Prozent-Regelung ist auch auf Bauverträge anwendbar, für die die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart haben.

Pro	Contra
	Der Wortlaut spricht gegen eine solche Anwendung, § 16 VOB/B enthält eine abschließende Regelung.

2. These 2 A

Die 80-Prozent-Regelung kann in Besteller-AGB nicht abbedungen werden.

3. These 3 A

Ist die Verhandlungsphase in Besteller-AGB ausgeschlossen, knüpft die 80 %-Regelung an ein vom Besteller gewünschtes Vergütungsangebot an, ansonsten an die Nachtragsberechnung in der Abschlagsrechnung des Unternehmers.

Pro	Contra
Die 80 %-Regelung gibt dem Unternehmer die Möglichkeit, ohne Einigung über die Vergütungshöhe einen Teilbetrag als Abschlagszahlung verlangen zu können. Diese Möglichkeit muss er erst Recht haben, wenn der Besteller die Änderung anordnen kann, ohne zunächst eine Verhandlungsphase zu durchlaufen.	Die 80 %-Regelung knüpft an ein Angebot im Rahmen von Verhandlungen an, das es nicht gibt, wenn auf Abschlagsrechnungen abgestellt wird. Die 80 %-Regelung ist nur dann angemessen, wenn der Besteller vor der Anordnung weiß, welcher Vergütungsanspruch geltend gemacht werden soll. Dem Unternehmer bleibt die Möglichkeit, die Höhe der Vergütung nach § 650d festsetzen zu lassen; er ist deshalb auf die 80 %-Regelung nicht angewiesen.

4. These 4 A

In AGB kann die prozentuale Höhe der vorläufig berechtigten Abschlagsforderung nicht abweichend von den in § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB vorgesehenen 80 % geregelt werden.

5. These 5 A

In AGB des Bestellers oder des Unternehmers kann nicht wirksam vorgesehen werden, die

Höhe der Verzinsung des Rückzahlungsanspruchs zu Lasten der Gegenseite abweichend zu regeln.

Contra

Auf § 288 Abs. 6 BGB wird in § 650c Abs. 3 nicht verwiesen, so dass Änderungen möglich sind, sofern sie nicht unbillig sind.

6. These 6 A

In AGB des Bestellers kann die Leistung von Abschlagszahlungen auf der Grundlage der 80-Prozent-Regelung davon abhängig gemacht werden, dass der Unternehmer Sicherheit leistet.

Pro	Contra
Durch die Regelung werden dem Besteller unbilligerweise Insolvenzzrisiken des Unternehmers zugewiesen.	Der Gesetzgeber wollte den Liquiditätsfluss sicherstellen. Das ist nicht mehr gewährleistet, wenn eine Sicherheit zu stellen ist. Nicht jeder Unternehmer ist überhaupt in der Lage, eine Sicherheit zu erhalten.
Werthaltigkeit der Leistungen stehen zu dem vom Unternehmer geltend gemachten Preis nicht fest.	Korrekturmöglichkeit über eV ist im Gesetz vorgesehen und reicht aus.

7. These 7 A

In AGB des Bestellers kann vorgesehen werden, dass dem Unternehmer anstelle der Zahlung eine (evtl. höhere) Sicherheit für die Vergütung gestellt wird.

Pro	Contra
Durch die Regelung werden dem Besteller unbilligerweise Insolvenzzrisiken des Unternehmers zugewiesen.	Der Gesetzgeber wollte den Liquiditätsfluss sicherstellen. Das ist nicht mehr gewährleistet, wenn nur eine Sicherheit zu stellen ist.
Werthaltigkeit der Leistungen entsprechend dem vom Unternehmer geltend gemachten Preis steht nicht fest.	Korrekturmöglichkeit über e.V. ist im Gesetz vorgesehen und reicht aus.

Pro	Contra
	Sicherheit ist ohnehin gesetzlich vorgesehen.
Unternehmer hätte sonst nicht ohne weiteres Anspruch auf entsprechende Sicherheiten, denn der Vergütungsanteil auf der Basis der 80 %-Regelung nach bloßer Angebotslegung ist noch keine „vereinbarte Vergütung“ i.S.v. § 650f Abs. 1 BGB.	Unternehmer hat im Grundsatz ohnehin Anspruch auf Sicherheit nach § 650f. Der Umfang ist zwingend, § 650f Abs. 7 BGB, und kann durch AGB nicht abgeändert werden.

8. These 8 A

In AGB des Bestellers kann vorgesehen werden, dass der Unternehmer im Fall der Nichtzahlung einer auf Grundlage des § 650c geforderten Abschlagszahlung zur Arbeitseinstellung oder Kündigung nur dann berechtigt ist, wenn das Bestehen und die Höhe der Forderung gerichtlich festgestellt wurden.

Pro	Contra
Erst durch die gerichtliche Entscheidung ist gewährleistet, dass die Höhe auch gerechtfertigt ist.	Besteller hat selbst die Möglichkeit, durch einstweilige Verfügung die Forderung überprüfen zu lassen. Wenn eine gerichtliche Entscheidung vorliegt, müssen 100 % als Abschlagszahlung angesetzt werden.
Verschiebung der Insolvenzzrisiken	
	Nicht praxistauglich

9. These 9 B

Sinnvoll wäre eine Einbeziehung des § 650c Abs. 3 in die VOB/B, die klarstellt, welche Vergütungsberechnung (Angebot? Abschlagsrechnung?) maßgeblich für die 80 %-Regelung ist.

F. Anpassungsbedarf der VOB/B im Hinblick auf die Regelung in § 650d**I. Einführung (Joussen)**

Mit der Einführung des § 650d BGB hat der Gesetzgeber Neuland betreten. Während er sich einer

sog. Bauverfügung nicht nähern konnte und wollte, hat er nunmehr ersatzweise vor Augen, etwaige aufkommende Streitigkeiten zum Anordnungsrecht gem. § 650b BGB und zur Vergütungsanpassung gem. § 650c BGB in einem ersten Schritt über einstweilige Verfügungsverfahren zu bereinigen. Ob diese in der Praxis dazu wirklich geeignet sind, bleibt abzuwarten. Denn auch diese brauchen nicht zuletzt in ihrem Instanzenzug – eine qualifizierte Besetzung der Gerichte vorausgesetzt – oft ihre Zeit, die noch zu der ohnehin schon im Gesetz vorgesehenen Einvernehmensphase in § 650b Abs. 1 BGB betreffend das Anordnungsrecht hinzu kommt. Weiter ist zu beachten, dass nach der gesetzlichen Grundvorstellung ggf. sogar zwei separat voneinander geführte Verfügungsverfahren notwendig werden könnten, nämlich eines für einen Streit zum Anordnungsrecht und eines zur damit nachfolgenden Vergütungsanpassung. Erleichtert wird die für diese Streitfälle vorgesehene einstweilige Verfügung immerhin insoweit, als – so der Gesetzeswortlaut – nach Beginn der Bauausführung ein Verfügungsgrund nicht mehr gesondert glaubhaft gemacht werden muss. Ferner könnte an Bedeutung gewinnen, dass jedenfalls nach der Gesetzesbegründung der Gesetzgeber bei den einstweiligen Verfügungen scheinbar auch Leistungsverfügungen gerichtet auf Zahlung vor Augen gehabt haben könnte – wobei allerdings nicht sicher ist, ob diese Vorstellung auch noch zu der Fassung des Gesetzes passt, wie sie inzwischen mit § 650d BGB in Kraft getreten ist. Einzelheiten zu deren Reichweite wird man wohl erst einigermaßen verlässlich beurteilen können, wenn der Praxistest vor Gerichten durchlaufen wird. Dabei bedarf es einer gesonderten Klärung, ob diese zunächst nur für § 650b und 650c BGB vorgesehene Sonderregelung ebenso für Leistungsänderungsanordnungen und sich anschließende Vergütungsanpassungen zu VOB/B-Verträgen anwendbar ist bzw. das ggf. hilfsweise vereinbart werden kann.

II. Thesen

1. These 1 A

Die Regelung in § 650d ist auch bei Vereinbarung der VOB/B anwendbar.

Pro	Contra
Die Änderungsrechte und Vergütungsregelungen gestalten die Regelung des BGB nur abweichend aus.	Nach dem Gesetzeswortlaut geht es ausdrücklich nur um das Anordnungsrecht gem. § 650b und die Vergütungsanpassung gem. § 650c BGB. Für andere (vertraglich begründete) Rechte (etwa nach der VOB/B) kann diese Regelung nicht entsprechend herangezogen werden.
Ein Ausschluss der einstweiligen Verfügung ist durch AGB ohnehin nicht möglich.	

2. These 2 A

Die Regelung in § 650d erlaubt nur feststellende Verfügungen, nicht hingegen eine auf Ausführung oder Zahlung gerichtete Leistungsverfügung.

Pro	Contra
Der Wortlaut der Bestimmung bezieht sich nur auf den Verfügungsgrund betreffend das Anordnungsrecht bzw. die Vergütungsanpassung. Von der Zulassung einer Befriedigungs- oder Leistungsverfügung ist dort nicht die Rede.	Der Wortlaut von § 650d BGB schließt eine auf Zahlung gerichtete Verfügung nicht aus. Auch eine Feststellungsverfügung stellt nach der herkömmlichen Dogmatik (die durch § 650d modifiziert wird) eine partielle Vorwegnahme der Hauptsache dar und ist ebenso rechtfertigungsbedürftig wie eine auf Zahlung gerichtete Leistungsverfügung. Außerdem kann eine Leistungsverfügung auch lediglich auf Sicherheitsleistung gerichtet sein.
Die Interessen der Parteien werden durch Feststellung ausreichend geschützt, weil der Unternehmer dann rechtssicher diesen Preis bei Abschlagsrechnungen oder Sicherungsverlangen einsetzen kann.	Eine Leistungsverfügung berücksichtigt verstärkt das Interesse des Unternehmers an Liquidität. Eben dies möchte der Gesetzgeber durch § 650d erreichen.
Entscheidung betrifft unselbständige Rechnungsposten	Es ist nicht ausgeschlossen, dass im einstweiligen Rechtsschutz die Prüfung einer für die Abschlagszahlung erforderliche Zwischensaldierung des Bauvorhabens möglich ist. Dann betrifft die Entscheidung nicht nur unselbständige Rechnungsposten.

Pro	Contra
Nähme man eine Zahlungsverpflichtung an, so müssten im Verfahren mögliche Gegenrechte einschließlich der Aufrechnungsmöglichkeiten geprüft werden.	Es ist nicht ausgeschlossen, dass dies auch im einstweiligen Rechtsschutz unter Beachtung von §§ 287, 294, 938 ZPO möglich ist. Wenn dem Unternehmer nur eine Sicherheit zugesprochen wird, sind etwaige Mängelrechte des Bestellers gem. § 650f Abs. 1 Satz 4 BGB nicht zu prüfen.
Die Vermutung ist widerleglich, so dass eine Zahlungsverfügung jedenfalls dann nicht ergehen darf, wenn es an einer Existenzgefährdung fehlt.	

3. These 3 A

Wenn § 650d eine Leistungsverfügung über die Vergütung zulässt, kann das Gericht nur auf der Grundlage einer Zwischenabrechnung aller erbrachten Leistungen entscheiden; eine Entscheidung allein über die Folgen der Änderung der Leistung ist nicht zulässig.

4. These 4 A

Auch der Anspruch aus § 650f Abs. 1 BGB kann Verfügungsanspruch einer einstweiligen Verfügung gem. § 650d BGB sein.

Pro	Contra
	Der Wortlaut von § 650d BGB schließt das aus. Eine erleichterte Anforderung einer Sicherheit nach § 650f BGB dürfte an dem zwingenden Charakter dieser Regelung (§ 650f Abs. 7) scheitern.

5. These 5 A

In AGB des Bestellers kann vorgesehen werden, dass das Bestehen eines Verfügungsgrunds widerlegt ist, soweit der Unternehmer anderweitig gesichert ist oder sich angemessen sichern kann (z.B. über eine Bauhandwerkersicherheit).

6. These 6 B

Eine Klarstellung in der VOB/B, dass § 650d unberührt bleibt, wäre sinnvoll.

Arbeitskreis II – Vergaberecht

Arbeitskreisleiter

RA Michael Halstenberg, Ministerialdirektor a.D.

Ab 1988 Referent bzw. Referatsleiter im Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr NRW zuständig für Bereiche des Wohnungs- und Mietrechts. 1995 Gruppenleiter u.a. für die Bereiche Bauwirtschaft, Haushalt, Bautechnik. 2002 Leiter der Gruppe „Bauwirtschaft, Vergaberecht, Europäische Angelegenheiten und Auswärtiges“ im Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport NRW. 1999 bis 2004 EU-Referent der deutschen Bauministerkonferenz. 2004–2009 Leiter der Abteilung Bauwesen, Bauwirtschaft und Bundesbauten im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Berlin. 2009–2017 Rechtsanwalt in der Kanzlei HFK Rechtsanwälte LLP, ab 2018 Rechtsanwalt bei Kopp-Assenmacher & Nusser.

2004–2009 Vorsitzender des Vorstandes des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses

2004–2009 Vorsitzender des Vorstandes des Vereins für Präqualifizierung

2010–2013 Mitglied der Arbeitsgruppe „Novellierung des Bauvertragsrechts“ im Bundesministerium der Justiz

Seit 2004 Stellvertretender Vorstandsvorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Baurecht

Stellvertretender Arbeitskreisleiter

RA Henrik-Christian Baumann

- Rechtsanwalt seit 2007
- Fachanwalt für Vergaberecht seit 2017
- Fachanwalt für Informationstechnologierecht seit 2013
- Über zehnjährige Erfahrung in der Beratung und Begleitung von Vergabeverfahren über Bau-, Liefer- und Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber (Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte).
- Vergaberechtliche Expertise insbesondere in den Bereichen Bau, Immobilien und Infrastruktur, Gebäudemanagement sowie Informationstechnologie (IT), jeweils auch

mit Beratung bei Groß- und Einkaufsorganisationsprojekten in anwaltlichen und interdisziplinären Projektteams.

- Beratung diverser Großbauvorhaben öffentlicher Auftraggeber.
- Gutachten und Forschungsprojekte auf dem Gebiet des Vergaberechts, u.a. Forschungsauftrag Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR), September 2017 „Zukunft Bau – Belohnung von Optimierungsvorschlägen des Auftragnehmers im Vergabeverfahren“, BMVI „Leitfaden Großprojekte“.
- Vertretung von Unternehmen und Auftraggebern in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten und sonstigen Rechtsschutzverfahren, einschließlich Beschwerdeverfahren bei der Europäischen Kommission
- Lehrbeauftragter Fachhochschule Güstrow „Vergaberecht und Korruptionsprävention“
- Dozent im Fachanwaltslehrgang Vergaberecht
- Autor Vergaberecht Kompaktkommentar Willenbruch/Wiedekind, 4. Aufl.
- Autor VOB Kommentar Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, 4. bis 6. Aufl.
- Autor Handbuch der Bauvergabe Lampe-Helbig/Jagenburg/Baldringer, 3. Aufl.

Referenten

RAin Andrea Maria Kullack

1996 bis 2004 Rechtsanwältin und zuletzt Partnerin in der Frankfurter Baurechtskanzlei Heiermann Franke Knipp. 2004 Gründung der auf Bau- und Vergaberecht spezialisierten Kanzlei kullackrechtsanwälte. 2014 Mitbegründung der Rechtsanwälte Grothmann | Klemm | Kullack | Fuchs | Geiser PartnerGmbH.

- 2000–2004 Vorstandsmitglied der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V.
- 2001–2003 Beisitzerin der Vergabekammer des Landes Hessen
- 2003–2005 Lehrbeauftragte für Vergaberecht an der Technischen Universität Darmstadt
- Seit 2001 Mitherausgeberin der Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR)

- Seit 2002 Vorsitzende des Vergabezirkels unter dem Dach der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V.
- Seit 2004 Mitautorin des Handkommentars zur VOB
- Seit 2004 Referentin und Schulungsleiterin in den Bereichen Baurecht und Vergaberecht
- Seit 2008 Mitherausgeberin der VOB Musterbriefe für Auftragnehmer
- Seit 2016 Schiedsrichterin der SGO Bau

Dr. Susanne Mertens, LL.M.

Dr. Susanne Mertens, LL.M. (Dublin), ist Rechtsanwältin, Fachanwältin für Vergaberecht, Fachanwältin für Informationstechnologierecht sowie Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht und Partnerin im Berliner Büro der internationalen Rechtsanwaltskanzlei Baker McKenzie. Sie ist spezialisiert auf die Begleitung und Konzeptionierung komplexer Infrastrukturprojekte aus der IT-Infrastruktur sowie aus Hoch- und Tiefbau und leitet das Berliner Infrastrukturteam bei Baker McKenzie. Frau Dr. Mertens vertritt in Nachprüfungs- und Rechtsschutzverfahren vor den nationalen und europäischen Instanzen. Sie ist Mitherausgeberin des „BeckOK Vergaberecht“ und des „VOB Kommentars“ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens. Sie veröffentlicht regelmäßig zu Fragen des Vergaberechts, u.a. „Handbuch des Vergaberechts“ und spricht regelmäßig auf Konferenzen und Seminaren. Frau Dr. Mertens ist seit 2008 Lehrbeauftragte bei der Bergischen Universität Wuppertal für Vergabe- und privates Baurecht und als Dozentin im Masterstudiengang REM + CPM tätig.

A. Thema des Arbeitskreises

Kann die Auswahl des Vertragspartners durch qualitative Wertungskriterien optimiert werden?

B. Einführung

von RA Michael Halstenberg

Bauleistungen werden in der Regel nach dem Zuschlagskriterium „Preis“ vergeben. Seit langem wird von der Bauwirtschaft ein stärkerer Qualitätswettbewerb bei der Vergabe von Bauleistungen eingefordert, damit die „Wirtschaftlichkeit“ von Angeboten besser abgebildet werden kann. Auf diesem Weg soll auch dem „ruinösen“ Preiswett-

bewerb entgegengewirkt werden. Zugleich versprechen sich die Beteiligten hiervon qualitativ bessere Ergebnisse.

Mittlerweile gibt es in der Praxis ernst zu nehmende Ansätze, auch die Vergabe von Bauleistungen stärker an qualitativen, vor allem technischen Zuschlagskriterien auszurichten. Damit ist jedoch eine Reihe von rechtlichen Problemen verbunden, denn auch eine Vergabe nach qualitativen Zuschlagskriterien muss die allgemeinen Anforderungen des Vergaberechts einhalten.

Zunächst muss der Auftraggeber geeignete qualitative Kriterien formulieren. Diese müssen insbesondere auftragsrelevant und diskriminierungsfrei sein. Zu den Kriterien können z.B. kürzere Bauzeiten, weniger Beeinträchtigungen durch einen optimierten Bauablauf, bestimmte Qualitätssicherungsverfahren oder Zertifizierungen oder Ausbildungsnachweise für das eingesetzte Personal gehören. Auch Konzepte zur Eigen- oder Fremdüberwachung sind denkbar. Der Auftraggeber kann dem Bewerber auch anheimstellen, bessere Qualitäten als die geforderten Mindestqualitäten anzubieten. Schließlich wird verstärkt auch über „ökologische“ Kriterien wie Energieverbrauch oder Baustoffauswahl nachgedacht. In jedem Fall müssen die Kriterien für die Bieter objektiv verständlich und nachvollziehbar bleiben.

Diese Kriterien müssen in geeigneter Weise in die Wertung einbezogen werden. Wertungskriterien müssen daher objektiv bewertbar und zudem differenzierbar sein, damit die Zielerreichungsgrade praktikabel beurteilt werden können. Dies ist nicht einfach zu bewerkstelligen. So muss die Gewichtung zwischen technischen und wirtschaftlichen Teilen eines Angebots obere und untere Grenzen einhalten.¹ Für die Wirksamkeit der technischen Wertungskriterien wird darüber hinaus gefordert, dass diese durch entsprechende Punktbewertung oder Gewichtung sicherzustellen ist.²

Um eine objektive Wertung vornehmen zu können neigt die Praxis dazu, als Bewertungsmaßstäbe eine Monetarisierung vorzunehmen oder auf ein Punktesystem abzustellen, was zu komplexen mathematischen Modellen führen kann.

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.11.2013 – Verg 20/13.

² Vgl. VK Bund, Beschl. v. 14.01.2014 – VK 2-118/13.

Schließlich sind die objektiven Kriterien auch in den Verträgen als Vertragszoll abzubilden. Dazu gehören nicht nur die Fixierung der qualitativen Kriterien, sondern auch Sanktionsmechanismen, etwa Vertragsstrafen oder eine Minderung der Vergütung.

Die aktuellen Vergabeverordnungen lassen es bereits zu, bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots neben dem Preis oder den Kosten qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Allerdings sind die rechtlichen Vorschriften unübersichtlich und komplex.

§ 16d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A sieht die Einbeziehung qualitativer Wertungskriterien vor. Danach soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint. Relevante Gesichtspunkte sind auch die Qualität, der technische Wert, die Ästhetik, die Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder die Ausführungsfrist. Allerdings ist auch der Preis zu berücksichtigen.

Die Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A – EU) sehen vor, dass sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt, zu dessen Ermittlung neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden (§ 16d Abs. 2 Satz 3 VOB/A-EU). Hierzu heißt es in § 16d Abs. 2 Satz 3 VOB/A-EU, das Zuschlagskriterien insbesondere auch die Qualität einschließlich des technischen Wertes, die Ästhetik, die Zweckmäßigkeit, die Zugänglichkeit, des Design für alle sowie soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sein können. Es wird zudem zugelassen, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals zu berücksichtigen, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder auch Kundendienst und technische Hilfe sowie Ausführungsfristen einzubeziehen.

Ebenso wie § 58 Abs. 2 VgV sieht § 16d Abs. 2 Nr. 4 VOB/A-EU vor, dass der Auftraggeber auch Festpreise oder Festkosten vorgeben kann, so dass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen

Zuschlagskriterien bestimmt wird, d.h. der Wettbewerb nur über die Qualität stattfindet.

Besondere Herausforderungen bestehen, wenn der Auftraggeber auf Kriterien abstellen möchte, die sich auf das Lebenszyklus-Stadium beziehen. So können z.B. Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, wie etwa Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, berücksichtigt werden, falls ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann.

Allein dieser Anforderungskatalog macht deutlich, wie hoch die Hürden für die Einbeziehung qualitativer Kriterien in eine Vergabe von Bauleistungen sind. Im Ergebnis entsteht gegenüber einer bloßen Wertung angebotener Preise jedenfalls ein spürbar höherer Aufwand bei der Konzeption der Vergabe und bei der Bewertung der Angebote. Gerade kommunale Auftraggeber könnte dies abschrecken. Aber auch die Bieter stehen vor größeren Herausforderungen bei der Konzeption der Angebote.

Vor diesem Hintergrund sollen die bestehenden rechtlichen Vorschriften analysiert und aus Sicht der Auftraggeber wie der Auftragnehmer diskutiert werden. Zugleich ist zu überlegen, wie eine Vergabe nach technischen und qualitativen Kriterien praktikabel gestaltet werden kann und welche Handreichungen für die Praxis möglich sind. Dabei ist auch zu diskutieren, ob die Regelungen der Vergabeverordnungen nicht praktikabler ausgestaltet werden können, um die Berücksichtigung qualitativer Wertungskriterien zu vereinfachen und damit zu fördern.

C. Thesen

I. Thesen von Rechtsanwältin Andrea Maria Kullack

1. These:

Es ist zulässig, die Vorlage von Qualitätskonzepten einzufordern, die im Rahmen der Wertung der Zuschlagskriterien beurteilt werden ohne dass die Vergabeunterlagen weiter im Detail konkretisieren, wovon die zu erreichende Punktzahl abhängen soll.

Begründung:

Bei der Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses der Angebote hat der AG einen weiten Beurteilungs- und Handlungsspielraum.

Nachdem jüngst der BGH mit Beschl. v. 04.04.2017 – X ZB 3/17 und zuvor bereits der EuGH v. 14.07.2016 – C-6/15 entschieden haben, dass die Zulässigkeit von Angebotswertungen qua Schulnotensystem zulässig ist, verlagert sich der Schwerpunkt der Wertung auf die Dokumentation des Wertungsprozesses.

Dem öffentlichen Auftraggeber steht frei, für die Bewertung eines der Zuschlagskriterien eine Skala zu verwenden, auch wenn diese nicht in der Ausschreibung oder in den Verdingungsunterlagen veröffentlicht wurde.

Aus den Richtlinien lässt sich eine Verpflichtung des Auftraggebers, den potenziellen Bietern vorab auch die Methode zur Bewertung der Angebote mitzuteilen, nicht ableiten.

2. These:

Zuschlagskriterien zur Qualität des Projektteams sind auch bei der Bauvergabe als Kriterien nicht ausgeschlossen wenn sie im Wesentlichen mit der Beurteilung der Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhängen.

Begründung:

Die Qualität der Projekt- und Bauleitung und damit die Ausführung des öffentlichen Auftrags hängt maßgeblich von der beruflichen Qualifikation der mit der Ausführung beauftragten Personen ab, die sich aus ihrer beruflichen Erfahrung und ihrer Ausbildung zusammensetzt. Dies gilt insbesondere, weil diese Leistung einen Dienstleistungscharakter aufweist. Die Befähigung und die Erfahrung dieser Personen ist für die Bewertung der technischen und terminlichen Qualität des Bauvorhabens ausschlaggebend.

Unter bestimmten Voraussetzungen können auch Eignungsmerkmale bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung angewandt werden. Ist die Qualität der Ausführung eines öffentlichen Auftrags maßgeblich von der beruflichen Qualifikation der mit der Ausführung beauftragten Personen abhängig, die sich aus ihrer beruflichen Erfahrung und ihrer Ausbildung zusammensetzt, darf auf diese Aspekte bei der Wertung abgestellt werden.

3. These:

An die Vorgaben von Zuschlagskriterien sind dieselben Anforderungen zu stellen, wie sie für die Spezifikationen im Leistungsverzeichnis gelten.

Begründung:

Will der öffentliche Auftraggeber qualitative Wertungskriterien (z.B. soziale oder umweltbezogene Eigenschaften) verwenden, deren Vorliegen durch Zertifizierungen oder Gütezeichen belegt werden kann, hat der öffentliche Auftraggeber zu beachten, dass nicht pauschal die Vorlage einer Zertifizierung/eines Gütezeichens gefordert werden darf, sondern dass die diesen Nachweisen zugrunde liegenden Kriterien, die sich zudem auf den konkreten Auftragsgegenstand beziehen müssen, anzugeben sind.

4. These:

Die Verpflichtung zur Berücksichtigung sparsamer Wirtschaftsführung verpflichtet im Rahmen der Angebotsbewertung zur Berücksichtigung weiterer Kosten als nur der des Angebotspreises.

Begründung:

Hinsichtlich des Kostenkriteriums ist zwischen dem Angebotspreis und den Gesamtkosten, wie den Lebenszykluskosten, zu differenzieren. Unter Berücksichtigung dessen, dass der öffentliche Auftraggeber eine seinen Bedarf optimal deckende Leistung erhalten soll, diese langfristig nutzt und ein Großteil der hiermit verbundenen Kosten erst im Laufe dieser Nutzung anfallen, empfiehlt sich hinsichtlich der Wertung grundsätzlich einen Folgekosten-Ansatz zugrunde zu legen (Beschaffungs-, Betriebs-, Unterhalts, Reparatur- und andere Folgekosten; Lebenszykluskosten). Diese Kostenbetrachtung hat anhand realistischer Zeiträume, Mengen, Kennzahlen der Nutzung zu erfolgen.

Der Zuschlag soll nach § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Nach § 127 Abs. 1 Satz 3 und 4 GWB bestimmt sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“. Auch wenn die Begründung zu § 127 Abs. 1 GWB besagt, dass es auch künftig zulässig sein soll, den Zuschlag „allein auf das preislich günstigste Angebot“ zu erteilen, gilt dies jedoch nur bei marktüblichen Standardleistungen, die bereits durch konkrete Leistungsvorgaben

des Auftraggebers so genau bestimmt sind, dass nur noch der Preis das Wertungskriterium sein kann.

Sind energieverbrauchsrelevante Produkte Gegenstand einer Ausschreibung oberhalb der EU-Schwellenwerte, ist die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen. Dies kann insbesondere über die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten erfolgen. In geeigneten Fällen sind von den Bietern eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder die Ergebnisse einer vergleichbaren Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit einzufordern (siehe § 67 Abs. 3 Ziff. 2 VgV).

II. Thesen von Rechtsanwältin Dr. Susanne Mertens, LL.M.

1. These:

Echter Qualitätswettbewerb braucht echte Wertungsspielräume. Es sollten keine überzogenen Transparenzanforderungen an die Erwartungshorizonte gestellt werden.

Begründung:

Zur Vermeidung einer undurchsichtigen Vergabepraxis ist es zwar erforderlich, dass die Erwartungen an die Bieter bei der Ausschreibung ausreichend transparent dargestellt werden, dieses Erfordernis gebietet es jedoch nicht, jedem einzelnen Wertungsaspekt einen exakten Punktwert zuzuordnen. Nach Ansicht u.a. des OLG Dresden³ ist es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn Bieter erkennen können, worauf es inhaltlich ankommt. Anderenfalls wäre der Auftraggeber bei der Ausschreibung gehalten, auf Basis seiner Marktkenntnisse eine Art Idealkonzept zu entwickeln und anhand von diesem die Bewertung auszurichten. Das würde jedoch das Gegenteil dessen bewirken, was durch ein wettbewerbliches Ausschreibungsverfahren erreicht werden soll, nämlich ein echter Qualitätswettbewerb. Innovationen, die nicht bereits Bestandteil des Auftraggeberkonzepts sind, haben so keine Chance. Das Innovationspotential öffentlicher Auftragsvergabeverfahren käme weniger zur Geltung.

