

# Thesenpapier

der Kernarbeitsgruppe im

## Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht

des Deutschen Baugerichtstages

**Erarbeitet und verfasst von:**

- RiBGH Claus Halfmeier, Karlsruhe
- Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar
- VorsRiOLG Günther Jansen, Hamm
- VorsRiBGH Prof. Dr. Rolf Kniffka, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Koeble, Reutlingen
- Rechtsanwalt Steffen Kraus, München
- RiBGH Stefan Leupertz, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Michael Maurer, Schrobenhausen
- Rechtsanwalt Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn
- Rechtsanwältin Dr. Iris Oberhauser, München
- Rechtsanwalt Peter Oppler, München
- Rechtsanwalt Andreas Roquette, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Claus Schmitz, München
- Rechtsanwalt Dr. Alfons Schulze-Hagen, Mannheim
- Universitätsprofessor Dr. Wolfgang Voit, Marburg
- VorsRiOLG a.D. Prof. Dr. Klaus Vygen, Düsseldorf

**Unter Mitarbeit von:**

- Rechtsanwalt Dr. Stefan Althaus, München
- VorsRiLG a.D. Burchard von Behr, München
- Rechtsanwältin Dr. Antje Boldt, Frankfurt
- Universitätsprofessor Dr. Jochen Glöckner, Konstanz
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Werner Langen, Mönchengladbach
- Rechtsanwalt Dr. Ulrich Locher, Reutlingen
- VorsRiOLG a.D. Prof. Dr. Gerd Motzke, Mering
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernhard Rauch, Regensburg
- Rechtsanwalt Dr. Carsten Schrader, München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Thierau, Bonn
- VorsRiOLG a.D. Dr. Friedhelm Weyer, Viersen

## Präambel

Die Baubranche leidet seit langem unter unzureichenden rechtlichen Rahmenbedingungen für eine interessengerechte und ökonomische Abwicklung von Bauvorhaben. Die bisherigen Bemühungen des Gesetzgebers, diese Rahmenbedingungen durch punktuelle Gesetzesänderungen zu verbessern, sind ohne durchgreifende Wirkung geblieben. Dieser Erkenntnis verschließt sich die Politik nicht. Schon während der abschließenden Beratung des Forderungssicherungsgesetzes (Drucks. 16/511) in der 172. Sitzung des Deutschen Bundestages am 26. Juni 2008 (Plenarprotokoll 16/172) haben Vertreter aller Bundestagsfraktionen auf die Notwendigkeit hingewiesen, ein eigenständiges, auf die Besonderheiten des bauvertraglichen Leistungsaustauschs zugeschnittenes Bauvertragsrecht zu schaffen. Die derzeitigen Regierungsparteien haben diese Impulse aufgegriffen und die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts im Koalitionsvertrag (Tz. 1755 bis 1759) auf die politische Tagesordnung gesetzt.

Der Deutsche Baugerichtstag e.V. begrüßt und unterstützt diese Initiative. Sein Arbeitskreis I wird deshalb auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag am 7./8. Mai 2010 in Hamm Empfehlungen für ein gesetzliches Bauvertragsrecht beraten und Beschlüsse hierzu fassen. Ziel ist es, Leitgedanken für entsprechende gesetzliche Regelungen festzulegen. Das vorliegende Thesenpapier enthält solche Leitgedanken, die in intensiver Vorarbeit einer Arbeitsgruppe von Fachleuten aus Rechtsprechung, Rechtsanwaltschaft und Rechtswissenschaft entwickelt worden sind. Es soll als Diskussions- und Beschlussgrundlage dienen und überdies bauvertragsrechtliche Grundprinzipien aufzeigen, an denen sich konkrete gesetzliche Regelungen orientieren müssen.

Die Mitglieder der Kernarbeitsgruppe des Arbeitskreises I sind der festen Überzeugung, dass die Schaffung eines eigenständigen Bauvertragsrechts dringend erforderlich ist. Diese Überzeugung beruht auf der im täglichen Umgang mit der Abwicklung von Bauverträgen gewonnenen Erkenntnis, dass schlechte, nicht selten bewusst unklare Ausschreibungen, intransparente Kalkulations- und Abrechnungspraktiken sowie der Missbrauch des bauvertraglichen Regelungsgefüges zur Verweigerung fälliger Zahlungen Ausprägungen einer auf Konfrontation ausgelegten Vertragsunkultur sind, die letztlich darauf zurückzuführen ist, dass die rechtlichen Parameter, nach denen Bauverträge geschlossen und abgewickelt werden (können), im Gesetz unzureichend, in wichtigen Punkten überhaupt nicht geregelt sind. Die sich hieraus für die Praxis und die Rechtsfindung ergebenden Unsicherheiten sind gravierend. Sie können nur auf der Grundlage stimmiger und sachgerechter gesetzlicher Regelungen beseitigt werden, die den spezifischen Besonderheiten des Bauvertrages angemessen Rechnung tragen. Der Arbeitskreis I ist aufgerufen, Empfehlungen für die inhaltliche Gestaltung solcher Regelungen zu beschließen, die als gesetzliches Leitbild des Bauvertrages Richtschnur für eine möglichst weitgehend privatautonome Gestaltung von Bauverträgen sein können. Ein solches Leitbild fehlt derzeit. Es findet sich insbesondere nicht in den Bestimmungen der VOB/B, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen keine verbindlichen gesetzlichen Regelungen enthalten, sondern sich regelmäßig im Wege der Inhaltskontrolle an diesen messen lassen müssen. Nach der dazu in Fachkreisen geführten Diskussion besteht die Gefahr, dass zentrale Regelungen der VOB/B der Inhaltskontrolle nicht standhalten. Die angestrebte Einführung eines eigenständigen Bauvertragsrechts soll den auch für den Bauvertrag geltenden Grundprinzipien der allgemeinen Rechtslehre Geltung verschaffen und der Praxis überdies klare und sachgerechte Regeln für die Abwicklung der zahlreichen Fälle bereitstellen, in denen die zweckentsprechende Verwirklichung des Bauvorhabens eine nachträgliche Anpassung des bauvertraglichen Leistungsgefüges erfordert. Darüber hinaus betreffen die Änderungsvorschläge der Arbeitsgruppe die Bereiche Sachmängelhaftung, Abnahme, Abschlagszahlungen, Sicherheiten und Kündigung.

Die folgenden Thesen fassen die Grundgedanken zusammen, an denen sich nach Auffassung der Arbeitsgruppe die gesetzlichen Vorschriften eines eigenständigen Bauvertragsrechts orientieren sollen. Sie enthalten bewusst keine konkreten Vorschläge für die Formulierung solcher Vorschriften, die erst auf der Grundlage der Beschlussfassungen des 3. Deutschen Baugerichtstages erarbeitet werden sollen. Die Thesen sind nicht abschließend. Sie lassen offen, ob weitergehender Regelungsbedarf

besteht, und treffen keine Aussage zu den formalen Aspekten einer Gesetzesänderung. Unbeantwortet bleibt insbesondere die Frage, ob das Bauvertragsrecht insgesamt aus dem Werkvertragsrecht ausgegliedert werden soll. Die Entscheidung hierüber wird erst in Abstimmung mit den Ergebnissen des Arbeitskreises IV (Recht der Architekten und Ingenieure), des Arbeitskreises V (Bauträgerrecht) und des Arbeitskreises VII (außergerichtliche Streitbeilegung) fallen können. Die Arbeitsgruppe ist der Auffassung, dass die für die Bemessung von Mehrvergütungsansprüchen des Unternehmers derzeit maßgeblichen Regeln der Preisbildung und Preisfortschreibung im Sinne der Aufrechterhaltung eines fairen Leistungsaustauschs überdacht werden müssen. Die hierzu gebildete These 5 enthält lediglich zentrale Grundgedanken und verzichtet bewusst auf konkrete Vorschläge für die Ausgestaltung solcher Regeln, deren Entwicklung Gegenstand der Tätigkeit des Arbeitskreises VI (Sachverständige) ist. Ob und wenn ja, welche Regelungen für die Entstehung und Bemessung von Mehrvergütungsansprüchen in ein gesetzliches Bauvertragsrecht aufgenommen werden sollen, kann nur in Abstimmung mit dem Arbeitskreis VI und erst unter Heranziehung der dort auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag gefassten Beschlüsse entschieden werden.

## These 1:

### Geschuldete Leistung, Mangelbegriff und Mängelrechte

- a) Der Unternehmer schuldet ein funktionstaugliches Werk. Maßstab für seine Leistungsverpflichtung ist die berechnigte Funktionalitätserwartung des Bestellers. Das gilt auch bei Verträgen, denen eine (detaillierte) Leistungsbeschreibung des Bestellers zugrunde liegt, die der berechnigten Funktionalitätserwartung des Bestellers nicht gerecht wird. § 633 soll entsprechend angepasst werden.
- b) Die bisher in §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B verankerten und von der Rechtsprechung auch auf den BGB-Bauvertrag angewendeten Regelungen zur Prüfungs- und Hinweisobliegenheit des Unternehmers sollen sinngemäß in das Gesetz übernommen werden.