2. These:

Zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder

soziale Aspekte berücksichtigt werden. Zum Erhalt der Handlungsfähigkeit in den Vergabestellen sowie eines akzeptablen Aufwands auf Unternehmenseite sollten Qualitätskriterien sparsam und wirksam – aber nicht um jeden Preis – eingesetzt werden.

Begründung:

Die Einbeziehung qualitativer Kriterien ist durchaus wünschenswert; allerdings kann der Preis auch weiterhin sinnvolles alleiniges Zuschlagskriterium in der Bauvergabe sein. Der Gedanke, dass neben dem Preis weitere Faktoren für den Zuschlag maßgeblich sein können, beruht auf Art. 67 RL 2014/24/EU und hat mittlerweile meist wortwörtlich auch in unterschiedlichen vergaberechtlichen Normen Niederschlag gefunden (bspw. § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB und § 16d EU Abs. 2 VOB/A). Der Wortlaut der Normen stellt insoweit einerseits die besondere Stellung des Preises heraus („neben dem Preis [...]“) und räumt dem Auftraggeber andererseits bei der Nutzung qualitativer Aspekte ein Ermessen ein („können“). Im Einklang damit stellen die Gesetzesbegründung und die Erwägungsgründe der genannten Richtlinie klar, dass dem Auftraggeber lediglich weitere Instrumente bei der Bewertung an die Hand gegeben werden sollen. Eine Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit durch Verpflichtung zur Aufnahme weiterer Zuschlagskriterien ist aber ausdrücklich nicht gewünscht.

3. These:

Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, Festpreise oder Festkosten vorzugeben, sodass der Wettbewerb ausschließlich über die Qualität stattfindet. Ein Tatbestand, der sich insbesondere in den Bereichen bislang praktischer Bedeutung erfreut, in denen eine gesetzliche Gebührenordnung die Gestaltungsspielräume einschränkt.

Begründung:

Seinen Ursprung findet diese Regelung in Art. 67 Abs. 2 Satz 4 der RL 2014/24/EU und wurde daraufhin in § 16d Abs. 2 Nr. 4 EU VOB/A sowie § 58 Abs. 2 Satz 3 VgV umgesetzt.

3 OLG Dresden, Beschl. v. 02.02.2017 – Verg 7/16.

Das Gesetz erlaubt eine alleinige Konzentration auf qualitative, leistungsbezogene Aspekte. Dies kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn der Auftraggeber nach der Schätzung des Auftragswerts ein knappes Budget zur Verfügung hat und er hierfür die maximale Qualität erhalten möchte.⁴

4. These:

Als Nachweis für die Erfüllung spezifischer umweltbezogener, sozialer oder sonstiger Merkmale der zu vergebenden Leistung sind Bescheinigungen, insbesondere Gütezeichen, Testberichte, Konformitätserklärungen und Zertifizierungen unter Beachtung der dafür vergaberechtlich gesetzten Anforderungen zugelassen. Solche Belege können geeignet sein, den Wertungsprozess zu entlasten, die individuelle

Qualität eines Angebots lässt sich damit jedoch nicht ermitteln.

Begründung:

Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 34 VgV dient die Möglichkeit einer Nachweisführung durch Gütezeichen u.a. der Umsetzung der sog. „Max-Havelaar-Rechtsprechung“ des EuGH.⁵ Die Berücksichtigung von Gütezeichen und vergleichbaren Nachweisen ist jedoch schon aufgrund ihrer abstrakt-generellen Qualität nur als Mindestanforderung möglich, denn sie sind nicht geeignet, über die individuelle Qualität der angebotenen Leistung Aussagen für die vergleichende Angebotswertung zu treffen.

⁴ Vgl. Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 58 VgV, Rdnr. 10.

⁵ EuGH v. 10.05.2012 – C-368/10.

Arbeitskreis III – Bauprozessrecht

Arbeitskreisleiter

Vizepräsident des LG Dr. Mark Seibel, Siegen/Wenden

Dr. Mark Seibel ist Vizepräsident des Landgerichts Siegen. Von Dezember 2010 bis Dezember 2013 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter im u.a. für das Bau- und Architektenrecht zuständigen VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe. Danach war er bis August 2015 beim OLG Hamm in einem Bausenat tätig. Anfang August 2015 erfolgte die Ernennung zum Vizepräsidenten des Landgerichts Siegen. Dort leitet er eine Baukammer. Im Technik- sowie (öffentlichen und privaten) Baurecht ist er durch zahlreiche Buchveröffentlichungen, Aufsätze in Zeitschriften (u.a. BauR, BauSV, BrBp, DRiZ, IBR, IMR, MDR, NJW, Rpfleger, VersR, ZfBR), Vorträge und Seminarveranstaltungen bekannt. Zudem ist er Mitherausgeber der Zeitschrift „IBR Immobilien- & Baurecht“ und ständiger Mitarbeiter der Zeitschriften „BauR“, „ZfBR“ und „Der Bausachverständige“ sowie (Mit-)Autor bzw. (Mit-)Herausgeber u.a. folgender Werke: *Zöller*, Kommentar zur ZPO (ab der 32. Aufl.); *Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, Kommentar zur VOB/B (4. Aufl.); *Seibel*, Baumängel und anerkannte Regeln der Technik (1. Aufl.); *Seibel*, Selbständiges Beweisverfahren – Kommentar zu §§ 485 bis 494a ZPO unter besonderer Berücksichtigung des privaten Baurechts (1. Aufl.); *Staudt/Seibel*, Handbuch für den Bausachverständigen (4. Aufl.).

stellvertretender Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Dr. Jürgen Lauer, D.E.S. en droit (Genève), Köln

Dr. Jürgen Lauer ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Köln und nahezu ausschließlich in diesem Rechtsgebiet tätig. Als früher singular beim Oberlandesgericht zugelassener Anwalt verfügt er über eine mehr als zwanzigjährige Erfahrung in Berufungsverfahren. Dr. Lauer ist Anwaltsrichter am Bundesgerichtshof und Mitglied des ZPO-Ausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer.

Referenten

Vorsitzender Richter am LG Christian Breitbach, Köln

Christian Breitbach studierte bis 2001 Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Bereits während des Referendariats in Wuppertal und Düsseldorf war er als Mitarbeiter in einer wirtschafts- und insolvenzrechtlich geprägten Rechtsanwaltskanzlei tätig. Nach der zweiten juristischen Staatsprüfung im Jahr 2004 trat er in den richterlichen Dienst beim LG Köln ein. 2007 wurde er zum Richter am LG Köln ernannt. Hier war er überwiegend im Bereich des Bau- und Architektenrechts tätig. 2015 wurde er an das OLG Köln abgeordnet und arbeitete dort in einem Versicherungssenat. Seit 2016 ist er Vorsitzender Richter am LG Köln. Dort leitet er seit Beginn des Jahres 2017 eine Baukammer.

Rechtsanwalt Dr. Peter Sohn, Hamm

Dr. Peter Sohn ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie für Versicherungsrecht. Er ist Vorsitzender der ARGE Baurecht im DAV, Schlichter nach der SO-Bau und Mitglied des Gesetzgebungsausschusses des DAV. Er betreut als Mitherausgeber die Zeitschrift „BauR“ und ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen, u.a.: Die Architektenhaftung (Karlsruhe 2013); Bindungswirkung des Gutachtens im selbständigen Beweisverfahren, BauR 2009, 1213 ff.

Vizepräsident des LG Dr. Mark Seibel, Siegen/Wenden

A. Thema des Arbeitskreises

Wie praxistauglich ist das selbständige Beweisverfahren für Bausachen? – Ansätze zur Optimierung

B. Einführung

von Vizepräsident des LG Dr. Mark Seibel

Das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO) soll nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem der Hemmung der Verjährung, (beschleunigten) Beweissicherung, Prozessvermeidung und Beschleunigung des Rechtsstreits dienen. Die letztgenannten Ziele werden in der Praxis (jedenfalls

in Bausachen) hingegen selten erreicht (siehe z.B. *Leupertz*, BauR 2007, 1790 ff.), so dass sich die Frage nach Möglichkeiten zur Verbesserung der bestehenden Regelungen des selbständigen Beweisverfahrens stellt. Mit diesem Thema greift der Arbeitskreis III letztlich einen Wunsch aller Teilnehmer dieses Arbeitskreises des letzten Deutschen Baugerichtstags auf (vgl. BauR 2016, 1621 [4. Empfehlung]).

Im Arbeitskreis III des 7. Deutschen Baugerichtstags sollen daher Vorschläge zur Optimierung der Regelungen des selbständigen Beweisverfahrens erarbeitet werden. Grundlage sind die im Folgenden dargestellten Thesen der Referenten, die intensiv mit den Teilnehmern diskutiert werden sollen.

C. Thesen

I. Thesen von Vorsitzender Richter am LG Breitbach

1. These

Voraussetzung des rechtlichen Interesses i.S.v. § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO sollte sein, dass ein mit der beabsichtigten Beweisaufnahme vorzubereitender Anspruch zumindest Aussicht auf Erfolg hat.

Rechtsprechung und h.M. verneinen ein rechtliches Interesse i.S.v. § 485 Abs. 2 ZPO nur dann, wenn ganz offensichtlich keine Ansprüche aus der begehrten Feststellung hergeleitet werden können. Dies soll nur dann anzunehmen sein, wenn evident kein Rechtsverhältnis, kein Gegner oder kein Anspruch gegeben sind.¹ Weitergehende Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfungen sind unzulässig.²

Dies führt zu kostenintensiven Begutachtungen, auch wenn sich schon im selbständigen Beweisverfahren abzeichnet, dass dem Antragsteller kein schlüssiger Vortrag gelingen oder der vorzubereitende Anspruch aus anderen Gründen scheitern wird, der Antragsgegner bspw. die Einrede der Verjährung erhebt. Eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung würde derart unnütze Beweisverfahren vermeiden.

Eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung würde darüber hinaus das selbständige Beweisverfahren konkretisieren, alternative Fragestellungen reduzieren und die Notwendigkeit verringern,

Ergänzungsfragen mit Blick auf die denkbare Bandbreite des Hauptsacheverfahrens breit zu fächern.

Der vorbereitende Charakter des selbständigen Beweisverfahrens steht einer Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung nicht entgegen, wenn ein dem § 114 ZPO vergleichbarer Maßstab angesetzt wird.

2. These

Die Gerichte sollten nachdrücklich angehalten werden, nicht hinreichend bestimmte Fragen oder Rechtsfragen nach strengen Maßstäben zurückzuweisen.

Unzulässig sind ausforschende Fragen, die generell auf das Vorhandensein von Mängeln, Abweichungen des Werks von der Planung oder auf die Wahrscheinlichkeit einer Schadensentstehung gerichtet sind.³ Auch Rechtsfragen – insbesondere nach einem Verschulden – sind unzulässig.⁴ Dennoch werden derartige Fragen häufig zugelassen.

Diese unzulässigen Beweiserhebungen führen zu unnötigen Ausweitungen des Verfahrens: Der ausforschungswillige Antragsteller wird das gewonnene Ergebnis als Anlass für weitere Fragestellungen nehmen; der Antragsgegner wird sich in besonderem Maße zu Ergänzungsfragen und Einwendungen veranlasst sehen, um sich gegen die ihm nachteilige Beweisaufnahme zu wehren.

Die Rechtsprechung bietet hinreichend klare Maßstäbe zur Abgrenzung unbestimmter Beweisfragen, die jedoch häufig außer Acht gelassen werden.

3. These

Wenn bzgl. der Zulässigkeit einzelner Beweisfragen Unklarheiten bestehen, sollte die Beweisaufnahme hinsichtlich des übrigen Teils bereits angeordnet werden.

1 BGH, Beschl. v. 16.09.2004 – III ZB 33/04; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 25.02.2016 – 16 W 9/16; Werner/Pastor, Der Bauprozess (15. Aufl. 2015), Rdnr. 34.

2 BGH, Beschl. v. 04.11.1999 – VII ZB 19/99; Werner/Pastor a.a.O. m.w.N.

3 KG Berlin, Beschl. v. 01.10.1998 – 10 W 6456/98; Zöller/Herget, ZPO (31. Aufl. 2016), § 487 Rdnr. 4.

4 OLG Köln, Beschl. v. 06.12.2004 – 15 W 59/04.

Häufig bestehen Zweifel nur an der Zulässigkeit einzelner Beweisfragen.

Dies führt mit wechselseitigen Anhörungen der Parteien oder Beschwerdeverfahren zu einer Verzögerung des gesamten Verfahrens auch hinsichtlich der nicht zu beanstandenden übrigen Beweisfragen.

In diesen Fällen kann die Beweisaufnahme hinsichtlich des nicht zu beanstandenden Teils ohne Weiteres angeordnet werden. Die zusätzliche Beantwortung einer weiteren Frage lässt sich gerade zu Beginn eines selbständigen Beweisverfahrens leicht in die begonnene Beweisaufnahme integrieren.

4. These

§ 490 ZPO, zumindest aber § 486 Abs. 3 ZPO, sollte dahingehend ergänzt werden, dass das Gericht in Fällen dringender Gefahr den Beweisbeschluss vor Anhörung des Antraggegners erlassen soll.

Grundsätzlich kann das Gericht die Gewährung rechtlichen Gehörs nach Beschlussfassung nachholen. Von dieser Möglichkeit wird selbst in dringenden Fällen selten Gebrauch gemacht.

5. These

Das rechtliche Interesse sollte weiterhin nicht (allein) deswegen verneint werden, weil der Gegner jede Bereitschaft einer gütlichen Einigung ablehnt.

Unabhängig von der Möglichkeit einer gütlichen Einigung wird der Antragsteller von einem Hauptsachverfahren absehen, wenn der ihm obliegende Beweis im selbständigen Beweisverfahren misslingt.

Häufiger ist die Fallgestaltung, dass der Antragsgegner unter dem Eindruck eines ihm ungünstigen Ergebnisses des selbständigen Beweisverfahrens der Möglichkeit einer gütlichen Einigung doch nähertritt.

Etwas anderes sollte nur dann gelten, wenn die Ablehnung einer gütlichen Einigung mit rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen jenseits des selbständigen Beweisverfahrens begründet wird (Verjährung).

6. These

Die Zuständigkeit für nachfolgende Hauptsacheverfahren sollte bei demselben Spruchkörper angesiedelt sein, der das selbständige Beweisverfahren durchgeführt hat.

Je nach Geschäftsverteilung der Gerichte können für das selbständige Beweisverfahren und ein nachfolgendes Hauptsachverfahren unterschiedliche Spruchkörper zuständig sein.

Bleibt es für das Hauptsacheverfahren bei der Zuständigkeit des Spruchkörpers, der für das selbständige Beweisverfahren zuständig ist, kann er den Gang dieses Verfahrens bereits mit Blick auf ein künftiges Hauptverfahren sachgerecht lenken. Dies ist prozessökonomisch und trägt dem Grundsatz der Beweismittelbarkeit Rechnung.

7. These

Über § 492 Abs. 3 ZPO hinaus sollte im selbständigen Beweisverfahren stets ein abschließender Güte- und Erörterungstermin durchgeführt werden, solange eine gütliche Einigung nicht ersichtlich ausgeschlossen ist.

Von der Möglichkeit zur Anberaumung eines Gütestermins im selbständigen Beweisverfahren gem. § 492 Abs. 3 ZPO wird selten Gebrauch gemacht.

Intention des selbständigen Beweisverfahrens gem. § 485 Abs. 2 ZPO ist die Vermeidung eines Rechtsstreits. Die Ausgestaltung der Norm als „Kann-Vorschrift“ widerspricht dieser gesetzgeberischen Intention und § 278 Abs. 1 ZPO.

Auch werden die Parteien gerade in Fällen umfangreicher Begutachtung ihre Vergleichsüberlegungen von einer Beweiswürdigung durch das Gericht abhängig machen. Eine solche ist im selbständigen Beweisverfahren nicht vorgesehen. Sie könnte im Rahmen eines Erörterungstermins erfolgen. Insbesondere wenn der für das selbständige Beweisverfahren zuständige Spruchkörper auch für das Hauptsacheverfahren zuständig ist, würden so die Grundlagen für Vergleichsüberlegungen frühzeitig geklärt und das Ergebnis des Verfahrens erster Instanz prognostizierbar werden.

Ergänzungsanträge und Einwendungen, die bereits im selbständigen Beweisverfahren möglich

sind, werden im Hauptsachverfahren u.a. mit dem Argument zugelassen, dass eine Beweiswürdigung im selbständigen Beweisverfahren unterbleibt. Dieses Argument würde durch einen Erörterungstermin im selbständigen Beweisverfahren seine Gültigkeit verlieren.

8. These

Wird während der Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens Klage erhoben, sollte das Hauptsachverfahren Vorrang haben.

Die Aussetzung eines Hauptsachverfahrens gem. § 148 ZPO im Hinblick auf ein anderweit anhängiges selbständiges Beweisverfahren ist grundsätzlich zulässig.⁵ Bei der Ermessensentscheidung hat das Gericht in seine Erwägungen die Möglichkeit einzubeziehen, die Zuständigkeit des Beweisverfahrens auf sich überzuleiten.

In der Praxis kommt es selten zu einer solchen Überleitung der Beweisaufnahme. Vielmehr wird das Hauptsachverfahren regelmäßig gem. § 148 ZPO ausgesetzt. Dies führt zu einer Verzögerung des Hauptsachverfahrens und ggf. zu einer von materiellen Bedürfnissen gelösten Durchführung des Beweisverfahrens.

Die Überleitung des Beweisverfahrens auf das für das Hauptsachverfahren zuständige Gericht sollte der Regelfall sein. Sie entspricht dem Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit und der Prozesswirtschaftlichkeit.

II. Thesen von Rechtsanwalt Dr. Sohn

1. These

Das Gericht muss zumindest summarisch die Schlüssigkeit des petitums des Antragstellers prüfen.

Nicht selten ist in der Praxis zu beobachten, dass mit Hilfe von selbständigen Beweisverfahren Ansprüche verfolgt werden, die offensichtlich unbegründet sind (z.B. Verjährung, Verletzung der Rümpflicht gem. § 377 HGB, § 635 Abs. 3 BGB). Das zuständige Gericht erlässt gleichwohl einen der Antragschrift entsprechenden Beweisbeschluss. Antragsgegner und Justiz werden hierdurch belastet, ohne dass dem ein schützenswertes Interesse des Antragstellers gegenüber stünde. Auch die Durchsetzung von Kostenerstattungsan-

sprüchen (z.B. über § 494a ZPO) stellt angesichts des Insolvenzrisikos keine Kompensation dar.

2. These

Der beauftragte Sachverständige muss innerhalb von zwei Monaten, gerechnet ab dem Tag der Beauftragung, einen Ortstermin durchführen; anderenfalls ist ein Ordnungsgeld entsprechend § 411 Abs. 2 ZPO gegen ihn festzusetzen.

Die Verfahrensdauer ist nicht selten darauf zurückzuführen, dass Sachverständige Gutachtenaufträge entgegennehmen, die sie nicht innerhalb eines akzeptablen Zeitraums bearbeiten können. Das gesetzgeberische Motiv der §§ 485 ff. ZPO

- schnelle Klärung von Tatsachen,
- Förderung der Vergleichsbereitschaft,
- Prozessvermeidung,
- Erleichterung und Beschleunigung der späteren Prozessführung

wird nur erreicht, wenn auch die Sachverständigen, die in selbständigen Beweisverfahren tätig werden, jedenfalls innerhalb von zwei Monaten einen Ortstermin durchführen. Bei laufenden Bauvorhaben folgt diese Notwendigkeit schon aus der fortschreitenden Bautätigkeit.

3. These

Der Sachverständige hat sein Gutachten innerhalb einer vom Gericht anzuordnenden Frist gem. § 492 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 411 Abs. 1 ZPO vorzulegen.

Die „Soll-Vorschrift“ des aktuellen § 411 Abs. 2 ZPO, wonach ein Ordnungsgeld gegen den Sachverständigen bei Fristüberschreitung festgesetzt werden kann, muss enger und schärfer gefasst werden, um dem oben dargestellten gesetzgeberischen Motiv zu entsprechen.

4. These

Einwendungen der Parteien gegen das Gutachten müssen innerhalb einer Frist von einem Monat schriftsätzlich dargelegt werden. Ohne Zustimmung des Gegners ist die Frist grundsätzlich nur einmal um zwei Wochen verlängerbar.

⁵ BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – VII ZB 39/06.

Es ist streitig, ob die aktuelle Vorschrift des § 493 Abs. 1 ZPO die Präklusion solcher Einwendungen im späteren Hauptverfahren vorsieht, die schon im selbständigen Beweisverfahren hätten vorgebracht werden können (ausführlich dazu die folgende These des Arbeitskreisleiters). Maßstab für die Präklusion sollten die aus dem Berufungsrecht bekannten Vorschriften (§§ 529, 531 ZPO) sein.

III. These von Vizepräsident des LG Dr. Seibel

These

Es ist sachgerecht, Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren im Hauptsacheprozess grundsätzlich zuzulassen und diesen dort nachzugehen. § 493 Abs. 1, § 492 Abs. 1, § 411 Abs. 4, § 296 Abs. 1, Abs. 4 ZPO sind nicht geeignet, eine absolute Präklusionswirkung zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheprozess zu begründen.

1. Meinungsstand⁶

Es ist **umstritten**, ob zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheprozess eine Präklusionswirkung dahingehend eintreten kann, dass eine Partei mit inhaltlichen Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten aus dem Beweisverfahren im Hauptsacheprozess ausgeschlossen ist, wenn solche bereits im Beweisverfahren hätten geltend gemacht werden können.⁷ Das wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich gesehen und ist bislang vom BGH noch nicht abschließend entschieden worden.⁸ Beispiele aus der Rechtsprechung:

a) Das OLG München⁹ und OLG Zweibrücken¹⁰ – wohl auch das OLG Hamm¹¹ – vertreten die Auffassung, eine Präklusionswirkung zwischen Beweisverfahren und Hauptsacheprozess könne nicht eintreten. Es stehe den Parteien grundsätzlich frei, ihre Einwendungen gegen ein Gutachten erst im Hauptsacheprozess vorzutragen.

b) Demgegenüber vertritt z.B. der 5. Zivilsenat des OLG Brandenburg¹² die Ansicht, Einwendungen gegen ein Gutachten, die bereits im selbständigen Beweisverfahren möglich gewesen seien, aber erst im Hauptsacheprozess vorgetragen würden, seien verspätet und daher unbeachtlich.

c) Diese Rechtsprechung hat der 4. Zivilsenat des OLG Brandenburg¹³ dahingehend eingeschränkt, dass eine Partei erst dann gehindert sei, im Hauptsacheverfahren Einwendungen gegen ein im selbständigen Beweisverfahren eingeholtes Gutachten zu erheben, wenn das Gericht im Beweisverfahren auf die Folgen der Fristversäumung (§ 296 ZPO) hingewiesen habe.

d) Das OLG Frankfurt¹⁴ hat darauf hingewiesen, dass – sofern nicht schon im selbständigen Beweisverfahren eine Frist zur Stellungnahme zum Gutachten gesetzt worden sei – Einwendungen gegen das Ergebnis der selbständigen Beweiserhebung auch noch im Hauptsacheprozess erhoben werden könnten. Aus § 411 Abs. 4 ZPO, wonach Einwendungen gegen ein gem. § 493 ZPO zu wertendes Gutachten innerhalb angemessener Frist vorzutragen seien, folge aber, dass ein Beklagter seine Einwendungen dann spätestens mit der Klageerwidern im Prozess vorzutragen habe.

e) Der V. Zivilsenat des BGH hat sich zur Präklusionsproblematik kurz im *obiter dictum* seiner Entscheidung vom 11.06.2010¹⁵ geäußert: Lasse

6 Ausführlich zur hier behandelten Problematik: Seibel, Beck'scher Kompakt-Kommentar Selbständiges Beweisverfahren (1. Aufl., München 2013), § 493 Rdnr. 15 ff.; Seibel, Baumängel und anerkannte Regeln der Technik (1. Aufl., München 2009), Rdnr. 520 ff.; Seibel, BauR 2011, 1410 ff.; Seibel, BauR 2010, 1668 ff.; Seibel, ZfBR 2008, 126 ff.

7 Vgl. z.B.: OLG Köln, Beschl. v. 28.02.2014 – 16 W 34/13, juris.

8 Ausdrücklich offen gelassen von: BGH, Beschl. v. 17.05.2017 – VII ZR 36/15, BauR 2017, 1567 Tz. 19 (dort allerdings mit irreführendem Hinweis auf BGH – V ZR 241/04, da diese Entscheidung kein selbständiges Beweisverfahren betraf). Demgegenüber befürwortete BGH, Urt. v. 11.06.2010 – V ZR 85/09, BauR 2010, 1585 ff., eine Präklusionswirkung, jedoch lediglich in einem *obiter dictum*, das erstaunlicherweise mit keinem Wort auf den seit langer Zeit bestehenden Meinungsstreit einging. BGH, Beschl. v. 12.05.2011 – IX ZR 155/10, juris, schien hingegen eine Präklusionswirkung generell ablehnen zu wollen.

9 OLG München, Beschl. v. 14.03.2007 – 28 W 1155/07, BauR 2008, 716 (Ls.).

10 OLG Zweibrücken, Urt. v. 01.12.2005 – 4 U 276/04, BauR 2006, 420 (Ls.) = OLGR Zweibrücken 2006, 408 ff.

11 OLG Hamm, Urt. v. 04.04.2000 – 21 U 92/99, BauR 2000, 1372 f.

12 OLG Brandenburg, Urt. v. 15.05.2008 – 5 U 88/07, BauR 2008, 1499 (Ls.).

13 OLG Brandenburg, Urt. v. 08.04.2009 – 4 U 181/06, BauR 2009, 1486 (Ls.).

14 OLG Frankfurt, Urt. v. 04.10.2011 – 10 U 264/07, BauR 2012, 507 ff.

15 BGH, Urt. v. 11.06.2010 – V ZR 85/09, BauR 2010, 1585 ff.

eine Partei die im selbständigen Beweisverfahren nach § 492 Abs. 1, § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzte Stellungnahmefrist verstreichen, führe dieser „Verstoß gegen die Prozessförderungspflicht“ nicht zu einer Umkehr der Beweislast, sondern könne lediglich bewirken, dass die Partei im nachfolgenden Rechtsstreit mit Einwänden verfahrensrechtlich ausgeschlossen sei (§ 411 Abs. 4 Satz 2, § 296 Abs. 1, Abs. 4 ZPO). Nach § 493 Abs. 1 ZPO stehe die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich. Dass diese Gleichstellung auch für präklusionsrelevantes Verhalten gelte, werde durch § 492 Abs. 1 ZPO bestätigt, der u.a. auf § 411 Abs. 4, § 296 Abs. 1, Abs. 4 ZPO verweise.

f) Der IX. Zivilsenat des BGH hat in seinem Beschluss vom 12.05.2011¹⁶ hingegen Folgendes ausgeführt: *„Soweit die Beschwerde meint, das Berufungsgericht hätte seiner Entscheidung ausschließlich das vom Sachverständigen Dipl.-Ing. H. im selbständigen Beweisverfahren erstattete Gutachten zugrunde legen müssen, geht dies fehl. Einwendungen gegen das Gutachten im selbständigen Beweisverfahren können nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch im Prozess noch vorgetragen werden und sind dort zu beachten (BGH, Beschluss vom 22. Mai 2007 – VI ZR 233/06, NJW-RR 2007, 1294 mwN).“* Unklar bleibt nach dieser Begründung, ob der IX. Zivilsenat des BGH nicht allein den Anspruch der Parteien auf eine mündliche Erläuterung (§§ 402, 397 ZPO) des Gutachtens aus dem Beweisverfahren im Hauptsacheprozess von einer Präklusionswirkung ausnehmen wollte. Dass eine mündliche Erläuterung des Gutachtens aus dem selbständigen Beweisverfahren auch noch im Hauptsacheprozess verlangt werden kann, ist st. Rspr. des BGH,¹⁷ beantwortet aber wohl nicht die hier behandelte Frage.

2. Eigene Stellungnahme

Die Beantwortung der Frage, ob Parteien mit Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren im nachfolgenden Hauptsacheprozess ausgeschlossen sind, lässt sich nicht ohne Auseinandersetzung mit dem **Gesetzgeberwillen** und den **Regelungszielen des selbständigen Beweisverfahrens** lösen.

Mit der Neuregelung des Beweisverfahrens wollte der Gesetzgeber **Verzögerungen vermeiden**, die nach früherer Rechtslage dadurch entstanden,

dass sich die Parteien im Hauptsacheprozess auf andere als die im Beweisverfahren bereits erhobenen Beweismittel beriefen. Das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens sei bei bestrittenem Tatsachenvortrag wie eine vor dem Prozessgericht durchgeführte Beweisaufnahme zu behandeln, was zur Folge habe, dass die Parteien neue oder andere Beweismittel nur gem. §§ 360, 368, 398, 412 ZPO einführen könnten.¹⁸ Neben der **schnellen Klärung von Tatsachen**, der **Prozessvermeidung** und der **Förderung der Vergleichsbereitschaft** (vgl. § 485 Abs. 2 Satz 2, § 492 Abs. 3 ZPO) zählt damit auch die Vorbereitung bzw. Erleichterung eines nachfolgenden Hauptsacheprozesses zu den Regelungszielen des selbständigen Beweisverfahrens.

Berücksichtigt man dies, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob das Zulassen von Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten aus dem Beweisverfahren im Hauptsacheprozess dem zuletzt genannten Regelungsziel nicht offensichtlich zuwiderläuft. Anderenfalls – so könnte man meinen – hätten die Parteien es in der Hand, die Beweisaufnahme im Hauptsacheprozess von vorne beginnen zu lassen. Bereits diese Gesichtspunkte verdeutlichen, dass das Ergebnis der selbständigen Beweiserhebung Wirkung auch für den nachfolgenden Hauptsacheprozess entfalten muss. Zu klären ist, wie weit diese Wirkung reicht.