## Begründung

### A. Zu lit a): Funktionaler Herstellungsbegriff

#### I. Grundlagen

Anknüpfungspunkt für die Mangelhaftung des Unternehmers ist die Verfehlung des werkvertraglichen Erfolgs, der wiederum in der Herstellung des versprochenen (Bau-) Werkes besteht (§ 631 Abs. 1 BGB). Worin der werkvertragliche Erfolg besteht, ergibt sich aus dem jeweiligen Vertrag. Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, wie weit die Erfolgsverpflichtung des Unternehmers reicht. Maßstab hierfür und damit für die Mangelfreiheit seines Werkes ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum derzeit geltenden Recht die unter Berücksichtigung der vertraglichen Abreden berechnigte Funktionalitätserwartung des Bestellers. Der Unternehmer muss vorbehaltlich anderweitiger rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen also alle Leistungen erbringen, die zur Herstellung eines funktionstauglichen Werkes erforderlich sind<sup>1</sup>. Davon geht auch die ganz herrschende Meinung in der Literatur aus<sup>2</sup>.

a) Dieses funktionale Verständnis der werkvertraglichen Herstellungspflicht soll für das bauvertragliche Sachmangelhaftungsrecht beibehalten werden. Es entspricht der nach der werkvertraglichen Systematik über das Bauergebnis definierten Erfolgsverpflichtung des Unternehmers, die verfehlt wird, wenn das fertige Bauwerk Funktionsmängel aufweist. Solche Funktionsmängel muss der Besteller jedenfalls dann nicht hinnehmen, wenn sich die Abreden der Vertragsparteien zur Leistungsverpflichtung des Unternehmers in der Festlegung des Bauergebnisses erschöpfen. Das ist bei (ausschließlich) funktionalen Ausschreibungen der Fall. Dann ergibt sich unmittelbar aus den vertraglichen Vereinbarungen, dass der geschuldete Bauerfolg die Funktionalität umfasst. Es ist Sache des Unternehmers, die hierfür erforderlichen Bauleistungen dementsprechend zu planen und auszuführen.

b) Die dem funktionalen Mangelbegriff innewohnende Funktionalitätserwartung des Bestellers wird nicht dadurch außer Kraft gesetzt, dass er die Planung des Bauvorhabens an sich zieht und dem Unternehmer durch eine hieraus entwickelte Leistungsbeschreibung vorgibt, welche Leistungen er konkret für die Verwirklichung des Bauerfolges erbringen soll. Auch einem solchen Vertragskonstrukt liegt die vom Unternehmer akzeptierte Vorstellung des Bestellers zugrunde, dass die Abarbeitung der vertraglichen Leistungsvorgaben zu einem funktionstauglichen Bauergebnis führt. Der Unternehmer

<sup>1</sup> Zuletzt: BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 115 Tz. 15 mwN

<sup>2</sup> Vgl.: MünchKommBGB-Busche, 5. Aufl., § 633 Rdn. 14; Bamberger/Roth-Voit, BGB, 2. Aufl., § 633 Rdn. 5, 9; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil, Rdn. 23ff.; PWW-Leupertz, BGB, 4. Aufl., § 631 Rdn. 1, § 633 Rdn. 10, 21; Messerschmidt/Voit-Drossart, Privates Baurecht, § 633 Rdn. 16; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1457.

muss prüfen, ob diese Erwartung zutrifft und den Besteller auf eventuelle Bedenken hinweisen (dazu i.E. unten B.). Allein der Umstand, dass nicht er, sondern der Besteller die Ausführung der Bauleistung plant, ändert indes nichts an seiner Verpflichtung, ein funktionstaugliches Werk herzustellen. Denn die in der Leistungsbeschreibung des Bestellers repräsentierten Beschaffenheitsvereinbarungen sollen den geschuldeten Erfolg nicht ersetzen; sie dienen nach den Vorstellungen der Parteien vielmehr dazu, ihn zu verwirklichen. Ihnen bleibt es allerdings unbenommen, durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen von der Verwirklichung eines funktionalen Werkerfolges Abstand zu nehmen.

Die gegenteilige Auffassung<sup>3</sup>, welche die Erfolgsverpflichtung des Unternehmers in diesen Fällen auf die Abarbeitung der vom Besteller stammenden Leistungsbeschreibung beschränkt wissen will, überzeugt nicht. Sie ersetzt im Ergebnis die auf die Funktionalität des Bauergebnisses bezogene Erfolgsverpflichtung des Unternehmers durch eine vertragliche Nebenpflicht, die Leistungsvorgaben des Bestellers zu prüfen und auf Bedenken gegen die darin manifestierte Ausführung der Bauleistung hinzuweisen<sup>4</sup>. Das führt bei erkennbar fehlerhaften oder unvollständigen Leistungsbeschreibungen und dennoch unterbliebenem Bedenkenhinweis dazu, dass der Besteller ein funktionsuntüchtiges Werk erhält und darauf verwiesen wird, den Unternehmer gemäß § 280 Abs. 1 BGB auf Ersatz des ihm hierdurch entstandenen Schadens in Anspruch zu nehmen. Die dadurch bedingte Aufteilung zwischen (verschuldensunabhängigen) Mängelrechten und (verschuldensabhängigen) Schadenersatzansprüchen ist systemwidrig und unökonomisch. Sie nimmt dem Unternehmer, dem ein Verstoß gegen seine Bedenkenhinweispflicht vorzuwerfen ist, das Recht der zweiten Andienung und versperrt so den Weg zu einer kostengünstigen Herstellung der Funktionstauglichkeit zum Selbstkostenpreis durch denjenigen, der mit dem Werk vertraut ist.

c) Schon in Erwägung dessen empfiehlt sich ein Festhalten am funktionalen Herstellungs- bzw. Mangelbegriff. Hinzu treten folgende Gründe:

- ⇒ Der funktionale Mangelbegriff entspricht einem Grundanliegen des Verbraucherschutzes, weil er verhindert, dass ein Verbraucher durch die Vereinbarung von Beschaffenheiten den Anspruch auf die Verwirklichung der Funktionalität des Werks verliert, auf die es ihm eigentlich ankommt.
- ⇒ Es liegt im Interesse einer Vereinheitlichung des Rechts und der Kontinuität seiner Anwendung, die Sachmangelhaftung des Unternehmers auch künftig an den funktionalen Herstellungs begriff zu knüpfen.
  - Auch dem Kaufrecht liegt ein funktionales Verständnis von der Mangelfreiheit des Kaufgegenstandes zugrunde, was dort allerdings nur selten zum Tragen kommt. Wird einem Kaufgegenstand durch die Werbung oder durch Herstellerangaben eine Fähigkeit zugeschrieben, die er nach den konkret vereinbarten Beschaffenheitsangaben nicht erreichen kann, so ist er mangelhaft.
  - Der funktionale Herstellungs begriff findet sich so oder ähnlich in anderen europäischen Rechtsordnungen, wie die vom BMELV veranlasste Studie „Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts“ der Universität Heidelberg gezeigt hat.<sup>5</sup>
- ⇒ Die Rechtsprechung zur werkvertraglichen Sachmangelhaftung des Unternehmers beruht seit Jahrzehnten auf einem funktionalen Verständnis der Erfolgsverpflichtung des Unternehmers. Auf dieser Grundlage hat sie gesicherte Kriterien für die Anwendung des bauvertraglichen Sachmangelhaftungsrechts entwickelt, die in der Praxis anerkannt sind und sich dort bewährt

<sup>3</sup> Peters, NZBau 2008, 609, 610

<sup>4</sup> I. E. ebenso: Vorwerk, BauR 2003, 1, 5f.

<sup>5</sup> Schweiz: vgl. S. 386 f. (jedoch im Wege einer zu vereinbarenden ISA-Norm, dazu vgl. Studie S. 368 f.); Niederlande S. 352 (keine konkrete Aussage); Frankreich: S. 300 (Umfassende Haftung des Bauunternehmers für Schäden; nur abwendbar durch Nachweis, dass Verantwortlichkeit außerhalb seiner Sphäre liegt oder bei höherer Gewalt); England: S. 237 (auch vergessene Leistungen können vertraglich geschuldet sein).

haben. Es besteht kein sachlicher Grund, die durch die Kontinuität der Rechtsprechung gewährleistete Rechtssicherheit durch einen Paradigmenwechsel zu beenden.

## II. Regelungsbedarf

a) Die derzeitigen gesetzlichen Regelungen bilden die unter I. dargelegten Zusammenhänge nur unvollkommen ab. Gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB ist das Werk mangelfrei, wenn es die vereinbarten Beschaffenheiten hat. Auf die von § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB erfasste Verwendungseignung und übliche Beschaffenheit kommt es nur an, soweit keine Beschaffenheiten vereinbart sind. Der darin zu Tage tretende Regelungszusammenhang legt die Annahme nahe, die funktionsuntaugliche Werkleistung könne gleichwohl mangelfrei sein, wenn der Unternehmer die vom Besteller erstellte Leistungsbeschreibung abgearbeitet und die darin (nicht zwingend) enthaltenen Beschaffenheitsvereinbarungen beanstandungsfrei umgesetzt hat. Der Bundesgerichtshof<sup>6</sup> geht allerdings unter Hinweis auf die Begründung des Entwurfs zum SRMG<sup>7</sup> davon aus, dass die Funktionalität regelmäßig zur vereinbarten Beschaffenheit gehört und deshalb auch auf der ersten Stufe des werkvertraglichen Mangelbegriffs (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB) zu berücksichtigen ist. Durch diese Zuordnung des Funktionalitätserfordernisses ist das Regelungsdefizit in § 633 Abs. 2 BGB nicht vollständig behoben. Sie greift nicht, wenn der funktionale Erfolg deshalb nicht erreicht wird, weil gerade die beanstandungsfreie Umsetzung fehlerhafter Beschaffenheitsvereinbarungen zur Entstehung eines Bauwerkes führt, welches nicht die vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung besitzt. Rechtlicher Anknüpfungspunkt für den Mangelvorwurf ist dann nicht die Nichteinhaltung von Beschaffenheitsvereinbarungen, sondern die Verfehlung der nach dem Verträge vorausgesetzten Verwendungseignung, wo sich das Kriterium der Funktionalität wiederfindet. Die Unzulänglichkeiten der derzeit geltenden gesetzlichen Definition des Mangelbegriffs sind demnach durch eine redaktionelle Überarbeitung des § 633 Abs. 2 BGB dahin zu korrigieren, dass die dort tatbestandlich genannten Voraussetzungen in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kumulativ, also nebeneinander, erfüllt sein müssen, um die Mangelfreiheit des Werkes konstatieren zu können. Die Werkleistungen müssen also auch bei getroffenen Beschaffenheitsvereinbarungen dem vertraglich vorausgesetzten, sonst dem gewöhnlichen Verwendungszweck entsprechen, soweit dieser nicht bereits in den in jedem Fall zu berücksichtigenden Beschaffenheitsvereinbarungen repräsentiert ist. Fehlen konkrete Beschaffenheitsvereinbarungen, kommt es auf die übliche Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) an, wenn sich aus dem von den Parteien übereinstimmend vorausgesetzten Verwendungszweck nicht oder nicht vollständig ergibt, welche Beschaffenheitskriterien das Werk erfüllen muss.