Die Ansicht, die einen Einwendungsausschluss zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheprozess annimmt, scheint neben dem bereits dargestellten Regelungsziel der Erleichterung bzw. Beschleunigung des Hauptsacheprozesses auch **§ 492 Abs. 1 ZPO** auf ihrer Seite zu haben. Wie der V. Zivilsenat des BGH zutreffend ausführt,¹⁹ wird über § 492 Abs. 1 ZPO – und zwar uneingeschränkt²⁰ – auf die für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels geltenden Vorschriften verwiesen; beim Sachverständigen-

16 BGH, Beschl. v. 12.05.2011 – IX ZR 155/10, juris.

17 Siehe nur: BGH, Beschl. v. 22.05.2007 – VI ZR 233/06, BauR 2007, 1610 m.w.N.

18 BT-Drucks. 11/3621, S. 24 [linke Spalte – unter d)]. Dazu auch: MünchKomm.-ZPO/Schreiber (5. Aufl., München 2016), § 493 Rdnr. 1.

19 BGH, Urt. v. 11.06.2010 – V ZR 85/09, BauR 2010, 1585 (1590).

20 Dazu: BGH, Urt. v. 28.10.2010 – VII ZR 172/09, BauR 2011, 287 (289).

digenbeweis damit u.a. auf § 411 Abs. 4 Satz 2, § 296 Abs. 1, Abs. 4 ZPO. Nach der Gesetzeslage kommt damit – auf den ersten Blick – eine Präklusion in Betracht.²¹

Dennoch ist nach Auffassung des Referenten das Präkludieren von Einwendungen nicht sachgerecht und aus folgenden Gründen abzulehnen:²²

a) § 296 Abs. 1 ZPO setzt für das gerichtliche Zurückweisen von Parteivorbringen neben einer Fristversäumung weiterhin voraus, dass die Zulassung der verspäteten Angriffs- und Verteidigungsmittel die „Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde“. Die Verzögerung muss dabei in der Zeitspanne zwischen Klagebegründung und (letzter) mündlicher Verhandlung eintreten.²³ Das Beweisverfahren wird jedoch außerhalb eines evtl. später folgenden Hauptsacheprozesses – deswegen „selbständig“ – geführt, so dass es im Zeitraum zwischen Beweis- und Hauptsacheverfahren per se nicht zur Verzögerung der Erledigung eines Rechtsstreits kommen kann.²⁴ Damit wird deutlich, dass die Vorschrift des § 296 ZPO bereits konzeptionell nicht in die Systematik von Beweis- und Hauptsacheverfahren passt.²⁵

Das heißt aber nicht, dass § 296 Abs. 1 ZPO innerhalb des Beweisverfahrens keine **Bedeutung** hätte. Aus Sicht des Referenten ist der Verweis über § 492 Abs. 1, § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO auf § 296 Abs. 1 ZPO so zu verstehen, dass dadurch allein auf die „Erledigung des selbständigen Beweisverfahrens“ Bezug genommen wird.

Damit hat § 296 Abs. 1 ZPO für das Beweisverfahren folgende Wirkung: Bringen die Parteien innerhalb der gerichtlich gesetzten (angemessenen) Stellungnahmefrist keine Einwendungen gegen das Sachverständigengutachten vor, ist das Beweisverfahren beendet.²⁶ Weitere Einwendungen und Anträge sind dann im selbständigen Beweisverfahren – nicht jedoch im Hauptsacheprozess – entsprechend § 296 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Da im Verhältnis zwischen Beweisverfahren und Hauptsacheprozess eine Verzögerung gem. § 296 Abs. 1 ZPO nicht möglich ist, kann über § 493 Abs. 1 ZPO keine derartige Präklusion in das Hauptsacheverfahren fortwirken.²⁷

b) Gegen eine Präklusionswirkung spricht weiterhin die Tatsache, dass das **Beweisverfahren nicht das Ziel der Entscheidung eines Rechtsstreits**

verfolgt und demzufolge grundsätzlich keine rechtliche Bewertung der dort gegenständlichen Beweisfragen vornimmt.

Ganz deutlich wird das bei der Beurteilung des rechtlichen Interesses des Antragstellers im Rahmen von § 485 Abs. 2 ZPO: Dieses Interesse ist nach h.M. weit auszulegen, weswegen das Gericht im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich weder eine Schlüssigkeits- noch eine Erheblichkeitsprüfung vornehmen darf. Dies hat u.a. zur Folge, dass der **Streitgegenstand des späteren Hauptsacheprozesses** nicht (vollständig) mit dem Gegenstand des Beweisverfahrens übereinstimmen muss. Die Parteien können damit im selbständigen Beweisverfahren die im Hauptsacheprozess streiterheblichen Punkte nicht immer zuverlässig einschätzen und wissen deswegen auch nicht sicher, auf welche Feststellungen des Sachverständigen es später tatsächlich ankommen wird.²⁸ Wollte man Einwendungen, die nicht im Beweisverfahren vorgebracht worden sind, im späteren Hauptsacheprozess ausschließen, wäre eine Partei im Beweisverfahren nicht nur dazu gezwungen, umfassend auf alle dort aufgeworfenen Fragen einzugehen, sondern sie müsste bereits zu allen später

21 Ebenso: Gartz, BauR 2011, 906 (909).

22 **Der folgenden Argumentation zustimmend:** Zöller/Herget, ZPO (32. Aufl., Köln 2018), § 492 Rdnr. 1; MünchKomm-ZPO/Schreiber, § 493 Rdnr. 3; Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts (4. Aufl., München 2014), 2. Teil Rdnr. 154 – jew. m.w.N.; s.a.: Ulrich, in: Prütting/Gehrlein, ZPO (9. Aufl., Köln 2017), § 493 Rdnr. 5; Weingart, BauR 2015, 189 ff.; Praun, BauR 2013, 1041 ff.; Sohn, BauR 2009, 1213 (1216); a.A. z.B.: Huber, in: Musielak/Voit, ZPO (14. Aufl., München 2017), § 493 Rdnr. 4; Wintermeier, NZBau 2015, 409 ff.; Baudewin/Wegner, NJW 2014, 1479 ff.; Klein, NZBau 2012, 8 ff.; Gartz, BauR 2011, 906 ff. – jew. m.w.N.

23 Zöller/Greger, ZPO, § 296 Rdnr. 4a.

24 So u.a.: OLG Zweibrücken, Urt. v. 01.12.2005 – 4 U 276/04., BauR 2006, 420 (Ls.) = OLGR Zweibrücken 2006, 408 ff.; Sohn, BauR 2009, 1213 (1216); Ulrich, IBR 2008, 623 (Praxisinweis).

25 Ebenso: Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Teil Rdnr. 154.

26 Die Beendigung des Beweisverfahrens tritt auch ohne eine gerichtliche Fristsetzung – gleichsam automatisch – ein, wenn die Parteien innerhalb angemessener (Überlegungs-)Frist keine Einwände gegen das Gutachten vorbringen und die Beweissicherung sachlich erledigt ist. Siehe: BGH, Urt. v. 28.10.2010 – VII ZR 172/09, BauR 2011, 287 (289 f.); BGH, Beschl. v. 24.03.2009 – VII ZR 200/08, BauR 2009, 979 f.

27 A.A. Gartz, BauR 2011, 906 (909).

28 Zustimmend: Schwenker, IBR 2011, 310 (Praxisinweis).

im Hauptsacheprozess auch nur entfernt denkbaren Aspekten vortragen und insofern Gegenanträge stellen, um der Gefahr eines Einwendungsausschlusses zu entgehen. Eine derartige „Prozessförderungspflicht“ schon weit vor dem eigentlichen Hauptsacheprozess geht zu weit und ist weder mit dem Wesen des selbständigen Beweisverfahrens noch mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung rechtlichen Gehörs im Hauptsacheprozess nach Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar.

c) Ein Einwendungsausschluss zwischen Beweisverfahren und Hauptsacheprozess ist auch deswegen abzulehnen, weil damit ein **wesentliches Ziel des Beweisverfahrens** ausgehöhlt würde: Die schnelle und rechtzeitige Klärung von Tatsachen. Zwar würde eine solche Präklusion dem in den Gesetzesmaterialien²⁹ erwähnten Zweck der Vorbereitung und Beschleunigung des Hauptsacheprozesses dienen. Diese Funktion des Beweisverfahrens muss jedoch dort ihre Grenzen haben, wo die **Effektivität einer schnellen und rechtzeitigen Beweissicherung** beeinträchtigt wird. Entscheidungen wie diejenige des OLG Brandenburg³⁰ nötigen Rechtsanwälte dazu, aus anwaltlicher Vorsorge bereits im Beweisverfahren für den Mandanten alles aus ihrer Sicht später möglicherweise Streiterhebliche vorzutragen. Das ist sicherlich ein Hauptgrund dafür, warum selbständige Beweisverfahren in der gerichtlichen Praxis wegen der Vielzahl von Ergänzungsfragen und Gegenanträgen der Parteien häufig eine kaum noch hinnehmbare Länge erreichen.

d) Die Regelung in **§ 493 Abs. 1 ZPO** zwingt nicht zu der Annahme einer Präklusion von Einwendungen zwischen selbständigem Beweisverfahren und Hauptsacheprozess. Beruft sich eine Partei im Hauptsacheprozess auf Tatsachen, über die selbständig Beweis erhoben worden ist, steht die selbständige Beweiserhebung nach dieser Vorschrift einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich – Identität der Parteien und ordnungsgemäße Beteiligung des Antragsgegners im Beweisverfahren vorausgesetzt.³¹ Eine Bindung des Prozessgerichts an das Ergebnis des Beweisverfahrens in der Weise, dass eine weitere und ergänzende Beweiserhebung zu unterlassen wäre, kann der Regelung nicht entnommen werden.³² Hält das Prozessgericht das Gutachten des Beweisverfahrens selbst für ungenügend, kann eine Wiederholung oder Fortsetzung der Beweisaufnahme von Amts wegen nach **§ 412 ZPO** geboten sein; ebenso eine

mündliche Anhörung des Sachverständigen nach **§ 411 Abs. 3 ZPO**. Durch **§ 493 Abs. 1 ZPO** wird das Prozessgericht also nicht an ein widersprüchliches oder lückenhaftes und damit inhaltlich nicht überzeugendes Gutachten gebunden.

Mit *Koebler*³³ ist auch sonst kein Grund dafür ersichtlich, das Gutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren anders zu behandeln als ein solches, das direkt im Hauptsacheprozess eingeholt worden ist. M.a.W.: Die Benutzung des Gutachtens nach **§ 493 Abs. 1 ZPO** ist mit der Situation vergleichbar, dass ein vom Prozessgericht selbst eingeholtes Gutachten erstmals bei diesem eingeht. Auch hier sind dann im Folgenden Anträge der Parteien auf Ergänzung und Erläuterung möglich. Die Tatsache, dass Einwendungen bereits im Beweisverfahren hätten vorgebracht werden können und dort unterlassen worden sind, ändert daran nichts, weil im selbständigen Beweisverfahren keine Beweiserörterung nach **§ 285 ZPO** und keine Beweiserwürdigung durch das Gericht stattfindet; diese ist vielmehr dem Prozessgericht vorbehalten. Zur **Gewährleistung rechtlichen Gehörs** sollten damit im Hauptsacheprozess Einwendungen gegen das Ergebnis der selbständigen Beweiserhebung grundsätzlich zugelassen werden.

e) Die hier vertretene Ansicht widerspricht nicht der **Intention des Gesetzgebers**. Dieser wollte Verzögerungen vermeiden, die früher dadurch entstanden, dass sich die Parteien im Hauptsacheprozess auf **neue bzw. andere als die bereits erhobenen Beweismittel** beriefen.³⁴ Das Zulassen von sachlichen Einwendungen der Parteien gegen ein Gutachten aus dem Beweisverfahren im Hauptsacheprozess führt demgegenüber zu einer ergänzenden Beweisaufnahme hinsichtlich **desselben Beweismittels**. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber den Hauptsacheprozess insofern entlasten und dadurch bedingte „Verzögerungen“ vermeiden wollte.

29 BT-Drucks. 11/3621, S. 24 [linke Spalte – unter d)].

30 OLG Brandenburg, Urt. v. 15.05.2008 – 5 U 88/07, BauR 2008, 1499 (Ls.).

31 Zöller/Herget, ZPO, § 493 Rdnr. 1.

32 Ebenso: OLG Hamm, Urt. v. 04.04.2000 – 21 U 92/99, BauR 2000, 1372 f.; Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen (2. Aufl., München 2008), 7. Kapitel Rdnr. 3 a.E.

33 Koebler, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 2. Teil Rdnr. 154.

34 BT-Drucks. 11/3621, S. 24 [linke Spalte – unter d)].

f) Die hier vertretene Auffassung hat **nicht zur Folge, dass die Beweisaufnahme im Hauptsacheprozess von vorne beginnen (also wiederholt werden) muss oder unnötig verzögert wird.** Die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren steht nach § 493 Abs. 1 ZPO einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich, was bereits eine wesentliche Vereinfachung und Beschleunigung für den nachfolgenden Hauptsacheprozess zur Folge hat: Das Gutachten des Beweisverfahrens kann vom Prozessgericht – ohne dass dieses noch ein eigenes einholen müsste – benutzt werden und bildet somit die Grundlage für das weitere Vorgehen. Eine Wiederholung der Beweiserhebung über dasselbe Beweisthema („Neubegutachtung“) kann – ebenso wie im Fall eines vom Prozessgericht selbst eingeholten Gutachtens – nur unter den (strengen) Voraussetzungen des § 412 ZPO stattfinden. Sachlich begründete Anträge auf Ergänzung des Gutachtens aus dem Beweisverfahren sind deswegen im Hauptsacheprozess jedoch nicht ausgeschlossen.³⁵

Einer „**unnötigen**“ **Verzögerung** lässt sich folgendermaßen **entgegenwirken**: Werden im Hauptsacheprozess Einwendungen vorgetragen, die bereits Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens waren und dort umfassend beantwortet worden sind, darf das Prozessgericht nach Auffassung des Referenten zur Vermeidung einer **Prozessverschleppung** (Rechtsmissbrauch) durchaus prüfen, ob diese Einwendungen nicht schon mit dem Gutachten des Beweisverfahrens entkräftet werden können.³⁶ Ist das zu bejahen, erscheint eine weitergehende schriftliche Begutachtung entbehrlich. Dies gilt jedoch nur, soweit das Prozessgericht zweifelsfrei anhand des Gutachtens aus dem Beweisverfahren feststellen kann, dass die Einwendungen bereits erschöpfend beantwortet worden sind. Hat es daran – z.B. wegen fehlender Sachkunde im Bereich technischer Mängelfragen – Zweifel, ist es gehalten, die Einwendungen dem Sachverständigen zur weiteren Beurteilung vorzulegen.

g) Sachliche Einwendungen gegen das Gutachten aus dem Beweisverfahren im Hauptsacheprozess zuzulassen, liegt zudem auf einer „Wellenlänge“ mit der **Rechtsprechung des BGH zum Anspruch der Parteien auf mündliche Gutachtenerläuterung durch den Sachverständigen.** Zur Gewährleistung umfassenden rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) ist danach dem Antrag einer Partei

nach §§ 402, 397 ZPO auf mündliche Anhörung des Sachverständigen aus dem Beweisverfahren im Hauptsacheprozess – von den Ausnahmefällen des Rechtsmissbrauchs und der Prozessverschleppung einmal abgesehen – auch dann stattzugeben, wenn das Prozessgericht selbst keinen Erläuterungsbedarf mehr sieht.³⁷ Das Recht auf mündliche Gutachtenerläuterung wird damit von der hier behandelten Präklusionsproblematik von vornherein nicht erfasst.

Aus Sicht des Referenten ist es verfassungsrechtlich (Art. 103 Abs. 1 GG) nur schwer zu rechtfertigen, sachliche Einwendungen gegen das Beweisgutachten über eine mündliche Gutachtenerläuterung nach §§ 402, 397 ZPO zu eröffnen, demgegenüber aber den Weg über eine ergänzende schriftliche Begutachtung mit dem Argument der Einwendungspräklusion zu versperren.

Im Übrigen kommt es in der gerichtlichen Praxis nicht selten vor, dass **im Rahmen einer mündlichen Gutachtenerläuterung neue Aspekte thematisiert** werden, zu denen sich die Parteien nicht sofort und abschließend erklären können, weswegen das Gericht eine Stellungnahmefrist zum Ergebnis der Beweisaufnahme einräumen muss. M.a.W.: Durch geschickte Nachfragen im Rahmen der mündlichen Gutachtenerläuterung wird eine Partei ihre Einwendungen nicht selten sowieso ins weitere schriftliche Verfahren transportieren können.

Fazit

Alle vorstehenden Gesichtspunkte verdeutlichen, dass es sachgerecht erscheint, Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten aus dem Beweisverfahren im Hauptsacheprozess grundsätzlich zuzulassen und diesen dort nachzugehen. § 493 Abs. 1, § 492 Abs. 1, § 411 Abs. 4, § 296 Abs. 1, Abs. 4 ZPO sind nicht geeignet, eine *absolute* Präklusionswirkung zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheprozess zu begründen.

35 Siehe: Koeble, in: Kniffka/Koeble, Compendium des Baurechts, 2. Teil Rdnr. 154.

36 Dazu: OLG München, Beschl. v. 14.03.2007 – 28 W 1155/07, BauR 2008, 716; Seibel, ZfBR 2008, 126 (129).

37 Vgl. z.B.: BGH, Beschl. v. 25.10.2007 – VII ZR 13/07, BauR 2008, 398 ff.; BGH, Beschl. v. 22.05.2007 – VI ZR 233/06, BauR 2007, 1610. S.a.: Seibel, Der Bausachverständige 5/2008, 53 (55).

Nach der Gegenansicht – und gerade auch nach dem obiter dictum des V. Zivilsenats des BGH³⁸ – müssen Rechtsanwälte schon im selbständigen Beweisverfahren alle (auch nur entfernt denkbaren) Einwendungen vorbringen, um für den Mandanten den „sichersten Weg“ zu gehen. Das dürfte einer der Hauptgründe für die teilweise immens lange Laufzeit von Beweisverfahren sein.

Ausnahme

Diejenigen rechtlichen Aspekte, die das Gericht des Beweisverfahrens in eigener Zuständigkeit bereits abschließend geklärt hat, können im Hauptsacheprozess nicht noch einmal aufgegriffen werden. Hierzu zählen z.B. die Zulässigkeit des Beweisverfahrens selbst (gerichtliche Zuständigkeit für das Beweisverfahren, rechtliches Interesse an der Beweiserhebung etc.) oder etwa die (rechtskräftige) Entscheidung über einen Befangenheitsantrag gegen den Sachverständigen des Beweisverfahrens.³⁹

Vertiefung

Selbst wenn man der Gegenansicht⁴⁰ folgen wollte, zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheprozess könne eine Einwendungspräklusion eintreten, gilt stets Folgendes:

Eine Präklusionswirkung kommt nach der Rechtsprechung des BGH nur dann in Betracht, wenn das Gericht die Parteien mit der Fristsetzung zugleich auch **auf die Folgen einer Nichtbeachtung der Frist nach § 296 ZPO ordnungsgemäß hingewiesen** hat.⁴¹

38 BGH, Urt. v. 11.06.2010 – V ZR 85/09, BauR 2010, 1585 ff.

39 Weitere Einzelheiten: Zöller/Herget, ZPO, § 493 Rdnr. 3 i.V.m. § 485 Rdnr. 4–9.

40 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 17.

41 Dazu: BGH, Beschl. v. 17.05.2017 – VII ZR 36/15, BauR 2017, 1567 Tz. 19 f.; BGH, Urt. v. 28.10.2010 – VII ZR 172/09, BauR 2011, 287 (289); BGH, Beschl. v. 25.10.2005 – V ZR 241/04, NZBau 2006, 119 f.

Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Arbeitskreisleiter

RA Prof. Dr. Heiko Fuchs

RA Prof. Dr. Heiko Fuchs ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner in der Kanzlei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB mit Büros in Berlin, Brüssel, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Hamburg, Mönchengladbach und München sowie Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sein Arbeitsschwerpunkt liegt neben dem Architekten- und Ingenieurrecht auf dem Gebiet des juristischen Projektmanagements insbesondere für Krankenhausbauten und der Schiedsrichtertätigkeit. Prof. Dr. Fuchs ist durch zahlreiche Seminare und Veröffentlichungen zum Bauvertrags- und Architektenrecht bekannt. Er ist Mitautor der „Einführung in die HOAI – Praxiswissen Architektenrecht“, Mitautor des *Leupertz/Preussner/Sienz*, Beck'scher Online-Kommentars zum neuen Bauvertragsrecht, Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) sowie Mitherausgeber und Autor des *Fuchs/Berger/Seifert*, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 1. Aufl. 2016.

Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert ist Architekt und seit 1998 öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger mit Büro in Würzburg. Er ist Lehrbeauftragter an der Hochschule für Technik in Stuttgart. Bis zur 8. Auflage war er Mitautor des HOAI-Kommentars Korbion/Mantscheff/Vygen, ist Mitherausgeber und Mitautor des Kommentars Fuchs/Berger/Seifert, Mitautor von verschiedenen weiteren Buchveröffentlichungen und Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen. Er ist Mitherausgeber und ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift IBR und Mitarbeiter für ziviles Baurecht der Zeitschrift BauR. Herr Seifert ist Leiter und Mitglied verschiedener Fachgremien und Fachausschüsse. Er ist langjähriger Referent insbesondere für die Themenbereiche „Honorare“ und „Kostenplanung“.

Referenten

Univ.-Prof. Dr.-Ing., Dipl.-Wirtsch.-Ing. Wolf Dietrich Kalusche, Architekt

Geboren in Dresden.

Bildungsweg: Studium der Architektur an der TU Berlin sowie der Arbeits- und Wirtschaftswissenschaften (AWA) an der TU München, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Promotion an der Universität Karlsruhe (heute KIT).

Praxis: Architekturbüro Dipl.-Ing. BDA Ernst Hürlimann, München; Dr.-Ing. Greiner Ingenieurberatung, München und Berlin, Leitung des Projektbüros Controlling Neubau Flughafen München; seit 1996 Architektur- und Ingenieurbüro Dr.-Ing. Kalusche, Cottbus.

Forschung und Lehre: seit 1996 Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls Planungs- und Bauökonomie an der BTU Cottbus, bislang 125 Veröffentlichungen.

Weitere Aktivitäten: Beirat beim Baukosteninformationszentrum Deutscher Architektenkammern GmbH (BKI), Stuttgart; Mitglied der Brandenburgischen Architektenkammer (BA); im Jahr 2012 Partner in der „ARGE HOAI – GWT-TU Dresden/Börger/Kalusche/Siemon“ mit dem Forschungsauftrag „Aktualisierungsbedarf zur Honorarstruktur der Verordnung über die Honorare der Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI)“ im Auftrag des BMWi (HOAI 2013).

RiOLG Dr. Tobias Rodemann

RiOLG Dr. Tobias Rodemann kennt die Abwicklung von Baustreitigkeiten als Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf in einem für Bau- und Werkvertragsachen zuständigen Zivilsenat und aus seiner früheren Tätigkeit als Rechtsanwalt. Herr Dr. Rodemann ist als Dozent bei Verbänden tätig, Mitautor von *Thode/Wirth/Kuffer*, Praxishandbuch Architektenrecht, Mitarbeiter des VOB-Kommentars von *Franke/Zanner/Kemper/Grünhagen* und ständiger Mitarbeiter der Zeitschriften „IBR Immobilien- & Baurecht“ und „BauR“.

RA Tobias Wellensiek

Tobias Wellensiek ist Rechtsanwalt (sei 1996) und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Rechtsanwaltskanzlei MELCHERS Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Heidelberg.

Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist das Architektenrecht. In diesem Bereich berät er regelmäßig gerichtlich und außergerichtlich Mandanten im Zusammenhang mit Großbauvorhaben wie z.B. Krankenhausbauten.

RA Wellensiek ist durch eine Vielzahl von Veröffentlichungen und Vorträge ausgewiesen. So ist er z.B. Mitautor des Handbuchs „Prozesse in Bausachen“ (Nomos-Verlag) und des Beck'schen VOB-Kommentars, Teil B. Er ist ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift für Immobilien- und Baurecht (IBR) und Mitglied des korrespondierenden Beirats der Deutschen Zeitschrift für Wirtschaft- und Insolvenzrecht (DZWIR). Er ist Lehrbeauftragter der Philipps-Universität Marburg im Rahmen der Zusatzqualifikation Baurecht.

Ehrenamtlich engagiert sich RA Wellensiek als Mitglied des gemeinsamen Vorprüfungsausschusses der Rechtsanwaltskammern Freiburg, Karlsruhe und Tübingen auf Zulassung zum Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

A. Thema des Arbeitskreises

Empfehlen sich ergänzende normative Regelungen für Inhalte und Honorierung der sog. Zielfindungsphase i.S.d. § 650p Abs. 2 BGB?

B. Einführung

von RA Prof. Dr. Heiko Fuchs

Für ab dem 01.01.2018 geschlossene Architekten- und Ingenieurverträge gilt § 650p BGB, der die unternehmerseitigen vertragstypischen Pflichten wie folgt definiert:

§ 650p BGB – Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen

(1) Mit einem Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich

sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

(2) Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.

An die in Abs. 2 geregelte sog. Zielfindungsphase knüpft das für beide Parteien des Architekten- oder Ingenieurvertrags unter bestimmten Voraussetzungen bestehende Sonderkündigungsrecht in § 650r BGB an, nach dessen Ausübung Vergütungsansprüche des Unternehmers auf erbrachte Leistungen beschränkt werden.

Der Gesetzeswortlaut und seine Begründung lassen den Rechtsanwender weitestgehend im Unklaren darüber, unter welchen Voraussetzungen die Zielfindungsphase nach § 650p Abs. 2 BGB zu durchlaufen ist, welche Leistungen der Architekt oder Ingenieur insoweit zu erbringen hat und wie diese Leistungen zu vergüten sind.

Fest steht, dass die Zielfindungsphase nicht nur auf Verbraucherverträge, sondern auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr Anwendung findet. Mit Blick auf das Sonderkündigungsrecht und dessen zweckentfremdender Anwendung im Fall der Vertragsreue ist zu diskutieren, inwieweit eine Schärfung der gesetzlichen Regelungen erforderlich ist. In einem zweiten Schritt wäre zu prüfen, ob die Leistungen der Architekten und Ingenieure im Rahmen der Zielfindungsphase durch das gesetzliche Preisrecht der HOAI hinreichend abgedeckt sind oder eine Anpassung des Preisrechts erforderlich wird.

Gegenstand der Diskussionen im Arbeitskreis IV können dabei insbesondere die folgenden Fragestellungen sein:

- Ist die Wesentlichkeit nicht vereinbarter Planungs- und Überwachungsziele (Eingangsvoraussetzungen für die Zielfindungsphase) objektiv (*essentialia negotii*) oder subjektiv aus der Sicht des Bestellers zu bestimmen? Letzterenfalls: Muss der Unternehmer stets nachfragen, ob tatsächlich alle Planungs- und Überwachungsziele vereinbart sind oder bewusst bestimmte Festlegungen noch nicht getroffen wurden?

- Ist eine Beschränkung der Zielfindungsphase nebst Sonderkündigungsrecht auf den Verbrauchervertrag angezeigt?
- Welche konkreten Leistungspflichten obliegen dem Unternehmer im Fall des § 650p Abs. 2 BGB?
- Handelt es sich dabei insbesondere regelmäßig um Grundleistungen der Leistungsphasen 1 und 2 (ggf. auch 3) nach den Leistungsbildern der HOAI? Oder hat der Unternehmer insoweit auch Besondere Leistungen (bspw. Bedarfsermittlung, Bedarfsplanung, Raum- und Funktionsprogramm) zu erbringen?
- Welche inhaltlichen und formalen Vorgaben für die Planungsgrundlage sollen gelten, insbesondere um a) sie als Auslöser der Kündigungsfrist nach § 650r BGB zu identifizieren und b) den Werkerfolg festzulegen, der gem. § 650q Abs. 1 i.V.m. § 650b BGB nach Abschluss der Zielfindungsphase nur durch ein Änderungsbegehren oder eine Anordnung des Bestellers mehrhonorarpflichtig geändert werden kann?
- Welchen Inhalt und welchen Verbindlichkeitsgrad hat eine Kosteneinschätzung? Entspricht diese dem Kostenrahmen nach DIN 276? Bildet sie nach Zustimmung durch den Auftraggeber automatisch eine Kostenobergrenze im Sinne einer Beschaffensvereinbarung?
- Wird durch die Zielfindungsphase tatsächlich der Akquiserechtsprechung entgegengewirkt oder empfehlen sich insoweit weitergehende gesetzliche Regelungen?
- Bedarf das gesetzliche Preisrecht der HOAI einer Korrektur mit Blick auf die vom Unternehmer in der Zielfindungsphase geschuldeten Leistungen?
- Ist die Zielfindungsphase uneingeschränkt auch auf Leistungsbilder außerhalb der Architektur anzuwenden, insbesondere also auf die Fachplaner oder die Auftragnehmer von Beratungsleistungen im Sinne der Anlage 1 zur HOAI?
- Mit welchen alternativen Regelungsmodellen lassen sich die gesetzgeberischen Ziele ggf. einfacher verwirklichen? Wären vorvertragliche Aufklärungs- und Beratungspflichten vorzugswürdig?

Die diesbezüglichen Diskussionen und Abstimmungen im Arbeitskreis IV sollen durch die nachfolgenden Thesen vorbereitet und strukturiert werden.

C. Thesen

I. Thesen von Univ.-Prof. Dr.-Ing., Dipl.-Wirtsch.-Ing. Wolfdietrich Kalusche

1. These:

Der Auftraggeber soll gegenüber dem Auftragnehmer (Architekt/Ingenieur) das Planungs-Soll vorgeben. Ist der Auftraggeber (Bauherr/Nutzer) in der gegenwärtigen Praxis dazu mehrheitlich in der Lage?

Der Auftraggeber hat die Pflicht und es ist sein eigenes Interesse, den Gegenstand der Beauftragung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Bei der Beauftragung von Bauleistungen (Bau-Soll) wird ihm die Leistungsbeschreibung vom Architekten/Ingenieur ausgearbeitet, die Durchführung bis zur Abnahme überwacht. Bei der Beauftragung von Planungsleistungen (es soll hier der entsprechende Begriff Planungs-Soll verwendet werden) ist eine vergleichbare fachliche Unterstützung des Gegenstandes der Beauftragung eher die Ausnahme. Unter anderem deshalb wurde in der HOAI 2013 in Leistungsphase 1 (Grundlagenermittlung) die vormalige Teilleistung Ziffer a) „Klären der Aufgabenstellung“ erweitert um „[...] auf Grundlage der Vorgaben oder der Bedarfsplanung des Auftraggebers“. Damit werden die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers verdeutlicht, der Auftragnehmer darf die Vorgaben einfordern. Die wichtige Aufgabe der Bedarfsplanung, welche ausdrücklich keine Grundleistung des Objektplaners ist, hat für die Definition der Aufgabenstellung (Planungs-Soll) eine entscheidende Bedeutung. Auch die notwendigen „Vorgaben“ (ohne die Form oder den Prozess einer Bedarfsplanung) sind so zu bewerten. Ergebnis einer Bedarfsplanung ist ein Bedarfsplan mit mindestens Raumprogramm, Funktionsprogramm, Baubeschreibung, Kostenrahmen, Terminrahmen und, wenn vorhanden, Angaben zum Grundstück. Der Bedarfsplan soll eine architektonische oder ingenieurmäßige Lösung der Planungsaufgabe nicht vorgeben, diese wird vom Auftragnehmer erwartet. Ein Bedarf führt nicht zwingend zu einem Bauprojekt. Auch Anmietung, Kauf oder sonstige Organisations- oder Finanzierungsformen einer Immobilie können einen Bedarf decken. Nicht alle Auftraggeber erkennen die Bedeutung einer Bedarfsplanung. Sogar öffentliche Auftraggeber verzichten in manchen Fällen

auf eine entsprechende Vorbereitung des Projekts. Wenn es Probleme beim Bauen gibt, liegt das oft am Fehlen oder an der unzureichenden Qualität der Bedarfsplanung. Die Bedarfsplanung oder gleichwertige Vorgaben sind eine entscheidende Voraussetzung für die erfolgreiche Erfüllung der Vertragspflichten der Auftragnehmer bei der Objekt- und Fachplanung und in Folge auch beim Bauen. Die Bedarfsplanung steht in der Verantwortung des Auftraggebers, sie kann durch fachkundige Dritte zugearbeitet werden. Sie soll jedoch wegen möglicher Interessenkonflikte nicht durch den mit der Objektplanung zu beauftragenden/beauftragten Architekten/Ingenieur erfolgen.

2. These

Der Auftragnehmer (Architekt/Ingenieur) hat nicht allein die Kompetenz, das Planungs-Soll in jedem Fall ohne weiteres erfolgreich umzusetzen. Woran liegt das und wie soll man damit umgehen?

Der Erfolg hat viele Väter, der Misserfolg tut sich immer schwer, einen Erzeuger zu finden. Das gilt in besonderer Weise auch für Bauprojekte. Diese sind einmalig, komplex, oft innovativ, die Rahmenbedingungen sind vielfältig und umfangreich, die Projektvorbereitung (einschließlich Bedarfsplanung und Verträge) nicht immer gut genug. Die daraus resultierenden Unsicherheiten (Risiko = gleichzeitig Chance und Gefahr) treffen grundsätzlich den Auftraggeber als Initiator und – gewollt oder nicht gewollt – als obersten Projektmanager seines Vorhabens. Auftraggeber unterliegen der Versuchung, Risiken (hier Gefahren) auf Auftragnehmer zu überwälzen. Wege hierfür sind: Delegation von Bauherrenaufgaben einschließlich Mitwirkungspflichten bei der Planung, Pauschalvereinbarungen, Einfordern von Garantieverprechen bis hin zu Beschaffensvereinbarungen in Verträgen mit Auftragnehmern. Im Vorfeld der Beauftragung muss erkennbar und sichergestellt sein, ob der einzelne Auftragnehmer, z.B. Architekt/Ingenieur, den mit dem jeweiligen Vertrag verlangten Erfolg, z.B. Einhaltung eines Termins, überhaupt durch eigenes Handeln herbeiführen kann. Die Kompetenz des Auftragnehmers – gemeint ist hier weniger die fachliche als vielmehr die Kompetenz der Entscheidung – ist in der Regel auf die Art und Weise, wie er seinen

Auftrag organisiert, beschränkt. Gleichzeitig ist der Auftragnehmer in hohem Maße von den Fähigkeiten und der Mitwirkung des Auftraggebers (interner Einfluß auf das Projekt) abhängig. Diese einzufordern, wenn es im Projekt nicht läuft, ist außerordentlich schwer. Er ist weiterhin abhängig von externen Einflüssen auf das Projekt. Hierzu zählen unter anderem: Entwicklungen der Bau- und Immobilienwirtschaft, des Kapitalmarktes (Angebote bei Ausschreibungen, Preiswettbewerb, Preisentwicklung, Konkurs von ausführenden Firmen während der Bauzeit), Träger öffentlicher Belange/Nichtstaatliche Organisationen (Genehmigungen, Gerichtsverfahren), Witterung und vieles mehr. Architekten/Ingenieure können die damit einhergehenden Risiken in der Regel nicht bewältigen. Anders als ausführenden Unternehmen sind Sie an das Preisrecht HOAI gebunden und können entsprechende Risiken nicht in einer Angebotskalkulation berücksichtigen. Auftraggeber und Auftragnehmer sollen sich darüber im Klaren sein, welche Kompetenz ein Architekt/Ingenieur haben kann und welche Projektrisiken ihm aufgetragen werden können.

3. These

Änderungen der Planung durch den Auftraggeber sind zulässig. Welche Konsequenzen hat das für den Auftragnehmer hinsichtlich Projekterfolg und Vergütung?

Bei der Objektplanung, wie auch bei den Fachplanungen, haben die Auftragnehmer auf der Suche nach der besten Lösung der Planungsaufgabe auf der Grundlage der Aufgabenstellung nach gleichen Anforderungen auch Varianten zu untersuchen, darzustellen und zu bewerten. Die Mitwirkung des Auftraggebers ist dabei von großer Bedeutung, mindestens hat er diesbezüglich Entscheidungen zu treffen. Die Entscheidung über Varianten der Planung soll möglichst früh erfolgen, damit die Auftragnehmer zielgerichtet und ohne zeitaufwendige Wiederholung von Planungsleistungen arbeiten können. Auftraggeber haben allerdings das Recht, selbst während der Bauausführung Änderungen zu verlangen und machen davon nicht selten umfangreich Gebrauch. Die Konsequenzen auf die Planung und insbesondere die Bauausführung sind für den Auftraggeber nicht immer zu erkennen, häufig verschließt er sich auch der Beratung durch seine

Auftragnehmer. Zahlreiche Bauprojekte der letzten Jahre legen hiervon Zeugnis ab. Die Folgen für das Projekt und eben auch für die Auftragnehmer sind ein oft erheblicher Mehraufwand bei der eigenen Planung und die oft unverschuldete Identifikation mit Termin- und Kostenüberschreitungen in der Bauausführung. Je nach Honorarvertrag wird der Mehraufwand für Planung und Überwachung vom Auftraggeber nicht (an)erkannt. Honorarverträge sind im Grunde meist Pauschalverträge. Architekten/Ingenieure sind nicht geübt in der Durchsetzung von Nachforderungen. Die (nicht normativen) Leistungsbilder der HOAI beinhalten das Problem der Änderungen oder dessen Lösung in Form eines Änderungsmanagements nicht. Es ist jedoch im Interesse beider Parteien, im Architekten-/Ingenieurvertrag, den Umgang und die Vergütung von Planungsänderungen zu regeln. Nach der Entscheidung über Varianten in der Planung, spätestens nach Abschluss der Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung), soll ein vertraglich vereinbartes Änderungsmanagement greifen. Vorteil für den Auftragnehmer ist eine höhere Transparenz über mögliche oder von ihm durchgesetzte Entscheidungen im Hinblick auf den weiteren Projektverlauf. Vorteile für die Auftragnehmer sind eine höhere Disziplin in der Zusammenarbeit und eine bessere Grundlage für die Vergütung des aus Änderungen entstehenden Mehraufwandes.

II. Thesen von RiOLG Dr. Tobias Rodemann, Ratingen

1. These:

Der Begriff der „Planungsgrundlage“ ist notwendig unbestimmt.

Die für die „Planungsgrundlage“ maßgeblichen „wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele“ sind nicht objektiv bestimmbar. Planungs- und Überwachungsziele bedürfen der Vereinbarung der Parteien. Was für den einen Besteller unwesentlich ist, ist für den anderen Besteller wesentlich. Es hängt auch von der Art des Bauvorhabens ab, welche Planungs- und Überwachungsziele wesentlich sind. Nach der Gesetzesbegründung soll die „Zielfindungsphase“ dem Besteller die Entscheidung ermöglichen, ob er das Bauprojekt mit dem Planer realisieren will. Das soll den Besteller vor den Folgen eines „häufig übereilt abgeschlossenen umfassenden Architektenvertrages“ schützen. Die

„wesentlichen Fragen“ (die Begründung nennt als Beispiel die Art des Daches oder die Anzahl der Geschosse) sollen vorab geklärt werden. Für jeden Besteller spielen aber unterschiedliche Faktoren für die Entscheidung eine Rolle, ob er das Bauprojekt mit dem Planer realisieren möchte. Die in § 650p BGB geregelte Zielfindungsphase unterscheidet sich von der Akquisitionsphase, weil erstere eine Vertragsschluss voraussetzt. Ihrem Zweck nach sind Zielfindungsphase und Akquisitionsphase aber ähnlich. Es soll ausgelotet werden, ob der Planer „passt“. Sowohl in der Zielfindungsphase als auch der Akquisitionsphase muss der Besteller erwägen, ob er *diesen* Planer beauftragen will. Welche Leistungen der Planer erbringt, bis er den Besteller überzeugt hat, ist stets unterschiedlich und entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung.

2. These

Die Planungsgrundlage ist konkreter als die essentialia negotii des Planungsvertrags

Eine nähere Bestimmung der Planungsgrundlage kann nicht durch Gleichsetzung der „wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele“ mit den essentialia negotii des Planungsvertrages geleistet werden. Welche Punkte für einen wirksamen Vertragsschluss geregelt werden müssen, ist von den individuellen Vorstellungen der Parteien abhängig (§ 154 BGB). Zudem steht dieser Ansatz in Widerspruch dazu, dass der Besteller nach der Gesetzesbegründung vor dem Abschluss eines umfassenden Planervertrages geschützt werden soll. Ohne Festlegung der essentialia negotii kann kein umfassender Planervertrag geschlossen werden. Sind bei Vertragsschluss die Aufgabenstellung und der Leistungsbedarf des Bestellers (vollständig) ungeklärt, ist die Leistungspflicht des Planers im Rahmen der Leistungsphase 2 weder von den Vertragsparteien bestimmt noch objektiv bestimmbar. Möglich ist ein Vertragsschluss allein wegen der Leistungen der Leistungsphase 1. Im Übrigen ist der Vertrag nur wirksam, wenn die Parteien wegen der übrigen Leistungen ein Leistungsbestimmungsrecht des Bestellers (auch konkludent) vereinbart haben.¹ Schließlich würde § 650p Abs. 2 BGB – käme es auf die essentialia negotii an – nur einen seltenen Ausnahmefall betreffen. In der Regel hat der

1 BGH, Urt. v. 23.04.2015 – VII ZR 131/13, BGHZ 205, 107.

Besteller bei Beauftragung des Planers Vorstellungen zur Bauaufgabe und zu seinem Budget und kann daher wirksam eine (wenn auch noch ergebnisoffene) Planung beauftragen.

3. These

Wegen der Kündigungsrechte ist eine genauere Bestimmung der „Planungsgrundlage“ erforderlich.

Die Unbestimmtheit des Begriffs der Planungsgrundlage ist nicht akzeptabel, weil die Vorschrift beide Parteien zur Kündigung berechtigt. Die Unsicherheit darüber, was eine Planungsgrundlage ist, fordert Streit heraus.

Im B2B-Vertrag kann etwa Streit darüber entstehen, ab wann das Kündigungsrecht von zwei Wochen zu laufen beginnt. Diese Frist knüpft an die Vorlage der Planungsgrundlage an. Der Besteller muss von dem Planer nicht auf das Kündigungsrecht hingewiesen werden. Es besteht danach die Möglichkeit, dass der Besteller zwar (objektiv) eine Planungsgrundlage erhält, aber (subjektiv) davon ausgeht, eine solche noch nicht erhalten zu haben und daher noch kündigen zu können. Ebenso kann es sich umgekehrt verhalten. Auch werden „wesentliche Fragen“ oftmals erst entschieden, wenn eine Planung bereits weit fortgeschritten ist. Ein Besteller, der sich aus einem unliebsamen Planervertrag „verabschieden“ will, wird in solchen Fällen auf § 650p Abs. 2 BGB rekurrieren, ohne dass für eine der Parteien der Ausgang eines Rechtsstreits prognostizierbar wäre.

4. These

Verbraucherschutz statt Zielfindungsphase

Der Begriff der Planungsgrundlage ist (notwendig) unbestimmt, für das Kündigungsrecht bedarf es aber einer Bestimmung. Dieser Widerspruch lässt sich kaum auflösen. Der Gesetzgeber könnte zwar zur näheren Konkretisierung auf bestimmte Grundleistungen der HOAI verweisen oder die Planungsgrundlage genauer definieren. Das führt aber nur bedingt weiter, weil die in der HOAI verwendeten Begriffe ihrerseits abstrakt und auslegungsbefähigt sind. Zudem wird der Gesetzeszweck verfehlt, wenn konkret in Bezug genommene Grundleistungen der HOAI den Besteller nicht

sinnvoll in den Stand setzen, sich für oder gegen das Bauvorhaben zu entscheiden. Zu erwägen ist, ob nicht eine auf Verbraucher zugeschnittene Widerrufsmöglichkeit und Belehrungspflicht die bessere Alternative ist. Dem intendierten Schutz vor Übereilung könnte so jedenfalls Genüge getan werden. Erwogen werden könnte auch die Einführung eines besonderen Kündigungsrechts nach dem Vorbild des § 627 BGB mit den Vergütungsfolgen gem. § 628 BGB. Danach wäre der Planer nicht stets auf die Vergütung erbrachter Leistungen beschränkt. Speziell zur Erfüllung eines konkreten Vertrags bis zum Vertragsende bereits erbrachte besondere Aufwendungen, die nicht mehr rückgängig zu machen und auch nicht für andere Verträge verwendbar sind, können gem. § 628 BGB ungekürzt in Rechnung gestellt werden.² Das erscheint im Hinblick auf teilweise erhebliche Anlaufkosten der Planer als angemessen.³

5. These

Weitere Regelungen zur Honorierung der Zielfindungsphase sind nicht geboten

Wenn die Parteien keine Vergütungsvereinbarung getroffen haben, gelten die Mindestsätze der HOAI als vereinbart und es sind die erbrachten Leistungen nach der HOAI zu bewerten. Ausgehend von der These, dass gem. § 650p Abs. 2 BGB Leistungen zu erbringen sind, wie sie sonst im Rahmen einer Akquisition erbracht werden, sind die erbrachten Leistungen in der Regel Grundleistungen, die in den Leistungsphasen 1 und 2 „bepreist“ sind.

Schwieriger ist die Bewertung im Falle der Vereinbarung eines Pauschalhonorars (das sich innerhalb der Mindest- und Höchstsätze bewegt). Dann muss für die Abrechnung bestimmt werden, welche Leistungen der Planer insgesamt zu erbringen gehabt hätte. Denn nur aus der Relation „zu erbringende Leistungen“/„Pauschalpreis“ lässt sich das „Vertragspreinsniveau“ zur Bewertung der erbrachten Leistungen ermitteln. Wenn die Parteien aber nicht einmal eine Einigung über die Planungsgrundlage erzielt haben, lässt sich kaum bestimmen, welche Leistungen der Architekt für den Pauschalpreis zu

² BGH, Urt. v. 08.10.2009 – III ZR 93/09, NJW 2010, 150.

³ Vgl. Fuchs, NZBau 2015, 675, 682 unter d.

erbringen gehabt hätte. Denn erst aus den wesentlichen Planungs- und Überwachungszielen ergeben sich die erforderlichen Leistungen. Diese Schwierigkeiten treten aber ebenso in anderen vorzeitiger Beendigung eines Planervertrages auf und bieten daher keinen Anlass für eine Sonderregelung.

III. Thesen von RA Tobias Wellensiek, Heidelberg

1. These

§ 650p Abs. 2 BGB n.F. regelt die vom Architekt/Ingenieur zu erbringenden Leistungen und die vom Besteller hierzu zu erbringenden Mitwirkungsleistungen nicht hinreichend genau.

(1) Annahmen und Begriffe

Für das Verständnis der folgenden Ausführungen, ist begrifflich zu unterscheiden zwischen:

- den **Leistungen**, die ein Architekt/Ingenieur (im Folgenden auch kurz „Planer“ genannt) für die Entstehung des Bauwerks/der Außenanlage zu erbringen hat. Dazu gehören Beratungs-, Planungs-, Vergabe-, Überwachungsleistungen, etc., die notwendig sind, um den Werkerfolg zu erreichen.
- den *inhaltlichen Anforderungen*, die diese Leistungen erfüllen müssen, damit der Werkerfolg erreicht wird. Teil des Werkerfolgs sind die Beschaffenheiten, die die Vertragsparteien vereinbaren (dazu gehören z.B. die äußerliche Gestaltung des Bauwerks, seine funktionalen Anforderungen, die einzuhaltende Kostenobergrenze, etc.). Diese inhaltlichen Anforderungen an den Werkerfolg werden im Folgenden **Leistungsziele** genannt.
- den inhaltlichen Anforderungen an die vom Planer nach § 650p Abs. 2 BGB zu erbringenden Leistungen. Diese sind nicht identisch mit dem Werkerfolg des später abzuschließenden Planervertrages. Es geht hierbei größtenteils um Beratungsleistungen.

(2) Problemstellung

Planer und Besteller haben bislang häufig einen Vertrag über die Leistungen des Planers abgeschlossen, ohne die Leistungsziele schon (vollständig) zu kennen. Es ist gerade Teil der Aufgaben des Planers, die Leistungsziele gemeinsam mit dem Besteller zu erarbeiten.

Es erscheint als rechtlich unausgewogen, wenn der Planer in dieser Situation mit dem Besteller einen Vertrag über eine Vielzahl von zu vergütenden Leistungen (z.B. das „Vollprogramm“ des Leistungsbildes Gebäudeplanung der HOAI) abschließen kann, von dem sich ein Besteller nur zum Preis einer freien Kündigung lösen kann, ohne dass die Parteien die Leistungsziele und die hierfür erforderlichen Leistungen kennen.

§ 650p Abs. 2 BGB hat somit zwei Funktionen: zum einen soll er der dazu dienen, dass die Parteien sich über die Leistungsziele verständigen. Zum anderen sollen die Parteien aus den erarbeiteten Leistungszielen ableiten können, welche Leistungen der Planer beauftragt erhält.

(3) Bewertung der gesetzlichen Regelung des § 650p Abs. 2 BGB

a) Der Arbeitskreis IV des 4. Baugerichtstags hatte als Formulierungsvorschlag unterbreitet: „Stehen die Ziele und Grundlagen der geschuldeten Planungsleistung noch nicht fest, ermittelt der Unternehmer diese nach den Vorgaben des Bestellers und legt sie ihm einschließlich einer Einschätzung der Gesamtkosten der Umsetzung seiner Planung zur Zustimmung vor.“

Das geschuldete Ergebnis war also die Ermittlung der Ziele und Grundlagen der Planung.

Der Arbeitskreis hatte die Vorstellung, dass es dabei um Leistungen geht, die der Planung i.S.d. der HOAI *vorausgehen*. Im Arbeitskreisbericht ist die Rede von „Zielfindungsphase“, „Konzeptfindungsphase“, „Phase 0“.⁴ Im Bericht wird ausgeführt, dass der Besteller an dem Prozess mitwirken muss, indem er „Vorgaben“ zu machen hat.

b) Der Gesetzeswortlaut lautet nun: „Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen“.

Das geschuldete Ergebnis soll also eine „Planungsgrundlage“ zur Ermittlung der „Planungs- und Überwachungsziele“ sein.

Der Planer schuldet nach dem Wortlaut also *nicht* die Ermittlung der Ziele, sondern die Erstellung

⁴ Vgl. BauR 2012, 1496 (1500).

der Grundlage zur Ermittlung der Ziele. Was damit gemeint ist, bleibt unklar.

c) Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll die Ermittlung der Planungsgrundlage selbst noch keine Planung sein (BT-Drucks. 18/8486, S. 67: „Der Entwurf verwendet bewusst das Wort ‚Planungsgrundlage‘, um deutlich zu machen, dass es noch nicht um die eigentliche Planung geht“).

Im Widerspruch hierzu ist in der Gesetzesbegründung aber die Rede davon, dass „etwa eine erste Skizze oder eine Beschreibung des zu planenden Vorhabens“ erstellt werden sollen (BT-Drucks. 18/8486, S. 67). Der „Architekt oder Ingenieur [soll] die Wünsche und Vorstellungen des Bestellers erfragen“ (BT-Drucks. 18/8486, S. 67). Durch derartige Leistungen kann aber schon der Bereich der Vorplanung (Leistungsphase 2 der Gebäudeplanung i.S.d. HOAI) betroffen sein.

Da die vom Gesetzgeber genannten Beispiele mehr über den Willen des Gesetzgebers aussagen als seine unrichtige Annahme, das seien noch keine „Planungsleistungen“, muss davon ausgegangen werden, dass zu den in § 650p Abs. 2 BGB geschuldeten Leistungen des Planers auch schon Tätigkeiten gehören sollen, die dem eigentlichen Planungsprozess zuzuordnen sind. Dies ist zu befürworten: Eine Beratung zur Zielfindung beinhaltet unvermeidbar Leistungen, die schon Planungsleistungen (im begrifflichen Verständnis der HOAI) sind.

Bei der „Kosteneinschätzung“ wird im Gesetz deutlich, dass eine „Unterschreitung“ der Anforderungen an eine Kostenschätzung i.S.d. HOAI/DIN 276 gemeint ist, also der Bereich der in der HOAI beschriebenen Grundleistung nicht erreicht wird.

(4) Folgerungen

Der Begriff „Planungsgrundlage“ ist unscharf, da er die Leistungspflichten des Planers nicht präzise beschreibt.

Gleichzeitig verkennt der Gesetzgeber, dass der Planer auf Vorgaben des Bestellers angewiesen ist, insbesondere der Planer nicht die Ermittlung des Bedarfs schuldet. Vielmehr ist dieser ihm vom Besteller mitzuteilen, da ihn der Planer nicht selbst ermitteln kann. Die Definition des Bedarfs erfordert bei größeren Bauvorhaben zumindest ein

Raumprogramm, vielleicht sogar eine Betriebs- und Organisationsplanung. All dies ist vom Besteller zu liefern. Die notwendige Mitwirkung des Bestellers wird aber im Gesetz nicht erwähnt.

Es ist also im Gesetz eine Formulierung zu wählen, die einerseits deutlich macht, was der *Planer* zur Findung der *Leistungsziele* schuldet und andererseits benennt, was der *Besteller* zur Findung der Planungs- und Überwachungsziele beizusteuern hat.

Denkbar wäre folgende Klarstellung:

„Stehen die Leistungsziele der zu erstellenden Planung und die vom Unternehmer zu deren Erreichung erforderlichen Leistungen noch nicht fest, hat der Unternehmer den Besteller zu Leistungszielen und erforderlichen Leistungen zu beraten, wobei der Besteller dem Unternehmer die hierfür erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen hat. Das Ergebnis der Beratung einschließlich einer Einschätzung der Gesamtkosten zur Verwirklichung der Leistungsziele des Bestellers und der Leistungen des Unternehmers hat der Unternehmer dem Besteller zur Zustimmung vorzulegen.“

2. These

Hinsichtlich der Vergütung für die nach § 650p Abs. 2 BGB erbrachten Leistungen ist eine gesetzliche Regelung durch das BGB nicht zu leisten und nicht notwendig. Die Vergütung ist privatautonom zu vereinbaren; erforderlichenfalls ist auf § 632 BGB zurückzugreifen.

Begründung

(1) Sofern ein Planer im Rahmen des § 650p Abs. 2 BGB dem zwingenden Preisrecht unterliegende Leistungen erbringt, greift ohnehin die HOAI.

(2) Sofern es sich um Leistungen außerhalb des Preisrechts der HOAI handelt, wäre eine Honorarregelung im BGB nicht „unterzubringen“: Die erfassten Bauvorhaben (vom Einfamilienhaus bis zum Krankenhaus) sind zu unterschiedlich. Es bedürfte einer Honorartabelle, die nach verschiedenen Schwierigkeitsgraden und Kostenvolumina differenziert; mit anderen Worten: das Preisrecht müsste umfassend gesetzlich geregelt werden.

(3) Es bedarf daher entweder einer Ergänzung der HOAI um das Leistungsbild der Leistungen nach § 650p Abs. 2 BGB, oder es bleibt bei der Privatautonomie bzw. – wenn keine Honorarvereinbarung getroffen wird – den Regelungen des BGB. § 632

BGB würde eine einzelfallbezogene Honorarbewertung durch Sachverständige erlauben. Bei Vorliegen einer hinreichend genauen Dokumentation durch den Planer könnte ein Sachverständiger z.B. eine angemessene Vergütung auf Stundensatzbasis ermitteln.

Arbeitskreis V – Normung

Arbeitskreisleiter

Dr. Michael Winkelmüller

Dr. Michael Winkelmüller, Rechtsanwalt/
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Certified
Compliance Officer/Auditor (TÜV)

Dr. Michael Winkelmüller ist Partner bei Redeker Sellner Dahs. Zu seinen Schwerpunkten gehören das Produktsicherheitsrecht und Fragen der technischen Normung. Er berät und vertritt Unternehmen, Verbände und Institutionen in Compliance-Fragen und gerichtlichen Verfahren bei deutschen und europäischen Gerichten, bei Behörden wie dem Deutschen Institut für Bautechnik, in Vertragsverletzungsverfahren bei der EU-Kommission und in Bezug auf Gesetzgebungsverfahren sowie in Normungsverfahren beim DIN und beim CEN. Zahlreiche Vorträge und Veröffentlichungen, unter anderem „Praxishandbuch Bauproduktrecht und technische Normung“.

Referenten

Dr. Bernhard Schneider, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB)

Dr. Bernhard Schneider ist im BMUB für die juristischen Fragen des Binnenmarktes für Bauprodukte zuständig. In dieser Funktion hat er unter anderem die Erarbeitung der Bauproduktenverordnung begleitet und war an den Diskussionen um die aus dem Bauprodukten-Urteil des Europäischen Gerichtshofs von 2014 zu ziehenden rechtlichen Schlussfolgerungen beteiligt. Derzeit ist die Thematik einer möglichen Revision der Bauproduktenverordnung einer seiner Arbeitsschwerpunkte.

Dipl.-Ing. Dieter Heller, Bundesverband Leichtbeton

Dipl.-Ing. Dieter Heller ist seit 2002 Geschäftsführer des Bundesverbandes Leichtbeton e.V., der Forschungsvereinigung Leichtbeton e.V., der Fachvereinigung Bims e.V. und des Güteschutz und Landesverband Beton- und Bimsindustrie

Rheinland-Pfalz e.V. Zu den Schwerpunkten seiner Tätigkeit gehören die Mitarbeit in verschiedenen Gremien beim Deutschen Institut für Normung (DIN), der Deutschen Gesellschaft für Mauerwerks- und Wohnungsbau e.V. (DGfM) und dem Deutschen Institut Bauen und Umwelt (IBU). Darüber hinaus vertritt er die o.g. Verbände gegenüber Politik und öffentlichen Institutionen.

Dipl.-Ing. Architektin Barbara Chr. Schlesinger, Bundesarchitektenkammer

Dipl.-Ing. Barbara Chr. Schlesinger ist Architektin und nach fast 15-jähriger Tätigkeit in Planung und Ausführung von Bauwerken seit 2000 als Referatsleiterin bei der Bundesarchitektenkammer (BAK) beschäftigt. Zu den Schwerpunkten ihrer Tätigkeit zählen die Vorbereitung strategischer Leitlinien, Initiativen und berufs-politischer Positionen der BAK zu den Themengebieten Technische Gesetzgebung, Normung und Standardisierung, Inklusive Gesellschaft und Wohnungsbau sowie deren Vertretung gegenüber Politik, öffentlichen Institutionen und Verbänden.