b) Der Gesetzgeber hat bei der Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ausdrücklich davon abgesehen, eine Regelung in das Gesetz aufzunehmen, nach der die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind<sup>8</sup>. Einer dahin gehenden Ergänzung des § 633 Abs. 2 BGB bedarf es auch jetzt nicht.

c) Es wird vorgeschlagen, den Wortlaut des § 633 BGB entsprechend anzupassen.

## B. Zu lit b): Prüfungs- und Hinweispflicht

### I. Grundlagen

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Unternehmer dann nicht für den Mangel seines Werkes verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers oder von diesem gelieferte Stoffe oder Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 115 Tz. 15

<sup>7</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 212, 213, 261

<sup>8</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 261

und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat<sup>9</sup>. Dieser, dem Regelungsgehalt der §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B entnommene Rechtsgedanke gilt nach Treu und Glauben (§ 242) auch für den BGB-Bauvertrag<sup>10</sup>. Anknüpfungspunkt hierfür ist die Erwägung, dass die auf die Herstellung eines funktionstauglichen Werkes bezogene Erfolgsverpflichtung des Unternehmers dann nicht uneingeschränkt zu einer verschuldensunabhängigen Mangelhaftung führen soll, wenn der Mangel auf verbindliche Vorgaben und Vorleistungen aus dem Risikobereich des Bestellers zurückzuführen ist<sup>11</sup>. Eine so weitreichende Einstandspflicht entspräche weder der in § 645 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Risikoordnung, noch wäre sie interessengerecht<sup>12</sup>.

b) Die Verpflichtung des Unternehmers, verbindliche Vorgaben und Vorleistungen des Bestellers auf ihre Geeignetheit für die Herstellung eines funktionstauglichen Werkes zu überprüfen, ist Gegenstand seiner werkvertraglichen Erfolgsverpflichtung (damit ist nicht gemeint, dass die Prüfung zum Erfolg führen muss; gemeint ist, dass es keiner dogmatischen Herleitung der Prüfungspflicht bedarf). Sie erzwingt einen entsprechenden Hinweis, wenn sich Bedenken gegen die Leistungsvorgaben des Bestellers ergeben. Nur so ist gewährleistet, dass der Besteller die ihm obliegende Entscheidung treffen kann, ob er an seinen Vorgaben festhalten oder den Bedenken des Unternehmers im Sinne der Verwirklichung eines funktionstauglichen Werkes Rechnung tragen will.

Die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht ist ohne Einfluss auf die Anforderungen an eine (funktional) mangelfreie Bauleistung. Sie begründet vielmehr einen eigenständigen Tatbestand, der den Unternehmer von der Sach- und Rechtsmangelhaftung befreit<sup>13</sup>. Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen des Befreiungstatbestandes ist der Unternehmer.

c) Der Unternehmer wird von der Mangelhaftung frei, wenn er die erforderlichen Bedenkenhinweise erteilt. Gleiches gilt, wenn er nach gebotener Prüfung keine Bedenken haben muss. Das ist gerechtfertigt, weil die zu Prüfung und Hinweis Anlass gebenden Vorgaben und Vorleistungen aus der Risikosphäre des Bestellers stammen. Sind sie unvollständig oder fehlerhaft, trägt er deshalb im Ergebnis das Risiko einer durch ihre Umsetzung bedingten Verfehlung des funktionalen Werkerfolges, wenn der Unternehmer die Unzulänglichkeiten der Leistungsvorgaben nicht erkennen konnte oder trotz Bedenkenhinweis angewiesen wird, die Bauleistung wie vorgegeben auszuführen.

Trägt der Besteller den berechtigten Bedenken des Unternehmers durch eine entsprechende Anpassung seiner Leistungsvorgaben in der Weise Rechnung, dass durch ihre Umsetzung ein funktionstaugliches Werk entsteht, ist die so ausgeführte Bauleistung des Unternehmers mangelfrei. Für einen eventuell hierdurch bedingten Mehraufwand erhält er einen Anspruch auf besondere Vergütung, der im Zusammenhang mit neu zu schaffenden Regelungen zu einseitigen Leistungsbestimmungs- bzw. Anordnungsrechten des Bestellers im Gesetz verankert werden soll.

Bisher nicht eindeutig geklärt ist, welche Rechtsfolgen sich im Einzelnen ergeben, wenn der Unternehmer unter Missachtung der Leistungsvorgaben des Bestellers ein funktionstaugliches Werk herstellt, ohne den gebotenen Bedenkenhinweis erteilt zu haben. Ebenfalls problematisch in der Abwicklung sind die Fälle, in denen der Besteller auf den berechtigten Bedenkenhinweis des Unternehmers nicht reagiert. Eine besondere gesetzliche Regelung hierzu erscheint nicht veranlasst. Die Erarbeitung geeigneter Kriterien für die rechtliche Beurteilung derartiger Problemkonstellationen soll der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung auf der Grundlage der geltenden Gesetze überlassen bleiben.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 119 Tz. 21; Urteil vom 12. Mai 2005 – VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314, 1316

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 120 Tz. 22

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 119 Tz. 21

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 119 Tz. 21

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 120 Tz. 22



## II. Regelungsbedarf

Die Prüfungs- und Hinweispflicht des Unternehmers ist unverzichtbarer Bestandteil eines funktionierenden Bauvertragsrechts. Sie bedarf im Sinne der angestrebten Schaffung eines praxisgerechten gesetzlichen Leitbildes für den Bauvertrag einer gesetzlichen Regelung, die sinngemäß den Bestimmungen in §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B entsprechen und überdies klarstellen soll, dass der Unternehmer auch dann von der Mangelhaftung frei wird, wenn er Unzulänglichkeiten der Leistungsvorgaben des Bestellers trotz gebotener Prüfung nicht erkennen konnte. Konkrete Vorgaben für den Umfang der Prüfungs- und Hinweispflicht sollen nicht in das Gesetz aufgenommen werden.

## C. Mängelrechte

### I. Grundlagen

Der Arbeitskreis hat Änderungen der bisherigen gesetzlichen Regelungen zu den in § 634 BGB verankerten Mängelrechten des Bestellers erwogen und mit Rücksicht auf die Wahrung der Einheitlichkeit des Rechts und der Kontinuität der Rechtsprechung nicht für erforderlich erachtet. Der Besteller soll auch künftig primär Nacherfüllung (§ 635 BGB), nach ergebnislosem Ablauf einer Nacherfüllungsfrist wahlweise Selbstvornahme nebst Kostenersatz bzw. Vorschuss (§ 637 BGB), Minderung (§ 638 BGB), Rücktritt (§§ 636, 323, 325 Abs. 5 BGB), Schadensersatz statt der Leistung (§§ 636, 280, 281, 283 BGB) und Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB) verlangen können.

### II. Regelungsbedarf

- a) Gemäß § 638 BGB ist der Vertragsschluss maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung der Minderung. Diese, durch die Harmonisierung mit dem Kaufrecht in das Gesetz eingeflossene Regelung ist für den Bauvertrag verfehlt. Richtig wäre es, auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen<sup>14</sup>.
- b) Das bisherige Regelungsgefüge mit einem primären Nacherfüllungsanspruch und sekundären, an den erfolglosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist geknüpften Sekundärrechten, zwischen denen der Besteller frei wählen kann, sollte beibehalten werden. Es hat sich in der Praxis gut bewährt. Ob ergänzende Detailregelungen in das Gesetz aufzunehmen sind, ist nicht Gegenstand der jetzigen Überlegungen zur Erarbeitung von grundlegenden Leitlinien für ein neues Bauvertragsrecht.

<sup>14</sup> PWW-Leupertz, BGB, 4. Aufl., § 631 Rdn. 1, § 638 Rdn. 5 mwN



## These 2:

### Mängelrechte vor Abnahme

Bei nicht vertragsgemäßer Herstellung stehen dem Besteller vor Abnahme nicht die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 633 ff. BGB zu, sondern aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht herzuleitende Ansprüche wegen Erfüllungsgefährdung. Bei einer den Erfüllungserfolg gefährdenden vertragswidrigen Ausführung soll dem Besteller ein Selbstbeseitigungsrecht mit einem daraus herzuleitenden Kostenerstattungs- und Vorschussanspruch zugebilligt werden.