Thema des Arbeitskreises

Die Zukunft der Bauproduktnormung – mögliche Revision der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 – Kohärenz europäischer und nationaler Normen, Verantwortlichkeiten von Behörden, Herstellern und am Bau Beteiligten

A. Einführung

Von RA Dr. Michael Winkelmüller

Wie wichtig die Normung im Bauwesen ist, wird für alle am Bau Beteiligten dort erfahrbar, wo die komplizierte Systematik des Zusammenspiels zwischen Gesetzgebung und technischer Standardisierung im Bauwesen nicht funktioniert oder Lücken aufweist. Die Rechtsunsicherheit, die für Hersteller von Bauprodukten, Planer und bauausführende Unternehmen ebenso spürbar ist wie für Behörden, Institutionen und den Gesetzgeber, ist derzeit im Bereich des Bauwesens besonders stark. Stichworte sind der Wegfall des

Ü-Zeichens für CE-gekennzeichnete Bauprodukte und der Streit um die „Lückenhaftigkeit“ europäischer Bauprodukt-Normen. Nachdem mit den Änderungen der Landesbauordnungen und der Muster-Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen (MVV TB) wesentliche Schritte unternommen wurden, um das Urteil des EuGH vom 14.10.2014 (Rs. C-100/13) umzusetzen und den Forderungen der EU-Kommission für eine Umgestaltung des deutschen Baurechts nachzukommen, wird nunmehr auf EU-Ebene eine Revision der Bauprodukten-Verordnung (EU) Nr. 305/2011 diskutiert. Die Kommission hat unlängst eine öffentliche Konsultation durchgeführt und eine erste *Roadmap* für deren Umsetzung vorgestellt. Eingeflossen sind zahlreiche Beiträge deutscher Unternehmen und Institutionen. Gleichwohl zeigt die intensive Diskussion im politischen Raum, dass für die deutsche Bauwirtschaft ebenso wie für die deutschen Behörden zwei zentrale Anforderungen an ein funktionierendes Normungssystem bislang unzureichend geregelt sind:

Die erste zentrale Forderung ist die nach einem kohärenten System europäischer und nationaler Normen. Wie verträgt sich die erkannte Lückenhaftigkeit zahlreicher harmonisierter europäischer Normen (hEN) mit dem Vollständigkeitsanspruch, den die CE-Kennzeichnung im Sinne einer Effektivierung des europäischen Binnenmarktgedanks mit sich bringt? Wie kann und muss das System angepasst und wie können und müssen die bestehenden Möglichkeiten besser genutzt werden, um die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Bauwerkssicherheit zu verwirklichen und zugleich sicherzustellen, dass durch die Normung im Bauwesen ein hohes Schutzniveau gewährleistet ist, das auf technischem Sachverstand und wissenschaftlicher Evidenz beruht?

Die zweite zentrale Frage geht dahin, welche Verantwortung den Institutionen der öffentlichen Hand einerseits und den am Bau Beteiligten – Hersteller von Bauprodukten, Planer, bauausführende Unternehmen – andererseits zukommt, insbesondere, ob und ggf. wie private Gütesiegel und freiwillige Nachweise eine Kompensation für die unzureichende Rechtssicherheit bieten und es ermöglichen können, die Verantwortung sachgerecht zu verteilen.

B. Thesen

I. Thesen von Dr. Schneider

1. Europa

Wo immer es möglich und sinnvoll ist, sind europäische Regelungen nationalen Regelungen vorzuziehen.

Die Akteure im Bauwesen sollten die Zusammenarbeit mit ihren jeweiligen europäischen Partnern ausbauen und sich in die europäischen Strukturen stärker aktiv, frühzeitig und konstruktiv einbringen (Normung, Verbände und Vereine, EU). Kommunikation in englischer Sprache muss (auch) im Bauwesen eine Selbstverständlichkeit werden.

2. Verhältnis Bauwerke/Bauprodukte

Die Gewährleistung der Sicherheit von Bauwerken sowie des Umwelt- und Gesundheitsschutzes obliegt in erster Linie den am Bau Beteiligten (Hersteller von Bauprodukten, Planer, Bauunternehmen und Bauhandwerk, Bauherren). In Bezug auf den Schutz der betroffenen Rechtsgüter bedarf es zudem fachlich und zeitlich effizienter und lückenloser behördlicher Zuständigkeiten (vgl. baupolizeiliche Generalklausel).

Das Bauproduktenrecht hat eine dienende Funktion zur Erfüllung der Anforderungen an Bauwerke, unabhängig davon, ob und inwieweit es europäisch oder national geregelt wird. Regulierung wie Normung von Bauprodukten können daher in zeitlicher wie fachlicher Hinsicht nur eingeschränkt vollständig sein.

Es bedarf funktionierender Verfahren, um im Sinne eines lernenden Systems auf der Grundlage technisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse Anforderungen an Bauwerke und an Bauprodukte zeitlich und fachlich lückenlos aufeinander abzustimmen. Hierzu gehört, dass die Behörden in den Mitgliedstaaten wie auch die Kommission bei der Regelsetzung den laufenden technisch-wissenschaftlichen Input angemessen verarbeiten. Zudem muss ein breites Set an nachträglichen Kontroll- und Eingriffsbefugnissen zur Verfügung stehen. Hierzu gehören die einschlägigen bauaufsichtlichen Befugnisse ebenso wie die Möglichkeit, formal gegen Normen vorzugehen, sowie Marktüberwachungsmaßnahmen.

3. Verhältnis Regulierung/Normung

(Rechtliche) Regulierung wie (bautechnische) Normung beruhen auf dem Konzept der Legitimation durch Verfahren. Regulierung ist dabei die Konkretisierung von Rechten und Pflichten in den Verfahrensmodi des demokratischen Rechtsstaats; Normung ist die Konkretisierung von Sachverstand in den Verfahrensmodi der unabhängigen technisch-wissenschaftlichen Selbstorganisation. Beide Bereiche sollten aufgrund ihrer unterschiedlichen Funktionslogik nicht verquickt werden.

Aufgabe der Regulierung ist die Festlegung juristisch verbindlicher Schutzniveaus in Bezug auf öffentliche Güter wie Bauwerkssicherheit, Umwelt- und Gesundheitsschutz. Kernkompetenz der Normung ist die Formulierung von Angeboten, die zum Nachweis der Einhaltung der rechtlichen Anforderungen durch ein wissenschaftlich-technisch begründetes Vorgehen herangezogen werden können.

Die Einhaltung des Schutzniveaus ist Prüfstein für die Anwendung einer Norm. Daher sind in aller Regel regulatorische Konzepte, die eine Rechtsverbindlichkeit von Normen vorsehen, zu hinterfragen. Dies gilt etwa für die Bauproduktenverordnung oder auch die bauaufsichtliche Einführung einer Norm mit dem Zweck der Festlegung eines Schutzniveaus.

4. Freiwillige Nachweise und Gütesiegel

Freiwillige Nachweise wie etwa ergänzende Eigenerklärungen, die Anwendung alternativer technischer Regeln oder die Nutzung von Gütesiegeln sind wichtige Ergänzungen zu dem, was (schon) durch Regulierung und Normung festgelegt ist. Sie sind ein mögliches Reservoir künftiger Regulierung und Normung und sie ermöglichen es den Wirtschaftsakteuren, ihre bestehenden privatrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Sie können auch zum Nachweis der Einhaltung bestehender Anforderungen dienen. Gütesiegel sind zudem ein bedeutender Wirtschaftszweig der Dienstleistungswirtschaft.

Für die Förderung von Markttransparenz als Voraussetzung einer funktionierenden Marktwirtschaft sowie als Grundlage für die Harmonisierung

im Binnenmarkt ist die Festlegung eines einheitlichen Formats für ergänzende Produktinformationen sinnvoll.

5. Verantwortung der Wirtschaftsakteure

Die Verantwortung der am Bau beteiligten Wirtschaftsakteure sollte deutlicher definiert werden.

Insbesondere kommt auf die Hersteller von Bauprodukten eine größere Verantwortung für Bauwerkssicherheit sowie Umwelt- und Gesundheitsschutz im Bauwerk zu. Die Behörden haben hier eine zwar umfassende, aber nur subsidiäre Verantwortung.

Die Bedürfnisse und Anforderungen der Verwender von Bauprodukten und Bauwerken – Bauunternehmen, Planer, Bauherren/Investoren/Verbraucher, Gebäudenutzer – sollten besser wahrgenommen werden. Zugleich sollte ihre jeweilige Eigenverantwortung gestärkt werden.

6. Nutzen und Kosten der Regelsetzung

Regulierung und Normung im Bauwesen bedürfen ständiger Weiterentwicklung im Hinblick auf den technischen Fortschritt, aber auch einer Einbeziehung von Kostenfragen bei der Regelerarbeitung und bei der Überprüfung bestehender Regeln. Die Implementierung einer übergreifenden Untersuchung von Nutzen und Kosten von Regeln (Folgekostenabschätzung) ist zu prüfen, auch über die bestehenden behördlichen und technischen Zuständigkeitsgrenzen hinweg.

II. Thesen von Heller/Schlesinger

1. Anforderungen an harmonisierte Bauprodukte in Deutschland zur Erfüllung bauordnungsrechtlicher Vorschriften

Die Veränderungen durch das EuGH-Urteil C-100/13 zu nationalen Zusatzanforderungen an Bauprodukte mit CE-Kennzeichnung stellen alle Akteure der Wertschöpfungskette Bau vor große Herausforderungen. Mit Änderung der Landesbauordnungen und der Einführung der Musterverwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen (MVV TB) werden an europäisch harmonisierte Bauprodukte zukünftig keine zusätzlichen bauordnungsrechtlichen Anforderungen mehr gestellt, sondern vielmehr an das Bauwerk. Eine

gleichzeitige Produktdeklaration mit CE- und Ü-Zeichen wird es nicht mehr geben. Dennoch muss weiterhin die Verwendbarkeit der Produkte sowie das Ineinandergreifen von Produkt-, Bemessungs- und Anwendungsnormen zur Erfüllung der Bauwerksanforderungen sichergestellt werden.

Es ist für Planung, Ausschreibung und Ausführung sowie im Baustoffhandel sicherzustellen, dass Bauprodukte geeignet sind und mit ihrer Verwendung die an das Bauwerk gestellten Anforderungen erfüllt werden.

Zentrales Element zur Lösung der aufgezeigten Thematik sind Anforderungsdokumente, mit denen bereits in der Ausschreibung bzw. Beschaffung für das jeweilige harmonisierte Bauprodukt die Merkmale festgelegt werden, die entsprechend dem Verwendungszweck zur Erfüllung der Bauwerksanforderungen beitragen. Das jeweilige Anforderungsdokument wird Grundlage von Verträgen sowie der Bestell- und Lieferunterlagen von Leistungen zur Bauausführung.

2. Thesen

a) Auf Grundlage von Abschnitt D3 der MVV TB ist ein einheitliches System erforderlich, mit dem alle Anforderungen an Bauprodukte privatrechtlich vereinbart werden können, um damit die Vorgaben des Bauordnungsrechtes bei der Verwendung europäisch harmonisierter Bauprodukte pragmatisch und rechtssicher in der Praxis umzusetzen. Im Fokus stehen dabei insbesondere die harmonisierten Bauproduktnormen, die aus bauordnungsrechtlicher Sicht nicht alle notwendigen Produkteigenschaften enthalten (siehe Prioritätenliste des DIBT).

b) Die Anforderungsdokumente sind in Fachausschüssen zu erarbeiten. Durch eine Beteiligung von öffentlichen und privaten Bauherren, Planern, Produktherstellern, Bauausführenden, Prüfingenieuren usw. soll sichergestellt werden, dass die zur Erfüllung von Bauwerksanforderungen erforderlichen Produkthanforderungen vollständig erfasst sind. Durch eine Einspruchsphase ist die Beteiligung der Öffentlichkeit zu gewährleisten.

c) Die werkseigene Produktionskontrolle und Fremdüberwachung ist analog der bisherigen Praxis durchzuführen.

d) In einem nächsten Schritt sollte das System einheitlich und anerkannt für weitere Bauprodukte fortentwickelt werden mit der Möglichkeit, es auch der Produktinformationsstelle zur Verfügung zu stellen.

3. Revision der Bauproduktenverordnung (Construction Products Regulation – CPR)

Das Ziel eines einheitlichen europäischen Binnenmarkts für Bauprodukte ist wünschenswert. Die EU-Bauproduktenverordnung schafft hierfür den erforderlichen Rechtsrahmen und stärkt die gemeinsame Sprache. Die Ausgestaltung der BauPVO ist jedoch fortzuentwickeln und zu verbessern. Dies betrifft insbesondere die als Grundlage zur EU-BauPVO dienende Normung sowie Art. 6 EU-BauPVO „Inhalt der Leistungserklärung“ in Verbindung mit Anhang I.

Um einen europäischen Binnenmarkt für Bauprodukte zu realisieren, bedarf es einer vollständigen, harmonisierten europäischen Bauproduktennormung, die auf die sichere Verwendbarkeit der Bauprodukte und die Grundanforderungen an Bauwerke gemäß Anhang I abzielt. Dies ist derzeit nicht der Fall. Es sind in weiten Teilen der Normung fehlende Leistungsmerkmale zu ergänzen sowie für die wesentlichen Leistungsmerkmale Leistungsklassen zu definieren, die die unterschiedlichen Schutzanforderungen, klimatische Verhältnisse und Bauweisen in den einzelnen Mitgliedsstaaten widerspiegeln. Deren Prüfung und Gewährleistung obliegt dem Anwender von Bauprodukten, ist aber derzeit nur schwerlich möglich und verursacht insbesondere im Dienstleistungssektor – Planer, Bau- und Immobilienwirtschaft – erheblichen unnötigen Aufwand.

Mit CE-gekennzeichneten Bauprodukten lässt sich derzeit die Einhaltung der Grundanforderungen an Bauwerke in der Regel nicht nachweisen. So beinhaltet bislang keine einzige der europäisch harmonisierten Bauproduktnormen Leistungsmerkmale zu der Grundanforderung 3 „Hygiene, Gesundheit, Umweltschutz“. Ferner fehlen in vielen europäischen Bauproduktnormen wesentliche Leistungsmerkmale zur Einhaltung der Grundanforderungen „Mechanische Festigkeit und Standsicherheit“ sowie „Brandschutz“. Ungeregelt sind z.B. die Frostbeständigkeit von Mauerwerksprodukten oder das Glimmverhalten von

Mineralfaserdämmstoffen. Bei der Verwendung von CE-gekennzeichneten Bauprodukten muss zusätzlich zu einem freien Handelsverkehr aber auch gewährleistet sein, dass Leben und Gesundheit von Nutzern und Umwelt nicht gefährdet werden.

Gem. Art. 6 „Inhalt der Leistungserklärung“ und Anhang III zur Leistungserklärung ist der Hersteller eines Bauprodukts lediglich zur Angabe eines einzigen Leistungsmerkmals in der Leistungserklärung verpflichtet. Somit gewährleisten CE-gekennzeichnete Bauprodukte nicht die Einhaltung der Grundanforderungen an Bauwerke, was letztendlich einen einheitlichen europäischen Binnenmarkt für Bauprodukte verhindert, da die Mitgliedsstaaten nach Art. 8 ggf. verpflichtet sind, die Vermarktung und Verwendung solcher Bauprodukte zu verhindern, die die Sicherheit der Bauwerke gefährden können.

4. Thesen

a) Die mit der BauPVO verbundenen Verfahrensabläufe, insbesondere hinsichtlich der Normung und der Definition von Schnittstellen zu nationalen Anwendungsnormen, sind zu verbessern bzw. zu vervollständigen. Sicherergestellt sein muss, dass alle Anforderungen/Leistungs-

Prüfmerkmale als harmonisierte Normen hEN von der KOM eingeführt sind.

- Die Mandate sind zu aktualisieren und zu ergänzen.
- Es ist sicherzustellen, dass die entsprechenden Prüfnormen bzw. Prüfkriterien vorhanden sind
- Das Verfahren muss transparent gestaltet werden und die Verantwortlichkeiten im Prozess müssen eindeutig verteilt sein.

b) Für eine Übergangszeit sollten nationale Anforderungen an Bauprodukte möglich sein. Dies würde bedeuten, dass für eine gewisse Zeit nationale Anforderungen und Anhänge zugelassen sein müssen und von einer Revision der BauPVO abgesehen werden könnte.

Mitgliedstaaten müssen die Möglichkeit haben, ihre technischen Klassen einbringen zu können, um somit die Schnittstellen zu nationalen Anwendungsregeln herstellen zu können.

c) Notwendig sind eine vollständige Leistungserklärung sowie eine Anpassung von Art. 6 und Anhang III hinsichtlich der im Anhang I aufgeführten Anforderungen.

Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

Gemeinsame Arbeitskreisleiter

Dipl.-Ing. (FH) Heinz Schnaubelt

Heinz Schnaubelt ist beratender Ingenieur, öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Schäden an Gebäuden, Wirtschaftsmediator (IHK), München. Er war bereits beim 6. Baugerichtstag 2016 einer der beiden Leiter des Arbeitskreises VI.

Vorsitzender Richter am Landgericht Ralf Mai

Ralf Mai ist seit 2005 als Vorsitzender Richter am Landgericht München I tätig. Er führt seither eine Zivilkammer, in deren Zuständigkeit Streitigkeiten aus Bau-, Architekten- und Ingenieurverträgen fallen. Er hat Kommentierungen im Handbuch des privaten Baurechts, herausgegeben von Kleine-Möller/Merl/Glöckner, verfasst und ist regelmäßiger Referent auf baurechtlichen Veranstaltungen.

Referenten

Rechtsanwältin Katharina Bleutge, Köln

Katharina Bleutge ist Rechtsanwältin und Justiziarin des Instituts für Sachverständigenwesen e.V. (IfS) in Köln. Bleutge ist für alle rechtlichen Angelegenheiten des IfS und für die Beratung des Instituts sowie die Beratung der Mitglieder in allen Fragen rund um das Sachverständigenwesen verantwortlich. Sie betätigt sich zudem im Bereich des europäischen Sachverständigenwesens und ist an der Durchführung internationaler Studien, europäischer Veranstaltungen und Verfassung von Publikationen beteiligt. Beim IfS leitet sie die Redaktion der Zeitschrift „IfS-Informationen“ und der „IfS-Publikationen“. Als Referentin ist Bleutge für alle für das Sachverständigenwesen relevanten Themenbereiche aktiv. Bleutge ist Mitherausgeberin des „Praxishandbuch Sachverständigenrecht“ und veröffentlicht regelmäßig in Büchern und Fachzeitschriften.

Dipl.-Ing. Helge-Lorenz Ubbelohde, Berlin

Helge-Lorenz Ubbelohde ist öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Schäden an Gebäuden in Berlin, Vize-Präsident des

BVS-Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger e.V. in Berlin sowie Präsident des Deutschen Bausachverständigentages. Im Rahmen des BVS ist Herr Ubbelohde darüber hinaus einer der Fachbereichsleiter Bau und beschäftigt sich mit allen Fragen der Qualitätssicherung der Sachverständigen. Im Rahmen des Deutschen Bausachverständigentages besteht als Zielsetzung, eine gebündelte Sachverständigenmeinung zu generieren. Im Hinblick auf einzelne Normen und Regelwerke dahingehend, ob diese als allgemein anerkannte Regeln der Technik eingeschätzt werden können. Als Referent ist Herr Ubbelohde häufig tätig und beschäftigt sich mit allen relevanten Themen, die die Sachverständigentätigkeit insbesondere der Bausachverständigen betreffen. Herr Ubbelohde veröffentlicht regelmäßig zu aktuellen Themen in Fachzeitschriften.

A. Thema des Arbeitskreises:

Brauchen wir ein Sachverständigengesetz?

B. Einführung

von Heinz Schnaubelt und Ralf Mai

„Der Arbeitskreis VI beschäftigt sich mit der Frage, ob sich gesetzliche Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität gutachterlicher Tätigkeit im Bauwesen empfehlen. Das mündet in die Frage, ob wir ein Sachverständigengesetz brauchen. Das letztere betrifft alle Sachverständigen. Wir haben ein besonderes Interesse an qualitätsvollen Gutachten im Bauprozess. Aus meiner Sicht wünsche ich mir ein Ergebnis des Arbeitskreises, das zu einer deutlichen Qualitätssteigerung führt. Die Qualität von Gutachten in Bausachen ist zum Teil beklagenswert. Das liegt sicherlich daran, dass Qualitätsstandards fehlen ...“¹

Dieses Zitat aus der Rede des damaligen Präsidenten des 1. Deutschen Baugerichtstags 2006, Professor Dr. Rolf Kniffka, zeigt, dass das Thema des Arbeitskreises VI nicht neu ist.

Es hat bereits diverse Gremien und Tagungen beschäftigt. Die Vorschläge zur Neuordnung des

1 Kniffka, BauR 2006, 1549 (1556).

Sachverständigenwesens sind dementsprechend zahlreich. Wertet man die hierzu vorliegenden Veröffentlichungen einschließlich der bisherigen Empfehlungen des 1. Baugerichtstags aus, so kann man zwei wesentliche Problemkreise identifizieren:

Lassen sich die unterschiedlichen Bezeichnungen und Regelungen im Bereich des Sachverständigenwesens harmonisieren und sollte die Bezeichnung des Sachverständigen gesetzlich geschützt werden? Soll aus Gründen der Qualitätssicherung die Akkreditierung und die Zertifizierung von Sachverständigen gesetzlich oder auf dem Verordnungswege geregelt werden?

So ist zum Beispiel die vorhandene und fortschreitende Zersplitterung des Sachverständigenwesens ein häufig beklagtes, verbraucherfeindliches Ärgernis. Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige konkurrieren mit Sachverständigen von Universitäten, Hochschulen und anderen Körperschaften sowie privaten Instituten, Vereinen oder Stiftungen. Zertifizierte Sachverständige treten neben selbsternannten Sachverständigen auf dem Markt der Gutachtenerstattung auf. Die Gründe hierfür sind vielschichtig. Gelegentlich ist zu hören, dass nicht Qualität, sondern wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen. Hilft hier ein gesetzlicher Bezeichnungsschutz des Begriffs des Sachverständigen im Rahmen eines Berufsgesetzes für Sachverständige, gegebenenfalls mit einem eigenen Kammersystem?

Oder wäre es hilfreich, aufbauend auf bewährten Strukturen, einheitliche Maßstäbe für eine Akkreditierung/Zertifizierung zu entwickeln und gesetzlich festzuschreiben? Maßstab allen Handelns sollte sein, den Wildwuchs zu stoppen und den Leistungsstand des Sachverständigenwesens in Deutschland zu verbessern.

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch, wie sich das Sachverständigenwesen in den anderen europäischen Staaten darstellt. Gibt es dort Strukturen, die Vorbild für eine Regelung in Deutschland sein können? Welche europarechtlichen Rahmenbedingungen wären dabei zu beachten?

Sicher bewegt man sich hier auf dem schmalen Grad zwischen wünschenswertem Eingreifen des Gesetzgebers und unerwünschter Überregulierung. Schlagworte wie Deregulierung, Vereinfachung, Beschleunigung der Verwaltung, Privatisierung, offene Märkte und mehr Wettbewerb sind in aller

Munde. Sie können bei der Lösung der Probleme nicht außer Acht bleiben.

Lässt sich somit das Ziel qualitativ hochwertiger Gutachten überhaupt im Wege der Gesetzgebung erreichen? Was kann überhaupt wie geregelt werden? Würde eine gesetzliche Regelung die Bürokratie nicht weiter ausufern lassen?

Hier gilt es, sich zunächst einen Überblick über bisher bestehende Normen, Empfehlungen etc. und ihre praktischen Auswirkungen zu verschaffen.

Fragen über Fragen, die es nahe legen, sich im Arbeitskreis VI mit diesem Thema nochmals grundlegend auseinanderzusetzen.

B. Thesen

I. Thesen von Helge-Lorenz Ubbelohde

1. These

Die Einführung eines Berufsgesetzes und/oder ein gesetzlicher Bezeichnungsschutz ist derzeit nicht umsetzbar.

- Die Befassung des BVS im Hinblick auf die Schaffung eines Sachverständigengesetzes hat gezeigt, dass eine Einführung eines Berufsgesetzes nicht praktikabel und möglich erscheint.
- Eine gesetzliche Regelung bezüglich eines Bezeichnungsschutzes wird seitens der Europäischen Union nicht akzeptiert.
- Die Anforderungen an die Sachverständigentätigkeit sind aufgrund der Vielzahl der Bestellungsgebiete im Rahmen eines Sachverständigengesetzes grundlegend nicht regelbar.
- Statt der Einführung eines Sachverständigengesetzes ist es erforderlich, hohe Qualitätsstandards bezüglich der öffentlichen Bestellung und Vereidigung zu formulieren.

2. These

Es besteht keine hinreichende Abstimmung bezüglich der Bestellungs Voraussetzungen für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige unter den Bestellungskörperschaften.

- Die Bestellungskörperschaften, wie Industrie- und Handelskammern, Ingenieurkammern, Architektenkammern und Handwerkskammern müssen sich mehr abstimmen. Es müssen klare

Vorgaben zu den Bestellungsvoraussetzungen formuliert werden, um ein einheitliches Qualitätsniveau bei der öffentlichen Bestellung und Vereidigung bundesweit zu erhalten.

- Die Anforderungen an eine Zertifizierung müssen sich an den Qualitätsstandards der öffentlichen Bestellung und Vereidigung orientieren. Über die DAkkS ist sicherzustellen, dass die hohen Standards der öffentlichen Bestellung und Vereidigung auch im Rahmen der Zertifizierung gesichert werden. Die Qualitätsstandards von Zertifizierungen sind unterschiedlich und häufig nicht ausreichend.

3. These

Die Gerichte müssen angehalten werden, gem. § 404 Abs. 3 ZPO öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige bei der Sachverhaltsaufklärung heranzuziehen. Die Beauftragung von nicht öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen führt häufig zu mangelhaften Gutachten und somit zu fehlerhaften Urteilen.

- Mit der Beauftragung von öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen im Rahmen der Gerichtsverfahren wird sichergestellt, dass Sachverständige mit von dritter Seite, den Bestellskörperschaften, bestätigter hoher Sachkunde, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit tätig werden.
- In der Praxis ergeben sich häufig Situationen, bei denen nicht öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige gerichtlich beauftragt werden und fehlerhafte Gutachten zu nicht sachgerechten Urteilen führen.

4. These

Der Sachverständigenbeweis im gerichtlichen Verfahren muss im Rahmen der Richterausbildung einen vertieften Schwerpunkt erhalten. Sachverständige sollten bei der Richterausbildung stärker eingebunden werden.

- Die Kommunikation zwischen Sachverständigen und Richtern ist häufig unzureichend und führt zu fehlerhaften Beweisbeschlüssen und einer nicht sachbezogenen Sachverhaltsaufklärung.
- Häufig ist in Gerichtsverfahren feststellbar, dass Richterinnen und Richter nur über unzureichende Kenntnisse im Hinblick auf Aufgabe und Tätigkeit der Sachverständigen verfügen.

5. These

Die Vergütung der Sachverständigen in gerichtlichen Verfahren muss sich an den marktüblichen Honorierungen orientieren, um hochqualifizierte Sachverständige auch im Rahmen von gerichtlichen Verfahren in ausreichendem Maße zur Verfügung zu haben.

In den Fällen, in denen die Vergütung nach dem JVEG unter dem marktüblichen Honorarsatz liegt, muss davon ausgegangen werden, dass in wirtschaftlich positiven Zeiten ein nur unzureichender Nachwuchs generiert werden kann. Die am Markt tätigen Sachverständigen lassen sich nicht öffentlich bestellen und vereidigen, wenn sie aufgrund der Marktsituation bei der privatrechtlichen Beauftragung bessere Honorare erzielen können als in gerichtlichen Verfahren. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten lassen sich vermehrt Sachverständige öffentlich bestellen und vereidigen. Hier ist es umso wichtiger, in allen Bereichen der öffentlichen Bestellung und Zertifizierung gleichhohe Qualitätsstandards festzuschreiben.

II. Thesen von RAin Bleutge

1. These

Die Einführung eines Berufsgesetzes und/oder ein gesetzlicher Bezeichnungsschutz sind weder umsetzbar noch erforderlich (entspricht Empfehlung 1 des DBGT 2006).

- Handlungsbedarf für ein Gesetz muss wissenschaftlich nachgewiesen werden (Rechtstatsachenforschung schwierig)
- Kein einheitliches „Berufsbild“ Sachverständiger – zahlreiche unterschiedliche Fachrichtungen und Tätigkeitsschwerpunkte; daher kann auch keine „Berufskammer“ für alle Sachverständigen gebildet werden (viele Sachverständige sind zudem bereits Angehörige einer Berufskammer wie Architekten, Ingenieure und Handwerker)
- Verhaltenskodex und Qualifikationsanforderungen sind in Sachverständigenordnungen, Bestellungsvoraussetzungen und Zertifizierungsbedingungen geregelt
- Begriff „Sachverständiger“ ist ausreichend durch das UWG geschützt.
- Problem des Bezeichnungsschutzes: zahlreiche Synonyme und Ausgestaltungen („klassischer“ Sachverständiger, „Fernseh-Experte“, Sachver-

ständige im Gesetzgebungsverfahren, Gutachter, Fachgutachter, Dipl.-Sachverständiger, Vertrags-sachverständiger, Prüflingenieur, Gerichtssachverständiger, Versicherungssachverständiger, Gerichtssachverständiger, Gerichtsgutachter, medizinischer Gutachter, etc.)

- Statt eines generellen Bezeichnungsschutzes praktikabler: erforderliche Qualifikation des „Sachverständigen“ für den jeweiligen Tätigkeitsbereich regulieren (z.B. öffentliche Bestellung für den gerichtlichen Bereich, ElektroG, VerpackV, AltfahrzeugV für Verwertungsbetriebe, geplante Aufnahme der öffentlichen Bestellung ins ZVG im Rahmen der Wertfestsetzung)

2. These

Das deutsche Sachverständigenwesen verfügt über ausreichende und etablierte Qualitätsstandards für (Bau-) Sachverständige.

- Öffentliche Bestellung und Vereidigung – faktisches Berufsbild (bundesweit gültige Bestellungs-voraussetzungen, einheitlicher Pflichtenkatalog, einheitlicher Sachkundenachweis, gleiche formale Regelungen in den Sachverständigenordnungen wie befristete Bestellung, Fortbildungspflicht; Empfehlung 3 des DBG 2006 erfüllt)
- Qualität von Bausachverständigen in den letzten Jahren stark verbessert; Institut für Sachverständigenwesen arbeitet als unabhängiger Weiterbilder ständig an Aus- und Weiterbildung auf hohem Qualitätsniveau
- Soweit Zertifizierung daneben erforderlich/gewollt, dann durch akkreditierte Zertifizierungsstellen mit bundesweit verbindlichen, einheitlichen, durch die Deutsche Akkreditierungsstelle überwachten Zertifizierungsprogrammen
- ZPO: Heranziehung öffentlich bestellter SV – bewährtes „Vertrauensverhältnis“

3. These

Die vorhandenen Strukturen müssen stärker etabliert und transparenter gemacht werden, um „die Spreu vom Weizen“ zu trennen.