## Begründung:

### A. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

Der Besteller einer Bauleistung ist den Folgen einer nicht vertragsgemäßen Erfüllung in besonderer Weise ausgesetzt. Das Bauvorhaben wird sehr häufig auf seinem Grundstück errichtet. Weist es „Mängel“ auf, kann er die Werkleistung des Unternehmers nicht einfach zurückweisen und sich anderweitig eindecken. Er ist vielmehr darauf angewiesen, das Bauvorhaben in einen vertragsgerechten Zustand zu versetzen. Er hat daher ein ganz besonderes und schutzwürdiges Interesse daran, dass das Bauvorhaben von vornherein vertragsgemäß erstellt wird.

Das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280, 281, 323 BGB bietet ihm dabei keine Hilfe. Es sieht nur sehr begrenzte Reaktionsmöglichkeiten – Rücktritt und Schadensersatz – vor, an denen der Besteller häufig gerade nicht interessiert ist. Selbst diese Rechte und Ansprüche stehen ihm auch erst nach dem oft schwer zu bestimmenden Fälligkeitszeitpunkt zu.

Die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB sind schon eher auf die Besonderheiten des Bauvertrages zugeschnitten, insbesondere das Selbstvornahmerecht aus § 637 BGB. Völlig unklar ist aber, von welchem Zeitpunkt an dem Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte zustehen. Hier werden in Rechtsprechung und Literatur alle denkbaren Lösungen – ab Beginn der Herstellung, ab Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs, ab Herstellung des Werkes, ab Gefahrübergang, ab Abnahme – vertreten. Richtig erscheint es, dass dem Besteller diese Rechte nach derzeitiger Rechtslage frühestens ab Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs zustehen. Auch die Vertreter dieser Auffassung erlauben dem Besteller dann aber in bestimmten Ausnahmefällen auch schon vorher die Geltendmachung einzelner werkvertraglicher Mängelansprüche. Eine dogmatisch tragfähige Begründung lässt sich nicht finden.

Ganz anders wird das Problem in der VOB/B gelöst. Dort wird in §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 dem Auftraggeber von vornherein ein Anspruch auf Mangelbeseitigung und ein daraus folgendes Selbstvornahmerecht eingeräumt, dessen Ausübung aber von der vorherigen Kündigung des Vertrages abhängig gemacht. Die Zweckmäßigkeit dieser Lösung soll hier nicht erörtert werden. Die sehr differenzierte Regelung spiegelt aber das Bedürfnis der Bauvertragsparteien nach einer klaren Regelung für den Fall wider, dass schon während der Ausführung des Bauvorhabens „Mängel“ auftreten.

Die Rechte und Ansprüche des Bestellers bei einer nicht vertragsgemäßen Erfüllung sollten daher gesetzlich geregelt werden.

### B. Lösungsvorschlag

#### I. Normativer Ansatz

Die Zubilligung werkvertraglicher Mängelrechte ist jedenfalls für die Zeit vor Fälligkeit des Herstellungsanspruchs dogmatisch nicht zu begründen. Ebenso wenig ließe sich – wollte man die Regelung

schon vorher anwenden – ihr Verhältnis zu den allgemeinen Leistungsstörungenrechten nachvollziehbar erklären. Tatsächlich geht es in diesen Fällen auch gar nicht um die Haftung des Unternehmers für einen Mangel des von ihm hergestellten Werkes. Es geht vielmehr um eine ganz andere Art der Pflichtverletzung. Der Unternehmer ist in diesen Fällen nicht imstande bzw. bereit, das Werk so herzustellen, dass es im Fälligkeitszeitpunkt mangelfrei sein wird. Er gefährdet damit die Herbeiführung des erst zu diesem Zeitpunkt geschuldeten Erfolges. Das spricht dafür, dieses Verhalten als Erfüllungsgefährdung anzusehen und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zuzuordnen. Dieser Gedanke ist auch keineswegs originell. Der Gesetzgeber ist diesen Weg gegangen, als er in § 323 Abs. 4 BGB dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht ausnahmsweise auch schon vor Fälligkeit zugebilligt hat, „wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.“ Auch hier reicht also die in der Gefährdung des Erfüllungserfolges liegende Pflichtverletzung aus. Auch in §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B wird keineswegs auf die Regelung der Mängelrechte in § 13 VOB/B verwiesen, sondern ein eigenständiger Haftungstatbestand geschaffen.

## II. Inhalt der Neuregelung

Auch wenn man die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB in der Zeit vor Abnahme für unanwendbar hält, lassen sich aus dem Katalog des § 634 BGB wertvolle Anhaltspunkte dafür entnehmen, welche Rechte und Ansprüche dem Besteller schon vor Abnahme zugebilligt werden könnten. Dem Besteller sollte - unter noch zu erörternden Voraussetzungen – ein Selbstvornahmerecht mit entsprechendem Kostenerstattungs- und Vorschussanspruch zugebilligt werden.

## III. Anspruchsvoraussetzungen

### a) Erfüllungsgefährdung durch nicht vertragsgemäße Herstellung

Ordnet man die Rechte und Ansprüche des Bestellers beim Auftreten von „Mängeln“ während des Herstellungsvorgangs dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zu, ist es nur folgerichtig, sie von einer konkreten Erfüllungsgefährdung abhängig zu machen. So wird dem Gläubiger in § 323 Abs. 4 BGB ein vorzeitiges Rücktrittsrecht auch nur für den Fall eingeräumt, dass „offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.“ Die nicht vertragsgemäße Herstellung reicht daher für sich allein nicht aus, sie muss vielmehr auf eine Erfüllungsgefährdung schließen lassen. Eine Erfüllungsgefährdung liegt aber nur vor, wenn die Art der vertragswidrigen Ausführung oder die sonstigen Umstände darauf schließen lassen, dass der „Mangel“ auch im Zeitpunkt der Abnahme noch vorliegen und den Eintritt des Erfüllungserfolges gefährden wird. Damit ist auch das Dispositionsrecht des Unternehmers gewahrt. Dieser ist nämlich erst im Zeitpunkt der Fälligkeit zur Verschaffung eines mangelfreien Werkes verpflichtet. Er bestimmt selbst, wann er mit der Herstellung beginnt und wie er das Werk herstellt. Es steht grundsätzlich auch in seinem Belieben, ob er einen während der Herstellung aufgetretenen „Mangel“ sogleich oder erst zu einem ihm genehmeren Zeitpunkt beseitigt. Auf dieses Dispositionsrecht kann er sich erst dann nicht mehr berufen, wenn die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges konkret gefährdet ist.

### b) Notwendigkeit der vorherigen (Teil-) Kündigung?

Die Frage, ob in diesen Fällen eine vorherige (Teil-) Kündigung zwingend erforderlich, fakultativ vorzusehen oder eher entbehrlich bzw. sogar unzumutbar ist, wird seit Jahren kontrovers diskutiert. Die Argumente sind ausgetauscht. Das Selbstbeseitigungsrecht sollte nicht von einer vorherigen (Teil-) Kündigung abhängig gemacht werden.

### These 3:

#### Abnahme

Den im Übrigen unveränderten Vorschriften zur Abnahme soll eine Regelung mit folgendem Inhalt hinzugefügt werden:

Erklärt sich der Besteller innerhalb einer ihm gesetzten Abnahmefrist nicht oder verweigert er die Abnahme, so soll ihn eine Obliegenheit zur Mitwirkung an einer Zustandsfeststellung treffen. Der Unternehmer kann dem Besteller zur Erfüllung dieser Obliegenheit eine angemessene Frist setzen, die mit der Abnahmefrist verbunden werden kann, aber nicht muss. Damit soll der Unternehmer davor geschützt werden, in einem späteren Streit über die Abnahmereife des Werkes mit Mängeln konfrontiert zu werden, die bei Ablauf der Abnahmefrist nicht vorhanden waren und aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers stammen. Bei Mängeln, welche der Besteller weder bei der Zustandsfeststellung noch schriftlich vor der Zustandsfeststellung geltend gemacht hat, soll deshalb vermutet werden, dass diese nach der Zustandsfeststellung oder – falls diese unterbleibt – nach Ablauf der Frist zur gemeinsamen Zustandsfeststellung entstanden sind und aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers stammen. Kann der Besteller nachweisen, dass er für den Mangel nicht verantwortlich ist, trägt weiterhin der Unternehmer die Gefahr. Bei Verbrauchern soll diese Vermutung nur dann greifen, wenn der Unternehmer schriftlich auf die Folgen einer fehlenden Mitwirkung hingewiesen hat.

### Begründung:

#### A. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

An der Abnahme in der bisherigen Form sollte festgehalten werden, da sich diese im Grundsatz bewährt hat. Auch die Regelung über die fiktive Abnahme in § 640 Abs. 1 S. 3 BGB soll unverändert bleiben, weil sie dem Unternehmer die Möglichkeit einräumt, bei abnahmereif erbrachter Leistung die Abnahmefolgen ohne Mitwirkung des Bestellers herbeizuführen. Bedarf für eine Neuregelung besteht aber dann, wenn die Werkleistung nicht abnahmereif war oder der Unternehmer im Streitfall die Abnahmereife und damit den Eintritt der Abnahmefiktion nicht nachweisen kann. Hat der Besteller die Werkleistung ohne vorherige Abnahme in Benutzung genommen, wie dies zur Beachtung seiner Schadensminderungsobligiegenheit erforderlich sein kann, kann bei einem späteren Abnahmeverlangen Unsicherheit darüber bestehen, ob die dann festgestellte Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit aus dem Verantwortungsbereich des Unternehmers oder dem des Bestellers stammt. Verlangt der Unternehmer später die Vergütung, so trifft ihn die Beweislast für die Abnahmereife. Er hat nach geltendem Recht keine Möglichkeit, vom Besteller die Feststellung des Zustands der erbrachten Leistung zu verlangen. Macht der Besteller später geltend, das Werk sei nicht mangelfrei erbracht, trifft den Unternehmer die Beweislast und damit das Risiko, nicht nachweisen zu können, dass die nun festgestellten Beeinträchtigungen des Werkes vom Besteller verursacht wurden.

#### B. Lösungsvorschlag

Zur Lösung wird die Einführung einer Obliegenheit des Bestellers vorgeschlagen. Dieser soll an einer Zustandsfeststellung des Werkes mitwirken, wenn er die vom Unternehmer verlangte Abnahme verweigert oder innerhalb der vom Unternehmer gesetzten Frist die Abnahme nicht erklärt. Verstößt der Besteller gegen diese Obliegenheit, so soll er das Risiko tragen, dass nicht mehr aufzuklären ist, ob der Mangel aus der Sphäre des Bestellers stammt oder nicht.

Der Unternehmer kann dem Besteller zur Erfüllung dieser Obliegenheit eine Frist setzen, die mit der Abnahmefrist verbunden werden kann, aber nicht muss.

Fälle, in denen der Unternehmer diese Möglichkeit missbraucht, indem bei offenkundig unfertigen Werken derartige Fristen in der Hoffnung auf die Beweislastumkehr gesetzt werden, wird die Rechtsprechung lösen, ohne dass dies einer gesetzlichen Regelung bedarf.

Durch die Obliegenheit ist der Besteller gehalten, auf die Punkte hinzuweisen, in denen das Werk von der geschuldeten Beschaffenheit abweicht. Macht der Besteller solche Abweichungen nicht geltend, so trifft ihn bei einem späteren Streit über die Frage, ob das Werk im Zeitpunkt des Ablaufs der Abnahmefrist bereits den jetzt gerügten Mangel aufweist, die Beweislast dafür, dass diese Abweichung bereits vorhanden war, obwohl sie weder bei noch schriftlich vor der Zustandsfeststellung bzw. dem Fristablauf gerügt wurde. Dabei reicht die Rüge der Abweichung aus, ohne dass mit dem Unternehmer Einigkeit über die Verantwortung erzielt werden müsste. Weiterhin wird in den Fällen, in denen der Besteller der Obliegenheit nicht nachkommt, vermutet, dass die später eingetretene Beeinträchtigung des Werks vom Besteller zu verantworten ist. Diese Vermutung wird nach der Art der Beeinträchtigung vielfach leicht zu widerlegen sein, etwa dann, wenn diese der Konstruktion oder der Ausführung des Werks selbst anhaftet. Gerade in den Fällen, in denen die Beeinträchtigung auch aus dem Bereich des Bestellers stammen kann, was etwa bei Kratzern oder Gebrauchsspuren der Fall ist, soll das Risiko der Unaufklärbarkeit den Besteller treffen, wenn dieser seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen ist. Verbraucher sollten auf diese Folgen der Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit hingewiesen werden.

## **C. Alternativen**

### **I. Gefahrübergang statt Beweislastumkehr**

Alternativ kommt als Folge der Obliegenheitsverletzung der vorzeitige Gefahrübergang in Betracht. Eine solche Lösung belastet den Besteller zusätzlich, weil dieser Mängelrechte auch dann verliert, wenn das Werk nach dem Ablauf der Frist zur Zustandsfeststellung aber vor der Abnahme durch einen von keiner Seite zu vertretenden Umstand – etwa durch einen Blitzschlag oder durch Vandalismus – beeinträchtigt wurde. Diese Folge erscheint zu weitgehend, da der Besteller in den hier geregelten Fällen zur Abnahme nicht verpflichtet war. Da der Unternehmer das Werk noch nicht abnahmereif hergestellt hat, ist es sachgerecht, ihm dieses Risiko zuzuweisen.

### **II. Eintritt der Abnahmewirkungen**

Aus demselben Grund ist auch dem noch weitergehenden Gedanken, an den Fristablauf die Abnahmewirkungen auch dann zu knüpfen, wenn das Werk nicht abnahmereif hergestellt wurde, nicht gefolgt worden.

### **III. Beschränkung auf äußerlich erkennbare Mängel**

Erwägenswert ist eine Beschränkung der Beweislastumkehr auf „äußerlich erkennbare“ Abweichungen von der geschuldeten Beschaffenheit. Damit wird die Belastung des Bestellers durch die Obliegenheit verringert. Zwingend erforderlich erscheint eine solche Einschränkung nicht, zumal bei nicht äußerlich erkennbaren Mängeln häufig bereits ihrer Art nach der Beweis leicht geführt werden kann, dass sie nicht durch den Besteller verursacht sein können.

#### **IV. Geltendmachung von Mängeln nur bei der Zustandsfeststellung**

Nach dem hier unterbreiteten Formulierungsvorschlag kann der Besteller die Abweichung vor oder bei der Zustandsfeststellung oder auch – im Falle der fehlenden Zustandsfeststellung – bis zum Ablauf der ihm gesetzten Frist geltend machen. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte es sinnvoll sein, die Geltendmachung auf die Zustandsfeststellung selbst zu beschränken. Eine Behauptung des Bestellers, er habe während der Herstellungsphase bereits auf die Abweichung hingewiesen, wäre dann unbeachtlich. Eine solche Regelung würde zwar Streit vorbeugen, könnte aber für den rechtsunerfahrenen Besteller auch Überraschungen bereithalten. Als sachgerechter Kompromiss wird deshalb vorgeschlagen, dass die Geltendmachung von Abweichungen von der geschuldeten Beschaffenheit vor der Zustandsfeststellung zwar beachtlich bleibt; dies soll aber nur dann gelten, wenn die Abweichung schriftlich geltend gemacht wurde. Darauf hat der Unternehmer bei Beteiligung eines Verbrauchers diesen hinzuweisen.

#### **V. Beschränkung auf Verträge mit Unternehmern**

Eine Beschränkung der Regelung auf Unternehmer und damit der Ausschluss bei Verbraucherverträgen ist nicht erforderlich. Verlangt wird lediglich die Mitwirkung an einer Feststellung des Zustands, wenn der Verbraucher die Abnahme verweigert oder sich zur Abnahme nicht fristgerecht erklärt. Die Gründe für die Verweigerung zu nennen ist auch für den Verbraucher nicht unzumutbar, ist er doch bei einer mangelfreien Leistung zur Abnahme verpflichtet. Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen ist die Regelung für Verträge mit Verbrauchern geeignet. Sie lässt die Beweislast für die Mangelfreiheit und den Gefahrübergang unverändert. Bei Mängeln, die ihrer Art nach nicht aus dem Bereich des Bestellers stammen können, entfaltet die Vermutung keine für den Verbraucher nachteiligen Wirkungen. Sie verschiebt lediglich dann die Beweislast, wenn sich nicht mehr klären lässt, ob die Beeinträchtigung des Werks aus der Sphäre des Bestellers oder der des Unternehmers stammt. Da der Besteller für diese Unsicherheit verantwortlich ist, wenn er sich einer ihm zumutbaren gemeinsamen Feststellung des Zustands verweigert, trifft ihn diese Belastung nicht unzumutbar. Er muss aber auf diese Folgen hingewiesen werden.

## These 4:

### Anordnungsrecht des Bestellers

In das Gesetz soll das Recht des Bestellers aufgenommen werden, Änderungen und Erweiterungen der Leistung anzuordnen, soweit dies unter Berücksichtigung (auch) der Interessen des Bestellers für den Unternehmer zumutbar ist.

Das Anordnungsrecht des Bestellers soll sich auch auf die Ausführungsart und die Bauzeit beziehen, nicht jedoch auf eine Verkürzung der vertraglichen Bauzeit (Beschleunigungen).

## Begründung:

### A. Allgemeines

Der Bauvertrag stellt sich im Gegensatz zum Werkvertrag, den das BGB im Blick hat,<sup>15</sup> als komplexer Langzeitvertrag dar, in dessen Verlauf eine auf längere Dauer angelegte Bauleistung mit der daraus resultierenden Störanfälligkeit zu erbringen ist.<sup>16</sup> Der Bauvertrag ist von einem Spannungsverhältnis zwischen Planung und Realität geprägt, wobei der komplexe Planungsprozess die Gefahr birgt, dass Planungsfehler und Unvollständigkeiten entstehen, die wiederum dazu führen können, dass mit den vom Besteller geplanten Leistungen der werkvertragliche Erfolg nicht erreicht werden kann. Auch können sich die Anforderungen des Bestellers nach Abschluss des Bauvertrages ändern, sei es, dass er neue oder andere Nutzer bindet oder dass sich sein eigenes Anforderungsprofil ändert. Diesem Bedarf, auf Mängel der Planung und veränderte Anforderungen reagieren zu können, wird das gesetzliche Werkvertragsrecht nicht gerecht, da es dem Besteller, selbst bei Leistungen, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind, nur in Ausnahmefällen ein aus Treu und Glauben hergeleitetes Anordnungsrecht gewährt.<sup>17</sup> Die VOB/B dagegen eröffnet dem Besteller erheblich weitergehende Anordnungsrechte, deren Herleitung und Abgrenzung in § 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B allerdings unzureichend geregelt ist.