- Kommunikation Gerichte – Bestellungskörperschaften (s.a. Empfehlung 4 des DBG 2006)
- Beispiel Qualitätszirkel NRW: Feedbackbogen, Mitteilung von Schlechtleistung von

Gerichtssachverständigen – gesetzliche Ermächtigungsgrundlage schaffen (LMJ NRW sah sich 2015 „auf absehbare Zeit“ außerstande, auf die Schaffung einer bundesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage für die Übermittlung aufsichtsrechtlich relevanter Informationen über die Arbeit gerichtlich bestellter Sachverständiger an die jeweilige Bestellungskörperschaft hinzuwirken).

- Sachverständigenwesen ist erklärungsbedürftig
- Marktgerechte Vergütung bei gerichtlicher Beauftragung, u. A. mit Blick auf Nachwuchsgewinnung
- Intensivere Nachwuchsgewinnung
- Einzelmaßnahmen der Gesetzgebung: z.B. Änderung des SV-Rechts in der ZPO, Novellierung FamFG – § 163)

4. These

Europäische Best Practice Beispiele für die transparente und nachvollziehbare Qualifikation von Bausachverständigen liegen nicht vor. Deutschland ist gefragt, andere europäische Länder mit seiner Erfahrung stärker zu unterstützen.

- Statistik über Verfahrensdauer in Europa zeigt, dass Deutschland vorne liegt
- Starke Unterschiede in der Qualifikation und in den Qualifikationsanforderungen; einige Länder haben eine Regelüberprüfung von Qualifikationsanforderungen von (Gerichts-) Sachverständigen übernommen
- Vielfach keine geregelten oder transparenten Standards; konkrete fachliche Bestellungs-voraussetzungen für Sachverständige, die für Gerichte tätig werden, existieren ausschließlich in Deutschland
- Es gibt kein dem Institut für Sachverständigenwesen (IfS) vergleichbares unabhängiges Institut in den Ländern, das sich für eine flächendeckende Standardisierung von Qualitätsanforderungen einsetzt
- Die europäische Sachverständigenorganisation EuroExpert fördert europaweite Umsetzung von vergleichbaren Qualitätsstandards
- Stärkere Förderung qualifizierten Nachwuchses in Europa, um grenzüberschreitende Beweis-aufnahmen durchzuführen (Beweisaufnahmeführungsvorordnung, § 1072 ZPO)

Arbeitskreis X – Baubetrieb

Gemeinsame Arbeitskreisleiter

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla

Herr Univ.-Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla ist Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls Baubetrieb und Bauprozessmanagement an der Technischen Universität Dortmund. Er ist Vorstandsmitglied des Deutschen Baugerichtstags und Inhaber eines Ingenieurbüros für Projektsteuerung, baubetriebliche Beratung, Bauablaufstörungen und Bauvertragsmanagement. Zudem ist er als Schlichter und Adjudikator bei Streitigkeiten im Bau und Anlagenbau tätig. Er ist Autor und Herausgeber zahlreicher Bücher und Veröffentlichungen zu baubetrieblichen, bauwirtschaftlichen und baujuristischen Themen (u.a. Würfele/Gralla/Sundermeier (Hrsg.): Nachtragsmanagement, Werner Verlag). Vor seiner Hochschultätigkeit war er langjährig in leitender Position in der Bauindustrie tätig.

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch

Herr Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch leitet das Fachgebiet Baubetrieb und Bauwirtschaftslehre an der Hochschule Bochum. Er ist von der Ingenieurkammer Bau NRW öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für „Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau sowie Bauablaufstörungen“ und ist Partner einer Ingenieursozietät für baubetriebliche Fragestellungen sowie Beratungen und Schlichtung bei Vergütungsstreitigkeiten und Bauablaufstörungen. Er ist Leiter des Arbeitskreises Baubetrieb und Baurecht in der deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. und darüber hinaus Autor diverser Fachveröffentlichungen und zahlreicher Vorträge zu den o.a. Themen, z.B. Plümecke: Preisermittlung für Bauarbeiten, Rudolf Müller-Verlag, Köln

Referenten

Prof. Dr. jur. Marc Oliver Hilgers

Herr Hon.-Prof. Dr. Marc Oliver Hilgers ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Seniorpartner der bundesweit tätigen Bau- und

Vergaberechtssozietät Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen neben der projektbegleitenden Beratung in der Betreuung von vergaberechtlichen, architektenrechtlichen und (schieds-)gerichtlichen Mandaten. Er ist Honorarprofessor für Bauvertragsrecht an der Hochschule Bochum und Autor zahlreicher Veröffentlichungen und hält zudem regelmäßig bundesweit Vorträge und Seminare zu bau- und vergaberechtlichen Themen.

Dr.-Ing. Michael Mechnig

Herr Dr.-Ing. Michael Mechnig ist geschäftsführender Gesellschafter der FairCM² GmbH und Lehrbeauftragter für das Fachgebiet „Strategisches Vertragsmanagement“ an der Technischen Universität Dortmund. Er ist Mitautor des „Kapellmann/Schiffers“ (Band 1 und 2) sowie Autor zahlreicher Fachaufsätze zu den Themen Nachtragskalkulation und Bauzeitnachträge. Zudem ist er langjähriges, aktives Mitglied des Arbeitskreises Baubetrieb und Baurecht der deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V.

Thomas Pinter

Herr Thomas Pinter ist Geschäftsführer der CAA GmbH. Er berät bei Großprojekten in Lateinamerika und Europa in den Bereichen Oil & Gas, öffentlicher Personennahverkehr, Baugewerbe und Energiegewinnung. Er verfügt über Erfahrungen im Engineering, Projekt Management, Vertragsmanagement und Claimerstellung. Thomas Pinter ist in diesen Bereichen in internationalen Schiedsgerichtsverfahren als Gutachter tätig.

A. Thema des Arbeitskreises

Ausgestaltung von (Regelungs-)Standards für die Bewertung von Einwirkungen auf den Bauablauf

B. Ausgangslage und Einführung

1. Ausgangslage

Der Hintergrund der Thematik des Arbeitskreises ist der Umstand, dass die Bewertung der Auswir-

kungen aus gestörten Bauabläufen nahezu immer ein großes Streitpotential zwischen den Projektbeteiligten darstellt. Diese sind regelmäßig Gegenstand außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren und/oder langjähriger gerichtlicher Auseinandersetzung.

In den Leitsätzen ober- bzw. höchstrichterlicher Rechtsprechung zu dieser Problematik wird immer wieder auf den sogenannten Kausalitätsnachweis verwiesen, also den Nachweis, zu welcher konkreten – also im tatsächlichen Bauablauf ablesbaren Auswirkung– eine Einwirkung auf den Bauablauf geführt hat. Darauf aufbauend hat der Auftragnehmer den Einfluss jeder einzelnen Einwirkung bzw. Störung auf den Bauablauf nachvollziehbar darzulegen; hierbei sind Dauer und Auswirkung einzeln zu bewerten, gleich aus welcher Risiko- oder Verantwortungssphäre diese stammen

Festzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass die Instanzgerichte die vom BGH z.B. in seiner Rechtsprechung vom 24.02.2005¹ ausgesprochene Forderung nach einer bauablaufbezogenen Dokumentation, zunehmend weiter interpretieren. So wird nicht selten für die Schlüssigkeit – und damit quasi als formale Voraussetzung – eines Vortrags gefordert, dass der Auftragnehmer zunächst darlegen bzw. nachweisen muss,

- dass die Bauzeit mit den kalkulierten und zur Verfügung stehenden Mitteln (Personal, Gerät, Material) bei ungestörtem Bauablauf eingehalten worden wäre,
- er selbst im Zeitpunkt einer Behinderung überhaupt leistungsbereit war,
- keine von ihm selbst verursachten Verzögerungen vorlagen und
- keine Umstände gegeben waren, die gegen eine Behinderung sprechen, z.B. in Form der Umstellung von Bauabläufen oder Inanspruchnahme von Pufferzeiten.

Unabhängig davon stellen in diesem Zusammenhang die verschiedenen Leitsätze der Rechtsprechung lediglich allgemein gültige Richtlinien für die Darlegung und Bewertung von Bauablaufstörungen bzw. geänderten Baumständen dar, die im jeweiligen Einzelfall „mit Leben“ zu erfüllen sind.

Ein „Positivkatalog“, wie die von der Rechtsprechung formulierten Vorgaben im Sinne eines möglicherweise standardisierten Leitfadens zu erfüllen

sind, existiert derzeit nicht. So wirft z.B. bereits die Forderung nach der vielfach zitierten „bauablaufbezogenen Darstellung“, die der BGH und die Obergerichte in den diversen Leitsätzen immer wieder ansprechen, die Frage auf, welcher Detaillierungsgrad und welche Art der Visualisierung anzuwenden ist.

2. Ergebnisse und Empfehlungen aus dem 6. Deutschen Baugerichtstag

Der AK X Baubetrieb empfahl die Entwicklung eines Leitfadens zur Festlegung von differenzierten Bewertungsmodellen zum Nachweis der anspruchserfüllenden Kausalität. Insbesondere wurde vom Arbeitskreis dafür plädiert, bereits in der Vertragsanbahnungsphase die Rahmenbedingungen i.S. eines Leitfadens für den späteren Umgang mit bauzeitlichen Fragen durch die Aufnahmen von Regelungen bzw. Standards bei Vertragsabschluss zu berücksichtigen. Des Weiteren empfahl der Arbeitskreis X des Deutschen Baugerichtstags einstimmig, einheitliche Begriffsdefinitionen innerhalb der Leitfäden zu finden und zu definieren, um für beide Vertragsseiten Klarheit in den Begrifflichkeiten zu schaffen. Der Arbeitskreis X des Deutschen Baugerichtstags empfahl darüber hinaus einstimmig, dass auf der Grundlage der bereits existierenden BGH-Rechtsprechung die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast von Bauzeitnachträgen im Hinblick auf die anspruchsbegründende Kausalität eindeutig und zumutbar definiert werden muss; diese Darlegungs- und Beweislast sollte in einem einheitlichen Leitfaden zusammengefasst werden.

3. Ausgestaltung von (Regelungs-)Standards als Fortführung der Diskussion im 7. Deutschen Baugerichtstag

Aufbauend auf den Empfehlungen beim 6. Deutschen Baugerichtstag wurde in Zusammenarbeit mit dem Arbeitskreis Baurecht und Baubetrieb der deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. ein Katalog einschlägiger Begriffe, welche im Zusammenhang mit der Analyse und Bewertung von Einwirkungen bzw. Störungen auf den Bauablauf von Bedeutung sind, erarbeitet. Zielsetzung hierbei war und ist es, ein einheitliches Verständnis dieser Begriffe für die weitere Diskussion herbeizuführen,

1 BGH v. 24.02.2005 – VII ZR 141/03.

da diese Begriffe in der Praxis immer wieder unterschiedlich aufgefasst bzw. interpretiert werden. Dieser Begriffskatalog soll abgestimmt werden.

Darauf aufbauend soll in Fortführung der bisherigen Diskussion und vor dem Hintergrund der angewendeten Praxis zum Nachweis gestörter Bauabläufe festgestellt werden, welche (Regelungs-) Standards sinnvoll und notwendig sind, um Einwirkungen bzw. Störungen auf den Bauablauf zu bewerten.

Im Rahmen des Arbeitskreises wird die Problematik zunächst anhand von drei Fachreferaten beleuchtet. Hierbei sollen aus juristischer und baubetrieblicher Sicht die Möglichkeiten und Rahmenbedingungen für den deutschen Baumarkt betrachtet

werden. Des Weiteren sollen Erfahrungen mit Regelungsstandards aus dem angelsächsischen und angloamerikanischen Märkten präsentiert werden.

Im Zuge einer ergebnisoffenen Diskussion soll mit den Teilnehmern des Arbeitskreises die Frage erörtert werden, wie sich baubetrieblich normier- und objektivierbare Bewertungsstandards unter Berücksichtigung der rechtlich geltenden Parameter entwerfen lassen. Verschiedene Möglichkeiten einer baubetrieblichen Ausgestaltung derartiger Regelungen sind Gegenstand der Diskussion des Arbeitskreises X. Am Beispiel der angelsächsischen Richtlinie des SCL Delay and Disruption Protocol soll die Frage erörtert werden, ob sich ggf. ein solcher zu vereinbarenden „Verhaltenskodex“ auch für Deutschland anbietet und eignet.

Arbeitskreis XI – Mehrparteienverträge für komplexe Bauverträge

AK-Mitglieder und Autoren:

RA Dr. Wolfgang Breyer, Stuttgart (AK-Leiter)

RA Dr. Alfons Schulze-Hagen, Mannheim (AK-Leiter)

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln

Dipl.-Ing. Heinz Ehrbar, DB-Netz AG, Frankfurt

Prof. Dr.-Ing. Dipl. Kfm. Shervin Haghsheno, Karlsruher Institut für Technologie (KIT), Karlsruhe

Marcus Lentzler, Managing Director Architecture & Construction, ECE Projektmanagement G.m.b.H. & Co. KG, Hamburg

RA Claus H. Lenz, Köln

Prof. Dr.-Ing. Peter Racky, Universität Kassel

RA Prof. Thomas Thierau, Bonn

Thema des Arbeitskreises

Mehrparteienverträge für komplexe Bauprojekte: Bedarf, Lösungsansätze und rechtliche Überlegungen

1. Einleitung

Ziel des Deutschen Baugerichtstages ist es, im gesamten Bereich des Baurechts in Deutschland bestehende Rechtsregeln auf den Prüfstand zu stellen, einen etwaigen Reformbedarf herauszuarbeiten und Reformvorschläge zu unterbreiten. Am 04./05.05.2018 findet der nächste, der 7. Deutsche Baugerichtstag in Hamm/Westfalen statt. Der neu gegründete Arbeitskreis XI wird sich mit der Frage beschäftigen, ob es für Bauprojekte größerer Komplexität einen Bedarf für innovative Vertragsmodelle gibt und wie diese in den Grundzügen aussehen könnten.

Ansätze dafür gibt es seit langem, z.B. sei auf „PROJECT PARTNERING“, „PROJECT ALLIANCING“ u.ä. verwiesen. In England ist der sog. PPC 2000, ein Multi-Party-Contract, entwickelt worden, der auch bei öffentlichen Bauvorhaben verwendet wird. In den USA kommt seit etwas mehr als zehn Jahren unter der Bezeichnung „Integrated Project Delivery (IPD)“ ebenfalls ein

Projektentwicklungsmodell auf Basis von Mehrparteienvereinbarungen zur Anwendung.

Auch in Deutschland gibt es gerade in jüngster Zeit zahlreiche Initiativen, die in diese Richtung gehen¹. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit hat ein Forschungsvorhaben „Alternative Vertragsmodelle“ gestartet und ein Rechtsgutachten dafür in Auftrag gegeben, welches derzeit in Bearbeitung ist.

2. Problemursachen bei der Abwicklung von komplexen Bauprojekten

Die häufig auftretenden Probleme bei der Abwicklung großer und komplexer Baumaßnahmen lassen sich im Allgemeinen mehreren Ursachen zuordnen. Hierzu zählen z.B.:

2.1 Unzureichende Bedarfsermittlung bzw. Definition der Projektziele und darauf aufbauend ebenso unzureichende Budgetierung und Abschätzung des Terminrahmens

Hierdurch geraten viele Projekte von Beginn an unter erheblichen monetären und terminlichen Druck, was die Handlungsspielräume der Beteiligten oftmals ebenso erheblich einschränkt. Darüber hinaus wird ein beträchtliches Störpotenzial hinsichtlich des weiteren Projektverlaufs generiert, da zur Bedarfsanpassung bzw. –vervollständigung dann während der Planung und Bauausführung mit teilweise gravierenden Entwurfs- und Leistungsänderungen zu rechnen ist. Dies führt dann in Folge zu einer zusätzlichen Erhöhung des Kosten- und Termindrucks.

2.2 Unzureichendes Risikomanagement

Bei vielen Projekten zeigt sich ein unzureichendes Risikomanagement dadurch, dass keine genügenden Risikoregister geführt werden und dementsprechend keine Vorsorge zur Gefahrenabwehr und zur Chancennutzung getroffen wird. Dementsprechend fehlen oft Risikobudgets, Zeitreser-

¹ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Hrsg.): Reformkommission Bau von Großprojekten – Endbericht. Berlin 2015; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, (Hrsg.): Reform Bundesbau. Berlin 2016: siehe insb. Kapitel 7.

ven und die notwendigen organisatorischen Maßnahmen zur Risikobeherrschung. In der Praxis ist sehr häufig eine Risikoaversion der einzelnen Projektbeteiligten zu beobachten, die sich dadurch äußert, dass alle Beteiligten bestrebt sind, mit der Projektabwicklung einhergehende Risiken von sich selbst fernzuhalten und vertraglich den jeweils anderen Beteiligten zu übertragen. Dabei wird sehr häufig die Frage, von welchem Projektbeteiligten das jeweilige Risiko am sinnvollsten behandelt bzw. getragen werden kann, gar nicht oder nicht ausreichend gewürdigt.

2.3 Unzureichende Prozessintegration wesentlicher Projektbeteiligter

Die klassische strikte Trennung von Planung und Bau führt zu einer erst späten Einbindung der bauausführenden Unternehmen in die entsprechenden Projekte. Dies stellt sehr häufig eine weitere Problemursache dar, weil hierdurch die frühzeitige Integration des ausführungsbasierten Knowhows der Bauunternehmen in das Projekt verhindert wird. Die Konsequenz sind oftmals Störungen im Projektfluss aufgrund erforderlicher Planungsanpassungen sowie Konflikte bezüglich der Auslegung der bauvertraglichen Leistungsbeschreibung. Insbesondere bei komplexen Baumaßnahmen z.B. im Bestand oder im laufenden Betrieb lässt sich erfahrungsgemäß die zu erbringende Bauleistung in den Ausschreibungsunterlagen nicht interpretationsfrei bzw. vollständig beschreiben. Dies erhöht das Nachtragsrisiko und kann sich aus Bauherrensicht negativ auf die Kosten- und Termineinhaltung auswirken.

Darüber hinaus stellt die Projektintegration aller an der Planung und am Bau Beteiligten und deren fachliche Koordination untereinander grundsätzlich bei vielen Projekten eine große Herausforderung aus Sicht des Bauherrn dar. Aufgrund der jeweils bilateralen Vertragsbeziehungen mit individuellen Vertragsinhalten zwischen dem Bauherrn und den einzelnen Auftragnehmern entsteht bei diesen häufig eine Fokussierung auf ihre Einzelinteressen und nur ein nachrangiges Interesse am Erfolg des Gesamtprojekts, was dann in einem entsprechenden Verhalten, wie z.B. unzureichender Kommunikation, während der Projektabwicklung zutage tritt. Das Ergebnis sind inkompatible Teilleistungen und ungeklärte Schnittstellen, aus denen Risiken in Bezug auf die Einhaltung der bauherrenseitigen Projektziele resultieren.

2.4 Mangelndes Vertrauen unter den Projektbeteiligten bzw. eine von Misstrauen geprägte Projektkultur

Aufgrund ihrer oftmals negativen Erfahrungen bei vorangegangenen Projekten offenbaren viele Projektbeteiligte ein grundsätzliches Misstrauen in die Arbeits- und Verhaltensweisen ihrer Vertragspartner und der weiteren Projektbeteiligten. Dieses Misstrauen fördert die Konflikthanfälligkeit der entsprechenden Projekte und erschwert die Integration und Koordination der Projektbeteiligten. Es herrscht häufig eine Projektkultur vor, die der Bewältigung der mit dem Projekt einhergehenden Herausforderungen nicht zuträglich ist. Die Kooperationsbereitschaft der Projektbeteiligten ist lediglich schwach ausgeprägt und wird auch durch keinerlei vertragliche oder sonstige Anreizmechanismen gefördert. Die Führungskräfte der beteiligten Unternehmen bzw. Organisationen investieren zu wenig in die Etablierung einer von Vertrauen und gegenseitigem Respekt geprägten Projektkultur.

2.5 Keine Regularien zur Entscheidungsfindung und unzureichende Konfliktlösungsmechanismen

Im Laufe der Planung und Realisierung eines Bauvorhabens sind zahlreiche Entscheidungen zu treffen. Nicht alle Aspekte können bei der Vertragsvereinbarung vorausgesehen und somit vertraglich abgebildet werden. Daher sind im Projektverlauf Anpassungen vorzunehmen, die von den Projektbeteiligten z.T. gemeinsame Entscheidungen erfordern. Werden keine Regeln vorgesehen, wie gemeinsame Entscheidungen für das Projekt zu treffen sind, kann dies zu zusätzlicher Unsicherheit und zu erheblichen Verzögerungen führen. Hieraus entstehen zusätzliche Konfliktsituationen.

Konflikte sind bei Bauprojekten an der Tagesordnung und lassen sich nie ganz vermeiden. Viele Ursachen sind auf die zuvor beschriebenen Problemursachen zurückzuführen. Jedoch ist bei den allermeisten Projekten festzustellen, dass es an klaren Regelungen fehlt, wie mit auftretenden Konflikten umgegangen werden soll. Es existieren weder interne Konfliktlösungsmechanismen, bei denen die Vorgehensweise zur Lösung des Konflikts innerhalb der Konfliktparteien festgelegt wäre, noch externe Konfliktlösungsmechanismen, bei denen mithilfe einer dritten Partei eine Konfliktlösung

angestrebt werden könnte. Das Fehlen derartiger Konfliktlösungsmechanismen führt in der Praxis dazu, dass Unstimmigkeiten zwischen einzelnen Projektbeteiligten nicht zeitnah beigelegt werden und in der Folge das Risiko größerer Konflikte erhöhen, die die Erreichung der Projektziele in Frage stellen.

Diese und weitere Problemursachen wurden in der jüngeren Vergangenheit bereits in einer Reihe von Publikationen, die unter der Mitwirkung zahlreicher Experten aus Praxis und Wissenschaft entstanden sind, thematisiert.^{2,3,4} Es darf unter Fachleuten als unstrittig vorausgesetzt werden, dass die genannten Punkte sehr häufig ursächlich für viele Fehlentwicklungen und Zielverfehlungen bei der Abwicklung von Bauprojekten sind.

Insgesamt verhindern die beschriebenen Problemursachen eine Interessenangleichung der Projektbeteiligten hinsichtlich eines gemeinsam anzustrebenden Projekterfolgs. Die konventionellen bilateralen Vertragsmodelle für Planungs- und Bauleistungen fördern zudem die Verfolgung der vom Projekterfolg losgelösten und untereinander divergierenden Einzelinteressen der Projektbeteiligten. Diese Modelle sind zudem in allererster Linie transaktionsorientiert und fokussieren sich auf die Regelung der Vergütung einer zu Vertragsbeginn definierten Leistung. Im Falle von Bauverträgen sind dies insbesondere die Modelle des Einheitspreis- und des Pauschalvertrages. In der Praxis zeigt sich jedoch geradezu regelmäßig, dass auch nach Vertragsabschluss die Leistung geändert wird oder zusätzliche Leistungen zu erbringen sind. In Kenntnis dessen verleiten die konventionellen Vergütungsregelungen, insbesondere das Einheitspreismodell, Bieter bzw. Auftragnehmer zu spekulativer Baupreisgestaltung und entsprechendem Verhalten während der Projektabwicklung. Auch Pauschalpreisabreden stellen sich bei Leistungsänderungen häufig als „Blackbox“ für den Auftraggeber dar und bergen unter Umständen erhebliches Risiko- bzw. Konfliktpotenzial. Forciert wird dies durch hohen Wettbewerbsdruck und den daraus oftmals resultierenden niedrigen kalkulatorischen Ergebnismargen der Bauunternehmen.

Zudem sind Projekte dynamischen Einflüssen ausgesetzt, über die zum Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse zumindest teilweise noch Ungewissheit besteht. Aus solchen Einflüssen können mitunter

erhebliche Risiken in Bezug auf die Einhaltung der Projektziele erwachsen. Hierfür sind konventionelle Vertragsmodelle sehr häufig unzureichend konzeptioniert und zu sehr auf ein reaktives Verhalten der Vertragsparteien ausgelegt. Um dieser Dynamik jedoch angemessen begegnen zu können, bedarf es Modelle, die verstärkt beziehungsorientiert ausgestaltet sind und Anreize für ein gemeinsames, vorausschauendes Handeln schaffen. Um die Interessen bzw. Ziele der Projektbeteiligten zu bündeln, müssen vertragliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, die bei allen Beteiligten zu einem ökonomischen Anreiz führen, kooperativ miteinander umzugehen und einen den jeweiligen Einzelzielen übergeordneten Gesamterfolg des Projekts anzustreben.

3. Lösungsansätze im Ausland

3.1 Ausländische Modelle

Die vorab dargestellten Problemkreise gibt es freilich nicht nur in Deutschland. Da der Entwicklungs- und Bauprozess eines Projektes im Wesentlichen immer demselben Muster folgt und folgen muss, sind die Problemkonstellationen nolos volens überall im Wesentlichen dieselben. In anderen Ländern, namentlich England,⁵ Australien⁶ und den USA⁷ wurden frühzeitig alternative Vertrags- und Abwicklungsmodelle als mögliche Lösungsansätze entwickelt, um diesen Problemen zu begegnen. Zu diesen Modellen gibt es zwischenzeitlich langjährige Erfahrungswerte, die mehrheitlich positiv sind.

Hierbei kann auf konkrete Evaluationen in allen Ländern zurückgegriffen werden.⁸ So ist verlässliches und reichhaltiges Zahlenmaterial vorhanden, um die verschiedenen Ansätze einer hinreichenden – auch vergleichenden – Betrachtung zuzu-

2 Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Hrsg.): Reformkommission Bau von Großprojekten – Endbericht. Berlin 2015.

3 Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (Hrsg.): Reform Bundesbau. Berlin 2016.

4 Österreichische Bautechnik Vereinigung (Hrsg.): Merkblatt Kooperative Projektabwicklung. Wien 2013.

5 PPC 2000 und weitere Version der PPC Reihe.

6 Project Alliancing.

7 IPD – Integrated Project Delivery.

8 Siehe Sir John Egan, „Rethinking Construction“ (Egan Report 1) (Report of the Construction Task Force, The Office of Public Sector Information, 01.11.1998) S. 9.

führen. Aus diesem Grund ist es in einem ersten Schritt naheliegend, diese Modelle im Einzelnen zu analysieren und ggf. weiterzuentwickeln.

3.2 Partnering – ein Managementansatz

In England wurden derartige Modelle in Form der PPC 2000 Verträge erstmals im Jahr 2000 offiziell eingeführt, entworfen von Prof. David Mosey.⁹ Deren Entwicklung war die unmittelbare Reaktion auf zwei Gutachten, die die englische Regierung nach dem herben Niedergang der Bauindustrie in den 70er und 80er Jahren und nachfolgender fehlender nachhaltiger wirtschaftlicher Erholung in Auftrag gegeben hatte.¹⁰ Die Gründe für die bedrohliche Entwicklung der englischen Bauindustrie wurden insbesondere auf die althergebrachten bilateralen Vertragsstrukturen zurückgeführt, die letztendlich insbesondere auch und gerade im öffentlichen Bereich dem bekannten Prinzip folgten, dem billigsten¹¹ Bieter den Zuschlag zu erteilen. Die Folge war ein Wettbewerb, der als „*cut-throat-bidding*“ oder „*suicidal practices*“ bezeichnet wurde¹². Infolge dieses überwiegend am Preis orientierten Wettbewerbes waren die auch hierzulande nicht unbekanntenen Folgen festzustellen, namentlich das Bemühen des „*Contractors*“, über Nachträge ein doch noch halbwegs vernünftiges wirtschaftliches Ergebnis zu erzielen. Damit einhergehend kam es fast schon zwingend zu einer erheblichen Zunahme von Streitigkeiten. Das Ergebnis waren Budget- und Terminüberschreitungen.

Die Interessen der an Planung und Bau Beteiligten waren – mit Ausnahme der des Bauherrn – systembedingt nicht auf einen Erfolg des Projektes ausgerichtet. Die vorgenannten Reports schlossen daher mit einer Empfehlung, einen Prozess des grundsätzlichen Umdenkens bereits von den Ansätzen her einzuleiten. Besonders einprägsam hierzu ist der Titel des ersten Egan Reports: „*Rethinking Construction*“.

Aufgrund der traditionellen und in Deutschland nach wie vor vorherrschenden bilateralen Vertragsverhältnisse – Bauherr kontrahiert mit Generalunternehmer, dieser wiederum mit Subunternehmern, diese wiederum mit Lieferanten, Bauherr mag mit Architekt, Fachplaner und ausführenden Unternehmen direkt in ein Vertragsverhältnis treten etc. – ist die Ausgangslage ähnlich. Die Struk-

tur dieser Zwei-Parteien-Verträge impliziert wie angesprochen, dass bei Abschluss derselben jede Partei primär die eigenen Interessen verfolgt und daher bereits von Beginn an die Interessen des Projekts nicht im Vordergrund stehen. Als Ergebnis dieser Forderung zur Einführung eines Strukturwandels wurde Partnering als ein Lösungsansatz identifiziert, der vom Ausgangspunkt her wie folgt beschrieben wird:

„Partnering involves two or more organisations working together to improve performance through agreeing mutual objectives, devising a way for resolving any disputes and committing themselves to continuous improvement, measuring progress and sharing gains“.¹³

Dem ist ersichtlich der Versuch immanent, weg von der Verfolgung von Partikularinteressen Einzelner den Fokus auf das Projekt und die damit eingehenden gemeinsamen Interessen zu lenken. Aus dem vorgenannten Zitat wird ferner ersichtlich, dass hierbei der Ansatz primär als Managementansatz verstanden wurde und wird. Über die PPC 2000 Verträge wird der Ansatz rechtlich eingekleidet. Project Alliancing nach australischem Vorbild und IPD-Modelle nach US-Vorbild sind systemimmanent als Management-Ansätze kzipiert, bei denen eine Mehrparteienvereinbarung den vertraglichen Rahmen zur Schaffung entsprechender Strukturen und zur Lenkung von Verhaltensweisen bildet.