Die Ausübung von einseitigen Anordnungsrechten durch den Besteller verändert das vertragliche Preis-/Leistungsgefüge. Sie führt in aller Regel dazu, dass der Unternehmer andere und/oder zusätzliche Leistungen erbringen muss. Die sich hieraus ergebende Belastung des Unternehmers ist nur gerechtfertigt, wenn er hierfür einen angemessenen monetären Ausgleich erhält. Verlässliche und praktisch handhabbare Kriterien sowohl für die Zubilligung von einseitigen Anordnungsrechten zugunsten des Bestellers als auch für die Bemessung der dadurch bedingten (Mehr-) Vergütungsansprüche des Unternehmers lassen sich nur aus der rechtsgeschäftlichen Struktur des Bauvertrages entwickeln. Sie beruhen im Ausgangspunkt auf der Anwendung des funktionalen Herstellungsbegriffs (siehe These 1). Danach sind grundsätzlich zwei „Arten“ von vergütungsrelevanten Anordnungsrechten zu unterscheiden. Es ist, abweichend vom Regelungsgehalt der Bestimmungen in § 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B, zu differenzieren zwischen Anordnungen des Bestellers, die zu einer Veränderung des bauvertraglichen Erfolges, des Bauziels, führen (im Folgenden: geänderte Leistungen), und den Fällen, in denen ohne eine solche Veränderung des Bauziels zusätzliche Leistungen für die Verwirklichung des bereits nach dem Verträge geschuldeten funktionalen Bauerfolges erforderlich sind (im Folgenden: zusätzlich erforderliche Leistungen).

<sup>15</sup> Werkleistungen „kleineren“ Umfangs, die im punktuellen Leistungsaustausch stehen.

<sup>16</sup> Vgl. Nicklisch, JZ 1984, 757 ff.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94, BauR 1996, 378, 380; weitergehend: MünchKomm-Busche, BGB, 5. Aufl., § 631 Rdn. 123 – Leistungsbestimmungsrecht aus der Natur des Bauvertrages mit der Vergütungsfolge des § 632 Abs. 2 BGB; Staudinger – Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2008, § 633 Rdn. 12 – Verpflichtung des Unternehmers nach Treu und Glauben, auf zumutbare Änderungswünsche des Bestellers einzugehen; BaRoth-Voit, BGB, 2. Aufl., § 631 Rdn. 37 – Leistungsänderungsrecht des Bestellers mit Verpflichtung zur Fortschreibung der Vertragspreise



## B. Anordnungsrechte

### I. Zusätzlich erforderliche Leistungen

Der Besteller hat grundsätzlich zwei Möglichkeiten, den nach dem Vertrag geschuldeten Bauerfolg festzulegen und zu definieren. Er kann die zu erbringende Leistung funktional anhand des gewünschten Bauziels beschreiben (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm; vgl. § 9 Nr. 15ff. VOB/A) oder er kann dem Unternehmer im Einzelnen vorgeben, welche Einzelleistungen und Ausführungsschritte er zur Realisierung des Bauziels (Bauerfolgs) erbringen soll (Leistungsverzeichnis; vgl. § 9 Nr. 11ff. VOB/A). Im Fall der funktionalen Leistungsbeschreibung hat der Unternehmer die für die Erreichung dieses Erfolgs erforderlichen Leistungen zu erbringen, wobei er dafür verantwortlich ist, die Einzelleistungen und Arbeitsschritte, die für die Erreichung des Werkerfolgs erforderlich sind, zu planen und auszuführen.

Anders ist es bei einer vom Besteller stammenden Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, weil dann der Besteller die nach seiner Planung für die Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen Leistungen verbindlich vorgibt. Kann mit den vom Besteller so definierten Leistungsvorgaben der werkvertragliche Erfolg nicht erreicht werden, hat der Unternehmer vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Abreden in Anwendung des funktionalen Herstellungsbegriffs gleichwohl die von den Leistungsvorgaben des Bestellers nicht erfassten, aber für die Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen Leistungen zu erbringen. Daraus kann sich eine Störung des vertraglichen Preis-/ Leistungsgefüges ergeben, weil die vertraglich vereinbarte Vergütung nur die nach den Leistungsvorgaben des Bestellers bepreisten Leistungen umfasst. Nach derzeit geltendem Recht kann eine solche Störung des Äquivalenzgefüges nur über § 313 Abs. 2 BGB durch eine Anpassung des Vertragspreises nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage behoben werden.

Da die Leistungspflicht des Unternehmers im Hinblick auf den funktionalen Herstellungsbegriff auch die für die Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen, nicht in den Leistungsvorgaben des Bestellers enthaltenen Leistungen erfasst, bedarf es in den Fällen, in denen zusätzliche Leistungen für die Verwirklichung des Bauerfolgs erbracht werden müssen, keines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Bestellers iSd § 315 Abs. 1 BGB. Gleichwohl muss er durch Ausübung eines einseitigen rechtsgeschäftlichen Anordnungsrechts die Entscheidung darüber treffen können, ob er – ggfls. gegen Zahlung einer Mehrvergütung – den funktionalen Bauerfolg verwirklicht wissen oder es bei seinen Leistungsvorgaben belassen und die Leistungsverpflichtung des Unternehmers dementsprechend beschränken will. Das Anordnungsrecht umfasst auch die Wahl zwischen mehreren technisch möglichen Arten der Bauausführung. Den Besteller trifft eine Obliegenheit, dieses Anordnungsrecht auszuüben, weil die Bauausführung davon abhängt und der Unternehmer die gebotene Entscheidung nicht treffen darf. Da die ursprüngliche Planung und die sich daraus ergebenden Leistungsvorgaben vom Besteller stammen, trägt er auch die Planungsverantwortung für den zusätzlichen Leistungsaufwand, der zur Verwirklichung des funktionalen Bauerfolgs erforderlich ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die auf die Herbeiführung des funktionalen Erfolges gerichteten Anordnungen des Bestellers auszuführen. Diese Ausführungspflicht besteht nur dann nicht, wenn dem Unternehmer die Ausführung der entsprechenden Leistungen nicht zuzumuten ist. Die Beurteilung der Zumutbarkeit erfordert eine umfassende Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien, wobei mit Rücksicht auf die funktionale Herstellungsverpflichtung des Unternehmers grundsätzlich hohe Anforderungen an die Unzumutbarkeit zu stellen sind. Sie können insbesondere dann erfüllt sein, wenn zusätzliche Leistungen erforderlich werden, die nicht zum Geschäftsfeld des Unternehmers gehören und die er auch nicht mit vertretbarem Aufwand anderweitig ausführen lassen kann (zur Verteilung der Darlegung- und Beweislast: siehe unten II.).



## II. Geänderte Leistungen

Anders verhält es sich bei geänderten Leistungen, die auf einer vom Besteller gewünschten Veränderung des Bauziels, insbesondere durch Bauentwurfsänderungen, beruhen. Für solche Änderungen besteht ein großes praktisches Bedürfnis, weil der Besteller mit Rücksicht auf die eingangs dargestellten Unwägbarkeiten des Baugeschehens in der Lage sein muss, angemessen auf nachträglich veränderte Anforderungen an die Herstellung eines zweckentsprechenden Bauwerks zu reagieren. Deshalb soll er in Ausübung eines gesetzlich geregelten, einseitigen Leistungsbestimmungsrechts auch solche Anordnungen treffen dürfen, die zu einer Veränderung des Bauziels führen. Diese Anordnungen muss der Unternehmer ebenfalls nur in den Grenzen der Zumutbarkeit befolgen. Für die in Anlehnung an § 308 Nr. 4 BGB vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen wird zugunsten des Unternehmers zu berücksichtigen sein, dass der Besteller, anders als bei zusätzlich erforderlichen Leistungen, durch Änderungsanordnungen Leistungen verlangt, die der Unternehmer nach dem ursprünglichen Vertrag nicht hätte erbringen müssen. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, deutlich geringere Anforderungen an die Unzumutbarkeit zu stellen, als sie nach obigen Grundsätzen bei angeordneten zusätzlich erforderlichen Leistungen zu gelten haben. Die Unzumutbarkeit soll den Anordnungsrechten des Bestellers nur dann entgegenstehen, wenn der Unternehmer sich hierauf beruft. Es ist zu erwägen, sodann dem Besteller die Darlegungs- und Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die tatsächlichen Umstände, die der Unternehmer zur Begründung der Unzumutbarkeit vorbringen muss, nicht vorliegen oder die Unzumutbarkeit nicht rechtfertigen.

## III. Ausführungsart, Bauzeit

Das Anordnungsrecht soll – in den Grenzen der Zumutbarkeit – auch die Ausführungsart und die Bauzeit erfassen.

### a) Ausführungsart

Das Anordnungsrecht des Bestellers soll sich auch auf die Ausführungsart (insbesondere Arbeitsschritte und Ausführungsmodalitäten) beziehen, wenn bereits der Vertrag verbindliche Vorgaben hierzu enthält. Dann ist nicht nur die jeweilige (Teil-) Leistung, sondern auch die Art ihrer Erbringung geschuldet. Ist die vom Besteller so im Vertrag vorgegebene Ausführungsart nicht geeignet, den werkvertraglich geschuldeten Erfolg herbeizuführen, oder ergibt sich aus sonstigen Umständen das Erfordernis, sie zu ändern, muss der Besteller auch hierauf angemessen durch Anordnungen zur Art der Bauausführung reagieren können. Hat der Besteller hingegen im Vertrag keine Vorgaben zur Ausführungsart gemacht, entscheidet grundsätzlich der Unternehmer im Rahmen seiner Dispositionsfreiheit, wie er die vom Besteller beschriebenen Bauleistungen ausführt. Es ist zu erwägen und wird zur Diskussion gestellt, dem Besteller in diesen Fällen ein (ausschließlich) auf die Art der Bauausführung abzielendes Anordnungsrecht zu versagen.

### b) Bauzeit

Die Bauzeit gehört zwar mit Ausnahme des absoluten Fixgeschäfts nicht zum werkvertraglichen Synallagma. Sie hat dennoch große Bedeutung für die zweckentsprechende Durchführung des Bauvorhabens. Dabei unterliegt die vorausschauende Bemessung der Bauzeit und die Festlegung des zeitlichen Bauablaufs schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ähnlichen, in den Unwägbarkeiten des Baugeschehens begründeten Schwierigkeiten, wie sie sich auch für Vorgaben zur technischen Bauausführung ergeben. Der Besteller muss deshalb die Möglichkeit haben, auch nach Vertragsschluss Einfluss auf den zeitlichen Bauablauf zu nehmen, wenn die Umstände dies erfordern. Allerdings ist zwischen Anordnungen, die sich auf die Zeitpunkte oder die Abfolge der Leistungserbringung beziehen, und Anordnungen, die dazu dienen, die vertragliche Bauzeit/Ausführungsfrist zu verkürzen, zu differenzieren.

Anordnungen des Bestellers, die sich auf die Zeitpunkte oder die Abfolge der Leistungserbringung beziehen, können erforderlich sein, um den Bauablauf veränderten Umständen anzupassen. Das gilt vor allem bei der gewerkweisen, aufeinander aufbauenden Erstellung des Bauvorhabens oder bei zwingend bestehenden Zeitpunkten/Zeiträumen, während derer die Erbringung der Bauleistung nur möglich ist. Vor diesem Hintergrund ist der Besteller zur Aufrechterhaltung eines geordneten Bauablaufs oft darauf angewiesen, den Beginn oder die zeitliche Abfolge der Bauausführung neu zu organisieren. Dieses berechnete Bedürfnis kann auch dann entstehen, wenn keine Änderungen der technischen Bauvorgaben veranlasst sind. Dem ist durch die Zubilligung eines einseitigen zeitlichen Anordnungsrechtes Rechnung zu tragen. Solche zeitlichen Anordnungen des Bestellers stellen einen Eingriff in das Dispositionsrecht des Unternehmers dar. Sie sind deshalb wiederum nur in den Grenzen der Zumutbarkeit zulässig. Bei der demnach gebotenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, ob eine Änderung der terminlichen Planung für den Unternehmer mit vertretbarem Aufwand umsetzbar ist.

Die vorstehenden Erwägungen gelten nicht in gleicher Weise bei Anordnungen, die die vertragliche Bauzeit/Ausführungsfrist verkürzen, das heißt, mit denen der Besteller eine Beschleunigung der Bauausführung erreichen will. Solche Anordnungen, die nicht selten dadurch motiviert sein werden, anderweitig, insbesondere durch andere Baubeteiligte versäumte Zeit wieder aufzuholen, führen regelmäßig zu einem erheblichen Eingriff in die innerbetriebliche Organisation des Unternehmers mit unklaren Folgen für die Beurteilung seiner Erfolgsverpflichtung. Es erscheint nicht gerechtfertigt, ihn mit den sich hieraus ergebenden Risiken zu belasten, wenn er sich hierauf nicht einlassen will. Das gilt erst recht, weil die Gestattung von einseitigen Beschleunigungsanordnungen faktisch zu einer völligen Entwertung einer Ausführungsfristverlängerung führen würde, die der Unternehmer verlangen kann, wenn er wegen einer Anordnung des Bestellers zur technischen Bauausführung zeitlichen Mehraufwand betreiben muss (siehe C.).

### **C. Verlängerung der Ausführungsfristen**

Anordnungen des Bestellers zur technischen Bauausführung haben nicht selten Auswirkung auf die Bauzeit. Entsteht für den Unternehmer infolge einer solchen Anordnung (auch) zeitlicher Mehraufwand, so würde die ihm zur Verfügung stehende Bauzeit faktisch verkürzt, wenn er an die vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist gebunden bliebe. Dem soll durch gesetzliche Bestimmungen entgegen gewirkt werden, nach denen in Anlehnung an die Regelungen in § 6 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 4 VOB/B Ausführungsfristen u. a. dann angemessen verlängert werden, wenn Anordnungen des Bestellers zu zeitlichem Mehraufwand auf Seiten des Unternehmers führen.

## These 5:

### Preisbildung und Preisfortschreibung

Es sollen Regelungen in das Gesetz aufgenommen werden, nach denen die Preise für geänderte oder zusätzlich erforderliche Leistungen zu ermitteln sind, soweit die Vertragsparteien keine anderweitigen Vereinbarungen treffen. Diese Regelungen sollen dazu beitragen, intransparente Praktiken der Preisbildung und Preisfortschreibung unter Beibehaltung des Wettbewerbs zu verhindern. Die konkrete Ausgestaltung solcher Regelungen soll in Abstimmung mit dem Arbeitskreis VI des Deutschen Baugerichtstages unter Heranziehung der dort auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag verabschiedeten Thesen entwickelt werden.

## Begründung:

### A. Allgemeines

Dem Unternehmer kann die Befolgung von einseitigen Anordnungsrechten des Bestellers nur dann zugemutet werden, wenn er hierfür einen entsprechenden monetären Ausgleich erhält. Die derzeit geltenden gesetzlichen Bestimmungen bieten hierfür keine ausreichende Grundlage. § 632 Abs. 1, 2 BGB enthält Regelungen für den Fall, dass eine Vergütung nicht vereinbart ist. Sie greifen aus den dargestellten Gründen nicht bei zusätzlich erforderlichen Leistungen, für die der Unternehmer allenfalls unter den zu engen Voraussetzungen des § 313 BGB eine Anpassung der vertraglich vereinbarten Vergütung verlangen kann. Einseitige, auf eine Veränderung der Bauziels gerichtete Leistungsbestimmungsrechte des Bestellers sehen die derzeit geltenden Gesetze nicht vor<sup>18</sup>. Die beabsichtigte Einführung entsprechender gesetzlicher Bestimmungen erfordert Regelungen zu den sich hieraus für die Vergütung des Unternehmers ergebenden Folgen. Nach jetzt geltendem Recht ließen sich hierfür allenfalls die Vorschriften in § 632 Abs. 1, 2 BGB mit dem Verweis auf die übliche Vergütung heranziehen. Die Bestimmungen der VOB/B zu den Anordnungsrechten des Bestellers (§ 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B) und den sich hieraus ergebenden (Mehr-) Vergütungsansprüchen des Unternehmers (§ 2 Nr. 5, Nr. 6, Nr. 7 VOB/B) bieten keine taugliche Grundlage für die Entwicklung und Gestaltung gleichgerichteter gesetzlicher Vorschriften. Sie bilden die rechtsgeschäftliche Struktur eines Bauvertrages nicht zutreffend ab und enthalten zudem interpretationsbedürftige Regeln, nach denen die Anpassung des Vertragspreises zu erfolgen hat. Wegen der sich hieraus ergebenden Unklarheiten kommt es zu Vertragsabwicklungen, in der beide Seiten mit einerseits bewusst unklaren Ausschreibungen und andererseits mit ebenso intransparenten Kalkulationsmethoden den Grundsatz für sich nutzbar zu machen trachten, für die Ermittlung der Nachtragsvergütung seien die Vertragspreise auf der Grundlage der Kalkulation des Unternehmers fortzuschreiben.

### B. Grundlagen

Die Kernarbeitsgruppe im AK I des DBGt stellt diesen Grundsatz im Interesse einer auf Kooperation und Transparenz ausgelegten Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung in Frage. Sie regt an, die Regeln für die Bildung von Preisen für anordnungsbedingten Mehraufwand so weit wie möglich von der Kalkulation des Unternehmers, die der Besteller in aller Regel nicht kennt und die deshalb keine Geschäftsgrundlage des Bauvertrages ist<sup>19</sup>, zu lösen. Als andere Berechnungsparameter kommen in Betracht:

- Marktübliche Preise
- Selbstkostenpreise

<sup>18</sup> Zu den Gegenstimmen in der Literatur siehe Fn. 17

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 10. September 2009 – VII ZR 152/08, Tz. 35ff. mwN

- Preisindizes

Die Kernarbeitsgruppe vermag derzeit nicht zu beurteilen, ob und ggfls. wie die Heranziehung der vorbezeichneten Parameter zu einer die beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien angemessen berücksichtigenden, transparenten und praktisch handhabbaren Abrechnungspraxis beitragen kann. Um diese Frage beantworten zu können, bedarf es baubetrieblichen Sachverständigen, den der DBGT in seinem Arbeitskreis VI zu eben diesem Thema versammelt hat. Die Entwicklung und Gestaltung gesetzlicher Regeln zur Preisfortschreibung soll deshalb unter Berücksichtigung der im Arbeitskreis VI gewonnenen Erkenntnisse und auf der Grundlage der dort auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag beschlossenen Empfehlungen erfolgen.