9 Director of the Centre of Construction Law King's College London. PPC 2000 wurde von der Association of Consultant Architects veröffentlicht.

10 Sir Michael Latham, 'Constructing the Team' (Latham Report) (Final Report, The Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry, The Office of Public Sector Information, 01.01.1994); Sir John Egan, 'Rethinking Construction' (Egan Report 1') (Final Report, The Construction Task Force, The Office of Public Sector Information, 01.11.1998); Sir John Egan, 'Accelerating Change' (Egan Report 2') (Consultation Paper, Strategic Forum for Construction, 12.09.2002).

11 Auch wenn die offiziellen Kriterien andere waren, lief es doch wie hierzulande auch de facto darauf hinaus.

12 Joey Gardiner, 'Latham's report: Did it change us?' Building (Online), 27.06.2014 <<https://www.building.co.uk/latham-report-did-it-change-us/5069333.article>>.

13 Sir John Egan, 'Rethinking Construction' (Egan Report 1') (Final Report, The Construction Task Force, The Office of Public Sector Information, 01.11.1998) S. 9.

3.3 Mehrparteiverträge

Der erste Schritt hierbei war, sich von den traditionellen bilateralen Vertragsverhältnissen zu lösen und sich auf Mehrparteiverträge zu fokussieren. Auf Basis traditioneller Vertragsverhältnisse und der damit zwangsläufig einhergehenden Fokussierung auf Partikularinteressen sah man keine hinreichende Möglichkeit, die Partnering-Ansätze zu verwirklichen.¹⁴

3.4 Schlüsselfaktoren des Partnering

Als Schlüsselfaktoren für die erfolgreiche Umsetzung des Partnering Gedankens in Mehrparteiverträgen wurden hierbei festgelegt:

- Klare Zieldefinition
- Maximierung der Wirksamkeit des Ressourceneinsatzes der Beteiligten
- Kooperative Zusammenarbeit
- Auswahl der Partner und Berater
- Zuverlässigkeit und Teamwork
- Leistungsbeurteilung und kontinuierliche Verbesserung

3.5 Weitere Wesentliche Bestandteile

Weitere wesentliche Bestandteile lassen sich anhand der unter 2. dargestellten Problembereiche skizzieren:

3.5.1 Risikomanagement

Der Ansatz ist hier zunächst, die Frage der Risikoverteilung hintanzustellen und folgender Logik zu folgen:

1. Risikoidentifizierung;
2. Eliminierung oder Reduzierung dieser Risiken;
3. Versicherung dieser Risiken soweit möglich und wirtschaftlich sinnvoll;
4. Verteilung der dann hiernach noch verbleibenden Risiken auf diejenigen Parteien, die „... *most able to manage such risks*“ sind.¹⁵

Bereits bei diesem Punkt wird klar, dass sich all das nur erreichen lässt, wenn zu einem frühzeitigen Zeitpunkt bereits die entsprechende fachliche Expertise verfügbar ist und zu einem kooperativen und konstruktiven Dialog zusammengeführt wird. Demzufolge liegt der Fokus auf der frühen Phase der Entwicklung des Projekts, der Durchführung der Planung und der Risikoanalyse, bevor überhaupt die Entscheidung fällt, ob ein Projekt realisiert wird oder nicht. In dieser frühen Phase werden

die richtigen Partner primär nach Fachkenntnis und nicht (nur) nach dem Preis ausgewählt. Ziel ist, die beste Expertise zum jeweiligen Zeitpunkt verfügbar zu haben und die entsprechenden verschiedenen Fachdisziplinen koordinativ in produktiver Weise zusammenzuführen.¹⁶

3.5.2 Frühzeitige Prozessintegration wesentlicher Projektbeteiligter

Damit ist auch bereits dieser Problembereich angesprochen. Entsprechend werden in der frühen Phase auch wesentliche ausführende Unternehmen mit Ihrer Expertise eingebunden. Anders als in den in Deutschland bisher üblichen Partnering-Modellen werden nicht nur ein potentieller Generalunternehmer, sondern auch für die ausstehende Bauaufgabe wichtige Nachunternehmer und Lieferanten eingebunden. Konsequenterweise sind auch Architekten, entsprechende Fachplaner und andere Experten vertreten. Das Zusammenwirken der Beteiligten wird über die Verträge im Einzelnen und ausführlich geregelt.

3.5.3 Schaffung von Vertrauen unter den Projektbeteiligten

Man kann bekanntlich Vertrauen nicht befehlen oder anordnen, auch nicht durch Verträge. Man kann aber Vertrauen möglich machen, indem man in oben genannter Managementstruktur entsprechende partnerschaftsfördernde Elemente und Ziele einbaut, die optimal nur über ein vertrauensvolles Zusammenwirken der einzelnen Beteiligten erreicht werden können. Das wird nicht zuletzt dadurch erreicht, dass die Vergütung der Projektbeteiligten maßgeblich vom Erfolg des Projekts abhängig gemacht wird. Damit trifft aber auch ein Misserfolg alle. Der gemeinsame Erfolg kann durch ein vertrauensvolles Miteinander erreicht werden. Aus diesem Grund ist es kein Zufall, dass diese Modelle u.a. mit der Terminologie „*trusting the team*“¹⁷ adressiert werden.

3.5.4 Regularien zur Entscheidungsfindung und Konfliktlösungsmechanismen

Während auch hierzulande vermehrt über alternative Konfliktlösungsmodelle nachgedacht wird

¹⁴ Siehe Fn. 9, S. 18–19.

¹⁵ PPC 2000, Sub-Clause 18.1(iv).

¹⁶ PPC 2000, Sub-Clause 1.3.

¹⁷ John Bennett, Sarah Jayes, *Trusting the Team: The Best Practice Guide to Partnering in Construction* (ICE Publishing, 1982).

und diese auch teilweise praktiziert werden – namentlich Mediation, Schlichtung und Adjudikation –, sind den oben beschriebenen Strukturen bereits Konfliktlösungsmechanismen immanent. So läuft die Entscheidungsfindung z.B. über eine sogenannte „Core-Group“¹⁸, deren Mitglieder mit entsprechenden Stimmrechten ausgestattet sind und – oft – dem Mehrheitsprinzip, in manchen Fällen gar dem Einstimmigkeitsprinzip folgen. Damit werden auch unterschiedliche Ansichten in einem idealerweise konstruktiven Dialog frühzeitig einer Entscheidung zugeführt, bevor hieraus „echte“ Konflikte resultieren können, die dann einem wie auch immer gearteten Streitlösungsmechanismus zugeführt werden müssen. Dass am Ende für derartige echte Streitfälle, die im Zweifel nie auszuschließen sind, die genannten Vertragsmodelle auch diverse Konfliktlösungsmechanismen *expressis verbis* zur Verfügung stellen, ist nicht überraschend. Evaluationen zahlreicher Projekte, die bereits über diese Modelle abgewickelt wurden, zeigen einen signifikanten Rückgang an Streitigkeiten, die von den ordentlichen Gerichten entschieden werden müssen.¹⁹

3.6 Verbreitung der Modelle im Ausland

Mit Blick auf die Frage, wie häufig die hier skizzierten Modelle im Ausland zum Einsatz kommen, kann z.B. konstatiert werden, dass bis 2004 bereits über 9 Mrd. £ Bauvolumen in England über PPC Verträge abgewickelt wurden.²⁰ In Australien sind im Zeitraum 1994 bis 2009 mehr als 300 Infrastruktur- und Bauprojekte mit einem Gesamtvolumen von 90 Mrd. A\$ auf Basis von Project Alliancing durchgeführt worden.²¹

In den USA kann die Zahl der IPD-Projekte i.e.S. (d.h. mit dem Einsatz von Mehrparteienvereinbarungen), auf aktuell ca. 200 bis 450 Projekte abgeschätzt werden.²² Zusätzlich wurden bereits zahlreiche Projekte abgewickelt, die als „*IPDisb*“ bezeichnet werden, bei denen die Grundgedanken, die dem IPD-Modell zugrunde liegen, über Regelungen in bilateralen Verträgen in den klassischen Projektentwicklungsmodellen implementiert werden.

In Finnland wurden zum Stand des Jahres 2016 insgesamt 40 Projekte nach dem Vorbild des Project Alliancing entweder bereits abgewickelt oder begonnen.²³ Hierbei muss herausgestellt werden, dass die überwiegende Mehrzahl der Projekte in

Finnland von öffentlichen Auftraggebern durchgeführt wurde. Dies gibt einen Hinweis darauf, dass eine vergaberechtliche Kompatibilität dieser Modelle mit dem europäischen Vergaberecht gegeben zu sein scheint.

3.7 Verbesserungen in der Zielerreichung

Aufgrund des vor allem in England reichhaltig verfügbaren Zahlenmaterials kann festgestellt werden, dass diese Modelle auch in finanzieller Hinsicht erfolgreich sind. So wurden in einzelnen Projekten allein durch die frühzeitige Einbindung von Nachunternehmern und Lieferanten und einer ganzheitlichen Betrachtung des Produktionsprozesses Einsparungen von bis zu 30 % festgestellt.²⁴

In einer ersten wissenschaftlichen Untersuchung in den USA wurde die Zielerreichung bei IPD-Projekten im Vergleich zu Projekten mit traditionellen Abwicklungsmodellen gemessen.²⁵ Hierbei wurden 12 IPD-Projekte mit 23 herkömmlich abgewickelten Projekten verglichen. Mit Hilfe statistischer Methoden konnte nachgewiesen werden, dass bei insgesamt 14 Kenngrößen eine signifikant bessere Zielerreichung bei IPD-Projekten erzielt werden konnte. Zusammenfassend konnte festgestellt werden, dass bei IPD-Projekten signifikante Verbesserungen in den Qualitäts- und Terminzielen erzielt werden konnten.

18 U.a. Sub-Clause 1.6 of FAC-1.

19 Tatsächlich sind nach inoffiziellen Beobachtungen aus England lediglich zwei Streitfälle in den letzten 15 Jahren bekannt geworden, die auf Basis von PPC 2000 Verträgen vor den ordentlichen Gerichten endeten. Adjudikationsverfahren über den Housing Grants Act in England sind hierbei nicht berücksichtigt.

20 Trowers and Hamlins LLP, *Projects and Construction. TPC2005 – the ACA Standard Form of Contract for Term Partnering*, (Trowers and Hamlins LLP, 2006).

21 Gang Chen, Guomin Zhang, Yi-Min Xie, Xiao-Hua Jin, 'Overview of Alliancing Research and Practice in the Construction Industry' (2012) 8 *Architectural Engineering and Design Management* 103, S. 113.

22 Expertengespräch mit Howard Ashcraft, Partner bei Hanson Bridgett LLP, am 19.10.2017.

23 Vortrag Pekka Peräjaniemi et al., Konferenz „Lean in the Public Sector“, Helsingör, 2016.

24 Sir John Egan, 'Rethinking Construction' (Egan Report 1') (Final Report, The Construction Task Force, The Office of Public Sector Information, 01.11.1998) S. 9.

25 El Asmar, M., Hanna, A. S.u. Loh, W.-Y.: *Quantifying Performance for the Integrated Project Delivery System as Compared to Established Delivery Systems*. *Journal of construction engineering and management* 139/2013 (2013).

Im Rahmen eines Forschungsprojekts konnte in den USA anhand der detaillierten Auswertung von zehn IPD-Projekten gezeigt werden, dass in neun dieser Projekte die finalen Baukosten die gesetzten Kostenziele z.T. deutlich unterschritten oder dass die Kostenziele eingehalten wurden. In einigen dieser Projekte wurden die Einsparungen dazu genutzt, nachträgliche Leistungsänderungen zu finanzieren. In acht von zehn Projekten wurden die Terminziele unterschritten bzw. eingehalten. In allen Projekten wurden die gesetzten Leistungs- bzw. Qualitätsziele eingehalten oder überschritten.²⁶

3.8 Die Rolle des Vertrages

Die Rolle des dem oben beschriebenen Managementansatzes zugrundeliegenden Vertrages ist eine andere als im Bereich der traditionellen bauvertraglichen Abwicklung. Hier steht nicht die Frage im Vordergrund, welche Sanktionen wen zu welchem Zeitpunkt in welcher Form treffen, sondern die, wie die komplexe Art und Weise dieser andersartigen Struktur sinnvollerweise abgewickelt werden kann. Oben genannte Prinzipien basieren nicht auf einem bloßen gegenseitigen Lippenbekenntnis zur vertrauensvollen Zusammenarbeit, sondern finden in den zugrundeliegenden Verträgen konkrete organisatorische Abläufe mit konkreten Pflichten und Rechten der verschiedenen Vertragsparteien wie z.B. eine ausgeprägte Prüfungs- und Hinweispflicht aller am Projekt Beteiligten gegenüber allen (und nicht nur gegenüber dem „Auftraggeber“), im Einzelnen geregelte Kooperationspflichten, wann welcher Vorgang wie in welcher Form unter Einbindung von wem stattzufinden hat, wie der Prozess der Risikoanalyse im Einzelnen zu durchlaufen ist (s.o.) und wie das Vergütungssystem im Einzelnen abhängig vom Projekterfolg funktioniert.²⁷ Freilich wird es auch Sanktionen geben, wenn die Parteien ihren so ausgestalteten Pflichten nicht nachkommen, was im Zweifel auch eine Art der Motivation ist.

3.9 Adaption dieser oder ähnlicher Strukturen vor dem deutschen rechtlichen Hintergrund

Ob und inwieweit derartige Strukturen vor dem Hintergrund des deutschen Rechtes erfolgreich Bestand haben können, wird unter 4. erörtert. Wichtig zu berücksichtigen ist auf Grundlage der

bisherigen, hierzulande gemachten Erfahrungen mit Partnerschaftsmodellen jedenfalls auch, dass die erfolgreiche Umsetzung dieser Prozesse ein komplettes Umdenken bei den Projektbeteiligten fordert. Eine jahrzehntelange eher konfrontativ ausgerichtete Kultur wird sich nicht von heute auf morgen aus den Köpfen verbannen lassen; entsprechend vorsichtig sollten entsprechende Strukturen eingeführt werden.

4. Überlegungen für das deutsche Recht

4.1 Aufgabenstellung

Vor dem Hintergrund des Ausgangsbefundes unter 2. und 3. lässt sich die rechtliche Aufgabenstellung „in a nutshell“ wie folgt skizzieren: Komplexe Bauverträge brauchen einen vertraglichen Rahmen, der die Spielregeln für alle Beteiligten so formuliert, dass diese nicht nur ihren Individualnutzen im Blick haben, sondern in der Überzeugung arbeiten, dass der Fokus auf dem gemeinsamen Projekterfolg auch den eigenen Individualinteressen am besten dient. Der vertragliche Regelungsrahmen muss also die möglicherweise divergierenden Einzelinteressen sinnvoll mit dem Erfolg des Gesamtprojektes verknüpfen, konfliktvermeidend wirken, für unvermeidliche Konflikte funktionierende und befriedende Lösungsmechanismen vorsehen und (auch ökonomische) Anreize zu konstruktiver und nachhaltiger Kooperation aller Beteiligten setzen. Daraus folgt ohne weiteres, dass die bisher dominierende Struktur bilateraler und isolierter Verträge, die Konflikte erfahrungsgemäß eher befeuert, statt projektfördernd zu wirken, überwunden oder jedenfalls ergänzt werden muss; die bilateralen Einzelbeziehungen müssen vertraglich verknüpft und in einen Gesamtrahmen eingebunden werden, der nicht in erster Linie „transaktionsorientiert“, sondern „beziehungsorientiert“ vertrauensvolle Zusammenarbeit und gegenseitige Informationen in den Mittelpunkt stellt.

26 Research Report: „MOTIVATION AND MEANS: How and Why IPD and Lean Lead to Success“, University of Minnesota in collaboration with University of Washington, University of British Columbia, Scan Consulting; November 2016.

27 Hier werden z.B. sogenannte KPI's (Key Performance Indicators) individuell für die einzelnen Projektbeteiligten festgelegt und ständig evaluiert und fortgeschrieben.

4.2 Die entscheidende Herausforderung: Ungewissheit

Die entscheidende Herausforderung, die die Entwicklung entsprechender vertraglicher Rahmenbedingungen für ein komplexes Bauprojekt von der Gestaltung typischer Austauschverträge und traditioneller Gesellschaftsverträge unterscheidet, liegt freilich in der mit solchen Projekten unvermeidbar verbundenen „Ungewissheit“ und die damit zwangsläufig immanente „Dynamik“:²⁸ Wie das zu realisierende Projekt im Einzelnen aussehen und wie es funktionieren soll und wird, welche Anforderungen (Eigenschaften, Verfügbarkeiten, Spezifikationen) es letztlich erfüllen muss, steht zu Projektbeginn noch nicht fest, sondern entwickelt sich in der Zusammenarbeit aller Beteiligten erst im Laufe des Projektes. Zu Beginn der Planungsphase sind häufig noch nicht einmal die grundlegenden Umrisse des Projektes definiert, sie werden erst in der Planungsphase – das ist ja ihr Sinn – entwickelt. Aber auch nach Abschluss der Planungsphase und zu Beginn der Realisierungsphase kann nicht von einer endgültigen Fixierung des zu erstellenden Projektes ausgegangen werden. Spätere Änderungen und Anpassungen der Planungen sind völlig unvermeidlich; denn bei komplexen Vorhaben muss eben immer mit nicht vorhersehbaren Ereignissen, Entwicklungen, Erkenntnissen gerechnet werden, also mit Ungewissheit, die Bauprojekten zusätzlich zu vorhersehbaren und berechenbaren Unsicherheiten und Risiken anhaftet. Die Gefahr unvorhergesehener Entwicklungen mit der daraus folgenden Notwendigkeit, die Planungen zu ändern und anzupassen, wird noch verschärft, wenn in der Planungsphase versäumt worden ist, „ausführungsbasiertes Know How“ einzubeziehen, also die Realisierbarkeit der Planungen vor Eintritt in die Bauphase nachhaltig auf den Prüfstand praktischer Expertise zu stellen.

Damit stößt die traditionelle vorausschauende Vertragsgestaltung von vornherein an ihre Grenzen: Das **zentrale Ziel der traditionellen Vertragsgestaltung** (nicht nur in bilateralen Vertragsverhältnissen) ist **Rechtssicherheit**: Leistung und Gegenleistung werden klar und möglichst abschließend definiert und in der vereinbarten Vergütung abgebildet. Die Rechte und Pflichten aller Beteiligten werden in möglichst detaillierte, justiziable und mit Haftungssanktionen abgesicherte Regelungen gegossen. Auf diese Weise – so die Theorie – soll eine

gerechte Risikoverteilung bei gleichzeitiger Minimierung der Anreize für opportunistisches Verhalten erreicht werden. Oder anders formuliert: Die traditionelle (ganz überwiegend transaktionsorientierte) Vertragsgestaltung setzt auf Vollständigkeit, Rechtssicherheit, präzise Pflichtenbeschreibung, Vergütung und Haftung. Dies erklärt die Bedeutung des Grundsatzes *acta sunt servanda*: Ein in diesem Sinne auf Vollständigkeit und Rechtssicherheit angelegter Vertrag muss von den Beteiligten im Regelfall respektiert werden. Sieht man einmal von Preisanpassungsklauseln bei langfristigen Verträgen ab, dann ist die Notwendigkeit einer Änderung oder Anpassung des Leistungsprogrammes des Vertrags in dieser Logik ein möglichst zu vermeidender Störfall, für dessen Bewältigung es nur die juristisch schwerfälligen und keineswegs rechtssicheren Instrumente der ergänzenden Vertragsauslegung und der Änderung der Geschäftsgrundlage gibt.

Dieses mehr oder weniger bewusste **Leitbild traditioneller Vertragsgestaltung** passt nicht für komplexe Bauprojekte. Die solche Projekte prägende Dynamik der Planungsentwicklung, die erfahrungsgemäß selbst bei bester Planung auch die Realisierungsphase bestimmt, und die damit einhergehende, unvermeidliche Ungewissheit führen dazu, dass der vertragliche Regelungsrahmen des Projektes naturgemäß mehr oder weniger „unvollständig“ bleibt und zwar auch in der Phase der Realisierung. Wer trotz Dynamik und Ungewissheit ausschließlich auf feste, rechtssichere und damit aber auch auf unflexible Strukturen setzt, läuft Gefahr, dass dem Vertrag zwar Antworten für neue Probleme zu entnehmen sind, dass diese

28 Im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum (grundlegend Frank H. Knight, Risk, Uncertainty and Profit) bezeichnet Ungewissheit eine Situation oder einen Zustand, in dem zukünftige Entwicklungen bzw. Ereignisse nicht vorhersehbar sind und daher auch nicht mit einer gewissen Eintrittswahrscheinlichkeit (Erwartungswert) vorhergesagt werden können. Die Kategorie der Ungewissheit wird damit unterschieden von den Kategorien des unternehmerischen Risikos und der Unsicherheit. Risiken lassen sich mithilfe verschiedener Zukunftsszenarien vorhersagen, ihr Eintritt kann mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit kalkuliert werden. Unsicherheit soll dann vorliegen, wenn mögliche Ereignisse identifiziert werden, ihre Eintrittswahrscheinlichkeit aber nicht ermittelt/gerechnet werden kann. Ob sich Risiko, Unsicherheit und Ungewissheit in der Realität tatsächlich trennscharf auseinanderhalten lassen, kann man bezweifeln, in der Theorie spielt die Unterscheidung der Kategorien eine wichtige Rolle.

Antworten aber nicht zum Problem passen und infolgedessen – kontraproduktiv – das Gesamtziel des Vertrages eher gefährden, statt es zu fördern. Dies bedeutet aber zwangsläufig, dass Änderungen und Anpassungen der Planungen und damit auch der Rechte und Pflichten der Beteiligten in allen Phasen des Projekts kein juristischer Störfall sind, sondern ganz unvermeidliche Konsequenzen von Komplexität und Ungewissheit. Genau dies muss bei der Vertragsgestaltung proaktiv berücksichtigt werden. Ungewissheit und Dynamik müssen bei der Gestaltung des Vertragsrahmens von vornherein positiv – konstruktiv – adressiert werden. Der Vertrag muss projektfördernde Antworten auf die Herausforderung von Ungewissheit und Dynamik enthalten. Er darf nicht dem Ideal statischer Vollständigkeit verpflichtet sein, sondern muss Luft zum Atmen lassen, flexible Antworten auf neue Situationen ermöglichen. Bei der Entwicklung solcher Antworten ist zu berücksichtigen, dass die Notwendigkeit der Abweichung vom einmal definierten Pflichtenprogramm regelmäßig bei allen Beteiligten zu Stress führt, der Reflexe der Schuldzuweisung, des Rückzugs auf Rechtspositionen und der Konflikteskalation auslösen kann. Gerade für diese Konstellationen muss der Vertrag also Anreize zur kooperativen, konstruktiven und vor allem schnellen und flexiblen Erarbeitung von Lösungen bieten.

4.3 Werkvertrag?

Schon vor dem Hintergrund des skizzierten Spannungsverhältnisses zwischen dem Leitbild der Rechtssicherheit und der komplexen Großprojekte prägenden Dynamik und Ungewissheit liegt auf der Hand, dass die im BGB als Angebot bzw. default rules **geregelt** **Vertragstypen** den Anforderungen an einen vertraglichen Regelungsrahmen für komplexe Bauprojekte nicht genügen: Beim **Werkvertrag**, an dem sich das Bauvertragsrecht bisher ganz überwiegend orientierte, besteht die vertragstypische Leistung in einem durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg; die Herbeiführung des Erfolgs ist Voraussetzung für die vereinbarte Vergütung; wird der Erfolg nicht, nicht vollständig oder mangelhaft erbracht, liegt darin eine Pflichtverletzung, die Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche auslösen kann. Planungsänderungen im Hinblick auf den zu erbringenden Erfolg sind in diesem Modell nicht

vorgesehen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die maßgeblichen Parameter des Vertrags bei Vertragsschluss und vor Beginn der Realisierung des Werks grundsätzlich endgültig ausgehandelt und festgelegt sind. Infolge dessen werden Leistungspflichten schon früh zementiert und spätere aufgrund von Ungewissheit notwendige Änderungen führen meist zu kontraproduktiven Konflikten. Der grundsätzlich statische Charakter des Werkvertrags ist aus diesem Grund wenig empfänglich für fortlaufende, dynamische Anpassungen an ungewisse Entwicklungen.

4.4 Dienstvertrag?

Typisches Merkmal des **Dienstvertrags** ist der Austausch von Dienstleistungen und Vergütung, geschuldet ist die bloße Tätigkeit, also im Gegensatz zu einem Werkvertrag kein Erfolg. Auch dies wird den vertraglichen Beziehungen in einem komplexen Bauprojekt nur sehr begrenzt gerecht. Zwar erscheint es denkbar, in der Planungsphase das erforderliche Expertenwissen auf der Basis von Dienstverträgen zur Erbringung Dienste höherer Art einzukaufen. Solche Dienstverträge lägen im Ausgangspunkt auf der Linie von Verträgen mit Ärzten oder Rechtsanwälten, die keine Werkverträge sind, weil ein bestimmter Erfolg (der Operation, des Prozesses) eben nicht justiziabel versprochen werden kann, weil sein Eintritt vom Dienstleister nicht sicher beherrscht wird. Im Übrigen sollen die bei der Realisierung des Bauprojekts beteiligten Vertragspartner zu mehr verpflichtet werden, als zu bloßer Tätigkeit auf Anweisung. Informations- und Kooperationspflichten sieht das gesetzliche Dienstvertragsrecht ohnehin nicht ausdrücklich vor.

4.5 BGB-Gesellschaft?

Nicht ganz fern liegt auf den ersten Blick die Einordnung eines vertraglichen Gesamtrahmens als **BGB-Gesellschaft**. Immerhin arbeiten alle Beteiligten zusammen an der Planung und Realisierung des Projektes. Aus deutscher juristischer Sicht erscheint aber zweifelhaft, ob dies bereits die üblichen Anforderungen an den gemeinsamen Zweck erfüllt, der konstitutives Merkmal für die Annahme einer BGB-Gesellschaft ist. Bei aller Unklarheit im Detail erfordert das Merkmal des gemeinsamen Zwecks, dass die Vertragsparteien darin übereinkommen, gemeinsam bestimmte Interessen und

Ziele zu verfolgen, um dadurch einen gemeinsamen Erfolg zu erzielen. Dabei wird allgemein das Element der Übereinstimmung der Interessenrichtung betont. In komplexen Bauprojekten verfolgt jedoch jeder Beteiligte jenseits des gemeinsamen Ziels doch in erster Linie sehr eigennützige Interessen. Außerdem entsprechen die gesetzlichen Regelungen über Vertretung, Geschäftsführung, Gesamthandsvermögen, Gesellschaftsanteil, Auseinandersetzung und auch die vom BGH anerkannte persönliche Haftung aller Gesellschafter nicht den Interessen der Beteiligten. Sie wollen sich nicht in eine gemeinsame Institution unter hierarchischer Leitung integrieren; vielmehr geht es darum, die Beteiligten in einem Netzwerk so zu verbinden, dass die einzelnen Netzknoten bei Wahrung ihrer Unabhängigkeit zum Wohle des Ganzen zusammenwirken. Die typische ARGE im Bauwesen betrifft eine andere Konstellation. Hier schließen sich mehrere Bauunternehmen zu einer BGB-Gesellschaft zusammen, um dem Bauherrn als Einheit gegenüber zu treten.

4.6 Projektvertrag sui generis?

Da es im BGB **keinen Typenzwang** und weitreichende **Vertragsfreiheit** gibt (§ 311 Abs. 1), ist es den Parteien allerdings unbenommen, völlig atypische Verträge zu entwickeln, etwa einen „Projektvertrag sui generis“, der das Problem der Ungewissheit und die Notwendigkeit einer kooperativen Vernetzung aller Beteiligten von vornherein positiv adressiert und regelt. Ein solcher neuer Vertragstyp kann sowohl für einzelne Projekte individuell gestaltet werden, als auch von vornherein abstrakt-generalisierend Standards für eine Vielzahl von Verträgen für komplexe Bauprojekte setzen. Denkbar ist rechtstechnisch ein Rahmenvertrag, der alle Beteiligten einbezieht, der neben bilaterale Verträge tritt, wobei dann die verschiedenen Vertragswerke aber aufeinander abgestimmt sein müssen. Man kann sich aber auch vorstellen, dass die bilateralen Beziehungen von vornherein in einen komplexen Gesamtvertrag integriert werden. Es geht darum, einen vertraglichen Rahmen zu schaffen, der zum frühestmöglichen Zeitpunkt Verfahrensregeln für die Zusammenarbeit, die Entscheidungsfindung, Konfliktlösung und Verfahren der Leistungsanpassung adressiert und dabei akzeptiert, dass ungewisse Entwicklungen jederzeit flexible Anpassung erfordert. Die Erwartungshal-

tung an Kosten und Terminen muss Ungewissheit mit einbeziehen und dadurch ebenfalls flexibel formuliert werden. Das bedeutet kein unbedingtes laissez-faire, sondern dass monolithische Zielformulierungen einer Zielkorridorformulierung weichen, um Raum für ungewisse Entwicklungen zu schaffen. Eine ehrliche Kommunikation einer an Ungewissheit angepassten Zielformulierung würde dann auch den Druck von außen, der – insbesondere bei politisch aufgeladenen Projekten – Schuldzuweisungen und Konfrontation forciert, merklich reduzieren. An die Stelle oder jedenfalls neben die bilaterale Vereinbarung bestimmter Leistungspflichten im Hinblick auf ein endgültig definiertes Endprodukt müssen konkrete Regeln für das Wie der Kooperation formuliert werden. Es muss eine allgemein gehaltene Leistungspflicht zur fortgesetzten Kooperation formuliert werden, die durch konkrete Regelungen zum Prozess der Zusammenarbeit (Informationsaustausch, Festlegung beteiligter Mitarbeiter, Rückgriff auf Ressourcen der jeweiligen Partner, Dokumentationspflichten etc.) ergänzt werden. Die allgemeine Verpflichtung zur Kooperation wird zu einer den Vertrag charakterisierenden Hauptleistungspflicht. Eine Verletzung der festgelegten Kooperationspflichten wäre eine Pflichtverletzung im Sinne des allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Da sich insoweit aber im Hinblick auf Schadensersatzansprüche das Problem der Kausalität stellen würde, wäre über eine Sanktionierung derartiger Verletzung von Kooperationspflichten durch Vertragsstrafe nachzudenken. Dagegen müsste im Übrigen eine Fehlerkultur dahingehend installiert und vertraglich abgesichert werden, dass nicht jede Komplikation und unerwartete Entwicklung zum Ausgangspunkt für Schuldzuweisungen, juristische Diskussionen und die Geltung von Schadensersatzansprüchen gemacht wird. Insoweit ist also über vertragliche Haftungsausschlüsse jedenfalls bei leichter Fahrlässigkeit nachzudenken.

Als Konfliktlösungsmechanismen sind Regelungen denkbar, die zunächst eine Gesprächspflicht vorsehen, mit dem Ziel die Meinungsverschiedenheit auf kollegialer Ebene auszuräumen, bei Nichteinigung wären in einem bestimmten Verfahren höhere Managementebenen einzuschalten. Für den Fall des Scheiterns können andere – konsensuale oder kontradiktorische – ADR-Methoden, insbesondere baubegleitende Dispute (Avoidance)

Boards, vorgesehen werden. Erst als Ultima Ratio käme die Anrufung von Schiedsgerichten (oder, falls entsprechend eingerichtet, von speziellen Baukammern) in Betracht. Ein solches gestaffeltes Konfliktlösungsverfahren hätte außerdem Lern- und Vertrauensbildungseffekte.

Ein solcher Projektvertrag sui generis müsste ins **geltende Recht** eingebettet werden. Es müsste also genauer untersucht werden, ob es aus der Sicht des bisher geltenden Rechtes Einwände gegen einen solchen innovativen Vertragstyp gibt. Aus dem **geltenden Leistungsstörungenrecht** ergeben sich keine unüberwindbaren Hürden. Das Leistungsstörungenrecht knüpft zentral am Begriff der Pflichtverletzung als Auslöser für Sekundäransprüche an. Stellt man vertraglich die Kooperation in den Mittelpunkt der Leistungspflichten, dann stellen Verstöße gegen diese Regelungen Pflichtverletzungen i.S.v. § 280 BGB dar, die die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen. Das Modell kann freilich nur dann funktionieren, wenn die von den einzelnen zu erbringenden fachlichen Leistungen nicht bereits im Sinne eines bestimmten Ergebnisses zementiert und mit Haftung sanktioniert sind, denn sonst wird die Bereitschaft zu einer kooperativen Lösung von vornherein unterlaufen. Nach dem derzeitigen Diskussionsstand ist außerdem das **AGB-Recht** auf Problempotenzial abzuklopfen, möglicherweise auftretende Spannungen lassen sich aber wohl lösen. Wenn in einem (standardisierten) Projektvertrag die Risiken angemessen ver-

teilt sind und ein fairer Interessenausgleich unter allen Beteiligten zum Wohle des Gesamtprojekts gesucht wird, kann darin grundsätzlich keine unangemessene Benachteiligung liegen.

Herausforderungen ergeben sich dagegen aus dem **geltenden Vergaberecht**. Aus der unvermeidbaren Ungewissheit ergibt sich logisch, dass eine harte Auflistung konkreter Planungs- und Bauleistungen immer nur vorläufig sein kann, weil mit der Notwendigkeit von Anpassungen auf jeden Fall zu rechnen ist. Damit erscheint auch eine Vergabe, die sich maßgeblich auf den Preis stützt, problematisch, denn es ist überhaupt nicht auszuschließen, dass sich mit der Änderung des Leistungsumfanges dann auch die Vergütung ändern muss. Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass es in dem Denkmotiv einer frühzeitigen vernetzten Zusammenarbeit sinnvoll wäre, ausführungsbasiertes Know-how bereits in die Planung einzubeziehen. Genau die über dieses Know-how verfügenden Experten könnten dann aber in der Realisierungsphase nicht mehr eingesetzt werden. Es wäre daher zu prüfen, inwieweit im Rahmen der vergaberechtlich zulässigen Verfahrensgestaltung bereits heute Projektpartner in einer frühen Projektphase eingebunden werden können, indem im Zuge der Vergabe neben Preiselementen weitere qualitative Zuschlagskriterien eine Rolle spielen. Ggf. ist auch über eine Anpassung des Vergaberechts nachzudenken, um unter bestimmten Bedingungen den Einsatz der hier beschriebenen Modelle zu ermöglichen.

Arbeitskreis XII – Bausträgerrecht

Arbeitskreisleiter

Dr. Gregor Rieger

Dr. Gregor Rieger ist Notar in Prien a. Chiemsee und Schriftleiter der Deutschen Notarzeitung.

Er ist Vorsitzender des Ausschusses für Schuld- und Liegenschaftsrecht bei der Bundesnotarkammer, zu dessen Aufgabengebiet auch das Bausträgerrecht zählt, und hat in dieser Funktion an der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im Bundesministerium der Justiz teilgenommen.

Richter am Kammergericht Dr. Oliver Elzer

Richter am Kammergericht Dr. Oliver Elzer ist seit Ende 2016 Mitglied im 24. Zivilsenat des Kammergerichts und dort u.a. für Bank- und Urheberrecht zuständig. Vor diesem Zeitraum war er Mitglied im 11. und 14. Zivilsenat des Kammergerichts und dort u.a. für Gesellschafts- und Insolvenzrecht und als Dezernent für die Organisation der Aus- und Fortbildung nebst Rechtsreferendaren im Bereich des Kammergerichts zuständig. Dr. Elzer ist im Übrigen seit rund einem Jahrzehnt Richter am Berliner Anwaltsgerichtshof. In den Jahren 2001 bis 2004 war er als Referent an das Bundeskanzleramt abgeordnet und für Bund-Länder-Fragen zuständig. Dr. Elzer ist seit mehr als 20 Jahren Herausgeber und Miterausgeber, Kommentator und Autor und Mitautor zahlreicher Bücher und Onlinepublikationen sowie der Verfasser von Beiträgen in Fachzeitschriften, vor allem im Bereich des Gesellschafts-, Miet- und Wohnungseigentumsrechts sowie des Zivil- und des allgemeinen Verfahrensrechts. Sein Schwerpunkt ist das Wohnungseigentumsrecht.

Referenten

Prof. Dr. Florian Jacoby

Prof. Dr. Florian Jacoby ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht an der Universität Bielefeld und Direktor der dortigen Forschungsstelle für Immobilienrecht. Er hat zahlreiche Veröffentlichungen zum Privat- und

Verfahrensrecht verfasst. Ein wesentlicher Forschungsschwerpunkt liegt im Bau- und Wohnungseigentumsrecht. Unter anderem ist er Mitautor der Staudinger-Bände zum Werkvertrag sowie zum WEG.

Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M.

Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und dort zugleich Direktor der Abteilung Wirtschaftsrecht des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht sowie Richter am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht im zweiten Hauptamt. Neben dem Unternehmensrecht befasst er sich mit dem Immobilienrecht (Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, §§ 1113 bis 1203; Bauer/von Oefele, GBO, AT III) sowie mit der Schnittstelle von Wohnungseigentumsrecht und Gesellschaftsrecht (notar 2016, 283–299).

A. Thema des Arbeitskreises

Ein Haus, ein Bausträger und ... – viele Erwerber oder eine Gemeinschaft? Gesetzlicher Regelungsbedarf an der Schnittstelle zwischen Bausträgervertrag und Wohnungseigentumsrecht.

B. Einführung

Der Deutsche Baugerichtstag hat in den Jahren 2014 und 2016 Empfehlungen zum Bausträgerrecht mit dem Ziel vorgelegt, das Vorleistungsrisiko des Erwerbers vom Bausträger zu verringern. Auf Grundlage dieser Empfehlungen zum zentralen Problem des Bausträgerrechts ist es sachgerecht, sich mit Problemkreisen zu befassen, die derzeit vorrangig die Anbieterseite in besonderem Maße belasten:

Wer von einem Bausträger ein Wohnungseigentum erwirbt, erhält bedeutende Teile des vertragsgegenständlichen Bauwerks nicht zu Alleineigentum. Einer mitunter dreistelligen Zahl weiterer Erwerber stehen gleichgerichtete Ansprüche gegen den Bausträger auf Herstellung und Übertragung des gemeinschaftlichen Eigentums zu. Dennoch

stellt das geltende Recht der Vielzahl der Erwerber nicht von Anfang an einen Rahmen zur Koordination ihrer Interessen oder einer einheitlichen Willensbildung zur Verfügung. Letztlich trägt die Begründung des Regierungsentwurfes zur Reform des Bauvertragsrecht diesem Umstand auch Rechnung, wenn ihr zufolge z.B. werkvertragliche Kündigungs- und Anordnungsrechte der Besteller auf Bausträgerverträge u.a. auch deshalb nicht angewendet werden sollen (§ 650u Abs. 2 BGB), weil eine uneinheitliche Ausübung dieser Rechte durch Einzelne zu Problemen im Verhältnis der Erwerber untereinander führen könnte.¹

1. Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

Ein Erwerber wird mit seiner Eintragung im Wohnungsgrundbuch Teilhaber einer Gemeinschaft nach Bruchteilen am gemeinschaftlichen Eigentum und damit im Sinne des Gesetzes Wohnungseigentümer.² Der erste als Wohnungseigentümer im Wohnungsgrundbuch eingetragene Erwerber und der Bausträger bilden eine Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG.

Da dieser Zeitpunkt bei einem Streit zwischen Bausträger und Erwerber vor allem über die „Fertigstellungsrate“ sehr spät liegen kann, aber auch um dem Bausträger frühzeitig die Möglichkeit zu nehmen, die Geschicke der Wohnungseigentümergeinschaft durch Einwirkungen vor allem auf die Teilungserklärung und die Gemeinschaftsordnung zu lenken, hat die Rechtsprechung die Figur des werdenden Wohnungseigentümers entwickelt. Als „werdender Wohnungseigentümer“ wird dabei in aller Regel der Erwerber angesehen, der mit dem Bausträger einen wirksamen Bausträgervertrag geschlossen hat, zu dessen Sicherung auf Eigentumsübertragung an dem Vertragsobjekt eine Vormerkung an der vereinbarten Rangstelle im Grundbuch eingetragen ist und der aus der Hand des Bausträgers den Besitz am Wohnungseigentum erhalten hat.³

Der Erwerber als „werdender Wohnungseigentümer“ ist einerseits berechtigt, die Mitwirkungsrechte eines Wohnungseigentümers ausüben. Andererseits hat er die Kosten und Lasten zu tragen. Der Bausträger und der werdende Wohnungseigentümer bilden eine (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft. Neben dieser entsteht zeitgleich die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als werdender Verband.⁴

Der notwendige Besitzübergang auf mindestens einen Erwerber ist typischerweise mit dem Beginn des Gebrauchs seines Sondereigentums verbunden. Er und andere Erwerber erwarten zu Recht, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die technische und organisatorische Funktionalität der Wohnungseigentumsanlage gewährleistet ist, was z.B. in der Regel den vorherigen Abschluss eines Verwaltervertrags, von Wartungsverträgen sowie Verträgen mit Versorgungsunternehmen voraussetzt. Wer diese Verträge abschließen kann und wie sie gegebenenfalls auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer i.S.v. § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG übergehen, ist unklar.

Um dieser Rechtsunsicherheit entgegen zu treten, könnte es sich anbieten, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer i.S.v. § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG bereits zu einem früheren Zeitpunkt – wenigstens als werdende – entsteht.

2. Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums

Der Bausträger schuldet jedem Erwerber die Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums und jeder Erwerber schuldet dem Bausträger dessen Abnahme. Das gemeinschaftliche Eigentum wird zwar keineswegs immer, aber häufig erst abgenommen, nachdem den meisten Erwerbern ihr Wohnungseigentum bereits übergeben wurde und zumindest eine „werdende“ Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entstanden ist.

Ob und welche Konsequenzen dies für die Befugnis zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums hat, ist umstritten: Vertreten werden eine nicht entziehbare Befugnis jedes Erwerbers zur individuellen Abnahme, eine kraft Gesetzes bestehende Alleinbefugnis der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, eine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer und eine optionale Kompetenz der Wohnungseigentümer, die Ausübungsbefugnis der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zuzuweisen. Damit läuft jede derzeit praktizierte Lösung Gefahr, zu einer unwirksamen Abnahme zu führen.⁵

1 BT-Drucks. 18/8486, S. 72.

2 Zuletzt BGH v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, Rdnr. 6.

3 Zuletzt BGH, DNotZ 2016, 522 Rdnr. 7.

4 BGH, DNotZ 2016, 522 Rdnr. 8.

5 Im Kurzüberblick Elzer, DNotZ 2017, 163 ff.

Dem Bauträger würde eine gemeinschaftliche Abnahme den Vorteil bieten, nicht mit einer Vielzahl einzelner Abnahmehandlungen, verschiedenen Anspruchsgegnern und unterschiedlich laufenden Verjährungsfristen belastet zu werden. Auch aus Sicht der Erwerber könnte ein Bedürfnis für eine gemeinschaftliche Abnahme entstehen: Viele Erwerber fühlen sich von der Aufgabe überfordert, die vertragsgemäße Herstellung der in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden wesentlichen Gebäudeteile zu beurteilen. Diese Verunsicherung könnte sogar noch zunehmen, wenn solche Erwerber, die die Abnahme verweigern, gemäß dem neu in Kraft getretenen § 650g Abs. 1 BGB die Obliegenheit trifft, auf Verlangen des Bauträgers an einer Zustandsfeststellung mitzuwirken. Eine Zuständigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könnte den einzelnen Erwerber entlasten und die Hinzuziehung professioneller Berater erleichtern.

Es bietet sich an, dass der Gesetzgeber regelt, was gilt.

Zu klären sind ggf. die Rechtswirkungen einer gemeinschaftlichen Abnahme gegenüber Erwerbern, die trotz eines wirksamen Bauträgervertrags noch außerhalb der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer stehen und nicht an der Beschlussfassung der Gemeinschaft mitwirken können, weil an sie noch kein Wohnungseigentum übergeben wurde.

3. Ansprüche wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum

Nach der Rechtsprechung ist bei Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum das Recht, die Minderung und „kleinen“ Schadensersatz i.S.v. § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 1 WEG „gemeinschaftsbezogen“. Dies hat zur Folge, dass die Erwerber zwar die Inhaber dieser Rechte sind, sich insoweit aber nur die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer erklären kann. Anders ist es bei dem Anspruch auf Nacherfüllung, dem Anspruch zur Selbstvornahme und dem Anspruch auf Kostenvorschuss. Diese Mängelrechte werden – in Bezug auf das am gemeinschaftlichen Eigentum – als i.S.v. § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 2 WEG „gemeinschaftlich“ angesehen. Dies hat zur Folge, dass sich insoweit einerseits jeder Erwerber selbst erklären kann. Andererseits steht den Erwerbern als (ggf. werdenden) Wohnungseigentümern aber das Recht zu, diese

Mängelrechte der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Ausübung zuzuweisen (so genannte Vergemeinschaftung). In aller Regel wird sogar ein Anspruch auf „Vergemeinschaftung“ bestehen. Die Ausübung eines mangelbedingten Rücktrittsrechts oder Anspruchs auf großen Schadensersatz soll schließlich jedem einzelnen Erwerber verbleiben – auch wenn deren Ausübung mittelbar erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen auf die Situation der anderen Erwerber haben kann. Insoweit ist aber unklar, wann der einzelne Erwerber die Voraussetzungen dieser Rechte – in der Regel Nachfristsetzung – schaffen kann.

Ob diese Grundsätze einer Konkretisierung und in einzelnen Punkten einer Korrektur durch den Gesetzgeber bedürfen, ist zu klären.

4. „Nachzügler“

Auch ein nach Abschluss der Baumaßnahmen geschlossener Vertrag kann ein Bauträgervertrag sein – so dass z.B. jede unmittelbare oder mittelbare Verkürzung der Verjährungsfrist für Sachmängel im Verbrauchervertrag nach § 309 Nr. 8b ff. BGB unwirksam ist.⁶ Bisher ist nicht geklärt, bis zu welchem Zeitpunkt ein Bauträgervertrag und ab wann ein Kaufvertrag über ein nicht neu hergestelltes Objekt vorliegt, in dem Rechte wegen Sachmängeln beschränkt werden dürfen. Jedenfalls bei Wohnungseigentum, das ein Bauträger „ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und das zuvor vermietet war“, soll ein Kaufvertrag vorliegen.⁷ Es könnte sich anbieten, den maßgeblichen Zeitpunkt gesetzlich zu regeln.

Bejaht man eine Befugnis der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums oder eine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer, eine Abnahme zu erklären oder diese zu vergemeinschaften, besteht das Bedürfnis zu regeln, ob und wie sich eine bereits erklärte Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums auf solche (werdende) Wohnungseigentümer auswirkt, die im Rahmen eines danach geschlossenen Vertrags Wohnungseigentum vom Bauträger erwerben.

6 BGH, NJW 2016, 2878 Rdnr. 25.

7 BGH, NJW 2016, 1575 Rdnr. 25.

C. Thesen

I. Thesen Prof. Dr. Jacoby

1. Grundsätzliches

a) Die gesetzlichen Regelungen zum einen über das Rechtsverhältnis von Bauträger und Erwerber und zum anderen über die Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sind defizitär. Diese Defizite führen sowohl zu Rechtsunsicherheit als auch zur unbilligen Lösung einzelner Sachprobleme – teils zu Lasten des Bauträgers, teils zu Lasten der Erwerber und Neueigentümer.

b) Die im Folgenden unterbreiteten Regelungsvorschläge beziehen sich auf die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums durch die Erwerber und die sog. Nachzüglerproblematik. Beide Vorschläge begünstigen den Bauträger im Vergleich zur bislang geltenden Rechtslage. Sie verstehen sich daher als Bestandteil einer anzustrebenden Gesamtregelung, die an anderer Stelle – insbesondere durch eine Verbesserung der Absicherung des Erwerbers – kompensierende Regelungen enthalten muss.

2. Abnahme

Der Gesetzgeber soll als Ergänzung der Regelungen des Bauträgervertrags (§§ 650u f. BGB) in einer speziellen Vorschrift zu Bauträgerverträgen über Wohnungseigentum festschreiben, dass die Verpflichtung der einzelnen Erwerber, das gemeinschaftliche Eigentum abzunehmen, als gemeinschaftsbezogene Pflicht i.S.d. § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 1 WEG gilt, sobald in Bezug auf mehr als die Hälfte der Wohnungseigentumsrechte („Objektprinzip“) die Erwerber die Voraussetzungen an einen werdenden Wohnungseigentümer erfüllen (Bauträgervertrag, Vormerkung, Besitz) und die Abnahmepflicht sich auf dasselbe gemeinschaftliche Eigentum (gleiches Bausoll) bezieht.

Erläuterung: Rechtsfolge von § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG ist, dass die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestimmte Rechte und (hier relevant) Pflichten der einzelnen Wohnungseigentümer wahrzunehmen hat. Die beiden Fälle dieser Regelung unterscheiden danach, ob der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Wahrnehmungszuständigkeit bereits kraft Gesetzes zugewiesen ist (sog. gemeinschaftsbezogene Pflichten,

§ 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 1 WEG) oder von einem Beschluss abhängig ist (sonstige Pflichten, die (...), § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 2 WEG). Schon zum geltenden Recht wird vertreten, die Abnahmepflicht der Erwerber entweder dem einen Fall des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG (Gemeinschaftsbezogenheit) oder dem anderen (Möglichkeit der Vergemeinschaftung) zuzuordnen. Der Gesetzgeber sollte in einer speziellen Vorschrift zu Bauträgerverträgen über Wohnungseigentum festschreiben, unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung, das gemeinschaftliche Eigentum abzunehmen, als die Eigentümer verdrängende gemeinschaftsbezogene Pflicht i.S.d. § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 1 WEG anzusehen ist.

a) Diese Verdrängungswirkung ist noch nicht angemessen, wenn die junge (werdende) Gemeinschaft der Wohnungseigentümer noch überwiegend nur durch den (bei der Entscheidung über die Abnahme vom Stimmrecht ausgeschlossenen) Bauträger gebildet wird. Vielmehr bedarf es einer signifikanten Zahl an (werdenden) Wohnungseigentümern. Diese bei mehr als der Hälfte anzusetzen erscheint notwendig, aber auch angemessen.

b) Eine einheitliche Abnahme ist nur dann angemessen, soweit diese sich am gleichen Bausoll orientiert. Hat der Bauträger den Erwerbern Unterschiedliches versprochen, können diese nur individuell abnehmen, so dass auch individuell die Verjährungsfrist in Gang gesetzt wird.

c) Es erscheint ratsam, die zu schaffende Bestimmung als zwingendes Recht auszugestalten. Abweichungen durch Bauträgervertrag, Vereinbarung oder Beschluss der Eigentümer auch in Form einer weitergehenden Vergemeinschaftung sind dann ausgeschlossen. Bei Vorliegen eines sachlichen Grundes sollte allerdings das Quorum in der Gemeinschaftsordnung verändert werden können. Beispiele sind Mehrhausanlagen, bei denen sich der Bau der weiteren Gebäude verzögert, oder Anlagen mit separaten Garagen, die in Teileigentum stehen sollen, aber noch nicht gebaut sind oder ggf. nicht gebaut werden.

3. Nachzüglerproblematik

Zur Regelung der sog. Nachzüglerproblematik soll der Gesetzgeber eine weitere Regelung schaffen, dass die Abnahmeerklärung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Hinblick auf das gemeinschaftliche Eigentum als Abnah-

me nach § 634a Abs. 2 [die den Verjährungslauf in Gang setzt] im Hinblick auf solche Bauträgerverträge gilt, die über dasselbe gemeinschaftliche Eigentum dieser Wohnungseigentumsanlage (gleiches Bausoll) später geschlossen werden.

Erläuterung: Die Regelung will eine Verbindlichkeit der Abnahme durch die rechtsfähige Gemeinschaft auch für die Erwerber erreichen, die nach dieser Abnahme ihren Erwerbsvertrag abschließen. Die Verbindlichkeit der Abnahme muss sich allerdings auf den Verjährungsbeginn beschränken, während andere Wirkungen wie der Zeitpunkt des Gefahrübergangs oder der Übergang der Beweislast für Mängel individuell mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen körperlichen Abnahme (Besitzübergang) einhergehen sollten.

a) Grenze dieser Regelung ist wiederum, dass die einzelnen Erwerbsverträge dasselbe Bausoll beinhalten. Hat der Bauträger den Erwerbern Unterschiedliches versprochen, können unterschiedliche Mängelrechte bestehen, die ggf. auch unterschiedlich verjähren.

b) Aufgrund einer solchen Regelung erwerben „Nachzügler“ verjährte Mängelrechte nur dann, wenn sie den Erwerbsvertrag mehr als fünf Jahre nach der Abnahme durch die rechtsfähige Gemeinschaft abschließen. Dann werden sie allerdings regelmäßig nicht mehr neu errichtetes Wohnungseigentum erwerben, so dass das versprochene Bausoll nicht mehr identisch ist. Sieht man das anders und befürchtet den Erwerb verjährter Mängelrechte durch Nachzügler, könnte eine noch verbleibende Mindestverjährung angeordnet werden, die an die körperliche Entgegenahme des Werkes anknüpft.

c) Auf Grundlage dieses Vorschlags besteht die maßgebliche Abgrenzung darin festzustellen, ob die einzelnen Erwerbsverträge das gleiche Bausoll hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums vorsehen. Die heute sonst vielfach gestellte Frage, ob der Vertrag noch einen Bauträgervertrag über neu hergestellte Wohnungen oder schon einen Kauf bestehender Wohnungen darstellt, stimmt damit nicht überein.

II. Thesen Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard), Freiburg

Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft und ihre Folgen für die Kompetenzen der vom Bauträger erwerbenden Wohnungseigentümer

1. a) Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht bloß teilrechtsfähig, sondern nach allgemeinen Grundsätzen rechtsfähig. Allerdings fehlt dem Verwalter außerhalb der Verwaltung gemeinschaftlichen Eigentums die Vertretungsbefugnis (vgl. § 27 Abs. 3 WEG).

b) Um die Handlungs- und Funktionsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft in der Entstehungsphase zu steigern, empfiehlt es sich, die Rechtsfähigkeit der Einpersonengemeinschaft gesetzlich anzuerkennen. Die Anerkennung ist in dogmatisch-konstruktiver Hinsicht zulässig und entspricht einem praktischen Bedürfnis. Im Innenverhältnis kann der teilende Alleineigentümer wirksame Beschlüsse fassen. Der Einpersonenverband kann einen Verwalter bestellen, Vereinbarungen abschließen und im Außenverhältnis wirksam Verträge schließen. Allerdings empfiehlt es sich, zum Schutz berechtigter Interessen der Erwerber die Vertretungsmacht der für den Einpersonenverband handelnden Person auf Anlaufgeschäfte und andere errichtungsnotwendige Geschäfte zu beschränken. Kumulativ sollte – in Anlehnung an § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG – gesetzlich vorgesehen werden, dass die Laufzeit der von der Einpersonengemeinschaft abgeschlossenen Verträge höchstens drei Jahren betragen darf. Die Einpersonengemeinschaft entsteht mit (1.) Abgabe der Teilungserklärung und (2.) Anlegen der Wohnungsgrundbücher. Eine Vorverlagerung auf den Zeitpunkt der (notariellen) Teilungserklärung empfiehlt sich nicht.

c) Die Rechtsfigur des werdenden Wohnungseigentümers sollte in Form der von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Grundsätze beibehalten werden. Das gilt auch bei Anerkennung der Einpersonengemeinschaft. Tatbestandliche Voraussetzungen sind (1.) eine rechtlich gefestigte Erwerbsposition und (2.) die Besitzübertragung. An dem Erfordernis der willentlichen Einräumung des Besitzes an die Wohnungseigentümer ist sowohl aus organisatorischen Gründen als auch aus rechtspraktischen Erwägungen festzuhalten. Es kann nicht empfohlen werden, dem Erwerber vor der Besitzübertragung kraft Gesetzes wohnungseigentumsspezifische Befugnisse einzuräumen.

2. a) In der Eigentümersammlung sind der teilende Eigentümer sowie die wahren und wer-

denden Wohnungseigentümer grundsätzlich zur Stimmabgabe berechtigt.

b) Der Wohnungseigentümer (und damit auch der teilende Eigentümer) unterliegt allerdings einem Stimmrechtsausschluss, soweit der Beschlussgegenstand die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm zum Gegenstand hat oder auf die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits mit ihm gerichtet ist. Es empfiehlt sich, persönlich und wirtschaftlich nahestehenden Personen – in Anlehnung an § 89 Abs. 3 AktG, § 138 InsO – unter diesen Umständen kraft Gesetzes ebenfalls das Stimmrecht zu versagen.

c) Ist mehr als die Hälfte der Wohnungseigentümer von der Abstimmung ausgeschlossen, ist die Eigentümerversammlung in teleologischer Reduktion des § 25 Abs. 3 WEG beschlussfähig, wenn zumindest die Hälfte der *stimmberechtigten* Anteilsinhaber anwesend ist. In Fortentwicklung dieses Gedankens sollte § 25 Abs. 3 WEG dahingehend modifiziert werden, dass die Eigentümerversammlung – unabhängig von der konkreten Zahl ausgeschlossener Wohnungseigentümer – bereits dann beschlussfähig ist, wenn wenigstens die Hälfte der *stimmberechtigten* Wohnungseigentümer anwesend ist.

d) Die für einen Mehrheitsbeschluss der Eigentümerversammlung notwendige – einfache – Mehrheit bestimmt sich nach den in der Versammlung anwesenden, stimmberechtigten Wohnungseigentümern.

3. a) Für gemeinschaftsbezogene Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer sollte der Gemeinschaft auch weiterhin eine Ausübungsbefug-

nis zustehen. Eine Übertragung der Vermögenspositionen auf den Verband in materiellrechtlicher Hinsicht empfiehlt sich nicht.

b) Im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sollten der Gemeinschaft als Verband die primären und sekundären Mängelrechte der Wohnungseigentümer zur Ausübung zugewiesen werden, soweit sie sich auf das dasselbe gemeinschaftliche Eigentum beziehen. Die Wohnungseigentümer sind von einer individuellen Geltendmachung dieser Mängelrechte ausgeschlossen.

c) Es empfiehlt sich, auch die auf Rückabwicklung des Erwerbsvertrags gerichteten Mängelrechte dem Verband zur Ausübung zuzuweisen. Allerdings muss dem Erwerber kraft Gesetzes ermöglicht werden, bei wesentlichen Mängeln ohne Fristsetzung die Rückabwicklung des Erwerbsvertrags vom Bauträger zu verlangen.

d) Die Ausübung von Mängelrechten, die sich ausschließlich auf das Sondereigentum beziehen, sowie von sachenrechtlichen Eigentumsbefugnissen steht ausschließlich den Wohnungseigentümern zu. Die Gemeinschaft ist – vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen – von der Ausübung ausgeschlossen.

e) Für die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Wohnungseigentümern und Gemeinschaft sollte generell auf die Unterscheidung zwischen gemeinschaftlichem Eigentum und Sondereigentum abgestellt werden.

f) Der Gemeinschaft sollte gesetzlich die Befugnis zugewiesen werden, über gemeinschaftsbezogene Rechte und Pflichten zu verfügen.