Die Kernarbeitsgruppe ist der Auffassung, dass gesetzliche Regelungen zur Bemessung der Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs um die Erlangung des Bauauftrages führen dürfen. Sie ist sich bewusst, dass dieser Wettbewerb im Wesentlichen über die Preise und damit über die Preiskalkulation des Unternehmers erfolgt. Soweit diese Kalkulation weiterhin die Grundlage für die Bemessung von Mehraufwandsvergütungen sein muss oder sein soll, muss angestrebt werden, den Unternehmer zur Erstellung einer transparenten, verlässlichen und für seinen Vertragspartner sowie später auch für die Gerichte nachvollziehbaren Kalkulation anzuhalten. Die derzeitigen Kalkulationen genügen diesen Anforderungen in aller Regel nicht.

## These 6:

### Abschlagszahlungen

§ 632 a Abs. 1 BGB soll dahin abgeändert werden, dass der Unternehmer Abschlagszahlungen in Höhe des anteiligen (Vertrags-) Wertes der erbrachten Teilleistungen verlangen kann. Die Höhe der Abschlagsforderung soll nicht an einen auf Seiten des Bestellers eingetretenen Wertzuwachs geknüpft werden. Die Abschlagsforderung wird fällig in Höhe des Wertes der nachgewiesen vertragsgemäß erbrachten Teilleistungen, wobei § 641 Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung findet.

### Begründung:

Rechtssystematisch ist eine Verknüpfung der Fälligkeit von Abschlagszahlungen mit der Abnahmefähigkeit nicht erforderlich. Es ist – ganz im Gegenteil – nicht einzusehen, weshalb ein Unternehmer, der 90 % der Bauleistung erbracht hat, keinerlei Abschlagszahlungen erhalten soll, wenn diese einen als wesentlich anzusehenden nicht vertragsgemäßen Zustand, der der Abnahmefähigkeit entgegenstehen würde, aufweist. Die gegenwärtige Regelung des § 632a Abs. 1 BGB stellt darüber hinaus einen Wertungswiderspruch zu dem Bemühen dar, dem Unternehmer, welcher vorleistungspflichtig ist und vorfinanzieren muss, eine zeitnahe Durchsetzung seiner Forderungen zu ermöglichen. Diese Regelung beraubt ihn stattdessen sogar – in der Praxis zumindest faktisch, weil mit nicht hinnehmbaren Risiken verbunden – seiner rechtlichen Möglichkeit, bei Ausbleiben von Abschlagszahlungen die Arbeiten einzustellen oder den Vertrag zu kündigen. Deshalb soll die Abschlagszahlung, wenn die Leistung des Unternehmers einen nicht vertragsgemäßen Zustand aufweist, nur teilweise nicht fällig werden, wobei eine entsprechende Anwendung von § 641 Abs. 3 BGB die Höhe des nicht fällig werdenden Betrags in der Regel mit dem Doppelten der für die Beseitigung des nicht vertragsgemäßen Zustands erforderlichen Kosten definiert und den Interessen des Bestellers damit ausreichend Rechnung trägt.

## These 7:

### Absicherung des Unternehmers

Der Unternehmer muss in Weiterentwicklung von § 648a BGB kraft zwingenden Rechts die (Möglichkeit der) Absicherung des von ihm zu erarbeitenden Werklohns gemäß nachfolgenden Kriterien erhalten:

- a) Im unternehmerischen Geschäftsverkehr besteht eine automatisch mit Bauvertragsabschluss eingreifende Absicherungspflicht des Bestellers in mäßiger Höhe, wobei dies auf Kosten des Bestellers zu erfolgen hat.
- b) Ferner hat der Unternehmer einen Anspruch auf die erstmalige (gegenüber Verbrauchern) bzw. die weitergehende (gegenüber Unternehmern) Absicherung, gegenüber Verbrauchern jedoch nur bei mit diesen geschlossenen größeren Bauverträgen. Dies hat auf Kosten des Unternehmers zu erfolgen.

## Begründung:

### A. Allgemeines

#### I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

a) Auch wenn § 648a BGB erstmals 1993 in Kraft getreten ist, hat er sich in der bisherigen Baupraxis nicht hinreichend bewähren können. Das liegt daran, dass viele Unternehmer nach wie vor davor zurückscheuen, gemäß § 648a BGB vorzugehen, woran auch die Neufassung durch das Forderungssicherungsgesetz mit Wirkung zum 01.01.2009 nichts geändert haben dürfte. Die Unternehmer befürchten nämlich nicht zu Unrecht, dass sie sich durch ein frühzeitiges Sicherungsverlangen beim Besteller unbeliebt machen. Ihre Sorgen gehen dahin, dass die Abwicklung des konkreten Bauvertrags erschwert wird und der Besteller sie in der Folge für neue Aufträge nicht mehr berücksichtigen wird, da sie als unbequem gelten. Gerade für gewerbliche Unternehmer, die regelmäßig mit bestimmten Bestellern zusammenarbeiten (wollen), führt dies zwangsläufig zur Zurückhaltung in der Anwendung von § 648a BGB.

Dem korrespondiert der Befund, dass zahlreiche gewerbliche Bürgen auf Sicherungsverlangen gemäß § 648a BGB, die vom jeweiligen Besteller als ihrem Kunden an sie herangetragen werden mit der Bitte, eine passende Bürgschaft zu stellen, äußerst sensibel reagieren. In dieser Branche gilt ein gegen den Kunden ausgesprochenes Sicherungsverlangen gemäß § 648a BGB als Alarmzeichen. Es gibt gewerbliche Bürgen, die prinzipiell überhaupt nicht oder nur in absoluten Ausnahmefällen Sicherheiten auf Grundlage von § 648a BGB für ihre Kunden ausstellen.

In der Praxis ist daher zu beobachten, dass § 648a BGB weniger als frühzeitig ergriffenes (prophylaktisches) Mittel zur Absicherung des zu erarbeitenden Werklohns dient als vielmehr als "Waffe" gegen Ende der Bauphase hin, wenn sich Konflikte und Spannungen zwischen den Bauvertragsparteien zuspitzen und der Unternehmer meint, durch das erstmals nun gestellte Sicherungsverlangen gemäß § 648a BGB taktische Vorteile erzielen zu können.

b) Die soeben angesprochene Hoffnung mancher Unternehmer, in der Endphase des Bauvorhabens durch § 648a BGB taktische Vorteile zu erlangen, hat ihren Grund nicht zuletzt darin, dass in seiner gegenwärtigen Fassung § 648a BGB ein Absicherungsverlangen bezogen auf den vollen noch nicht ausbezahlten (und nicht bereits besicherten) Werklohnanspruch zuzüglich 10 Prozent für Nebenforderungen zulässt. Ein rechtzeitig und korrekt gestelltes Sicherungsverlangen in dieser maximal zulässigen Höhe kann ungeachtet des Umstands, dass der Unternehmer die damit verbundenen notwendigen Kosten im Rahmen des § 648a Abs. 3 Satz 1 BGB zu tragen hat, einen Besteller angesichts der vorerwähnten Zurückhaltung gewerblicher Bürgen vor erhebliche Probleme stellen. Daher kann im Einzelfall das Kalkül des Unternehmers aufgehen, durch Fehler des Bestellers, der die Sicherheit nicht oder nicht in voller Höhe stellt, sich kurzfristig vom Vertrag lösen zu können.

c) Nicht anwendbar ist § 648a BGB gegenüber natürlichen Personen, falls diese die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lassen, wobei dies nicht gilt, wenn das Bauvorhaben durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer betreut wird. Diesen Ausnahmetatbestand hat die Rechtsprechung zutreffend ausgeweitet auf Bauarbeiten, die regelmäßig geringere Kosten als die Errichtung eines Einfamilienhauses verursachen, wie die Errichtung einer Eigentumswohnung<sup>20</sup>.

Dieser Privilegierung natürlicher Personen lag seinerzeit die Vorstellung zugrunde, dass derartige Bauvorhaben üblicherweise solide finanziert seien und im Übrigen die natürliche Person lebenslang für einen Werklohnanspruch hafte.

Zu ersterer Annahme gibt es keine hinreichende empirische Evidenz. Der zweite Begründungsansatz<sup>21</sup> war zum Zeitpunkt des erstmaligen Inkrafttretens von § 648a BGB in rechtlicher Hinsicht zutreffend, nicht mehr jedoch seit dem vollständigen Inkrafttreten der InsO zum 01.01.1999. Seitdem besteht gemäß deren §§ 286 ff. InsO die Möglichkeit der Restschuldbefreiung für natürliche Personen mit der Wirkung des § 301 InsO: Wird die Restschuldbefreiung erteilt, so wirkt sie gegen alle Insolvenzgläubiger.

d) Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>22</sup> sind bestimmte Unternehmergruppen vom Schutzsystem des § 648a BGB nicht erfasst, insbesondere solche, die lediglich vorbereitende oder Hilfsmaßnahmen erbringen. Konkret hat der BGH in der angesprochenen Entscheidung die Geltung von § 648a BGB für einen Unternehmer verneint, der lediglich Rodungs- und sonstige Arbeiten erbrachte, die dazu dienen, ein Baugrundstück zur Bebauung freizumachen. In der Logik dieser Entscheidung liegt es, vergleichbare Unternehmer wie den Abbruchunternehmer, den Gerüstbauer usw. vom Schutz des § 648a BGB auszuschließen. Auch für den nur planenden Architekten bestehen Zweifel, ob er von § 648a BGB geschützt ist, auch wenn das OLG Düsseldorf<sup>23</sup> dies bejaht hat.

## II. Allgemeine Zielsetzung

### a) Absicherung im jeweiligen Vertragsverhältnis

§ 648a BGB geht davon aus, dass der Besteller im jeweiligen Vertragsverhältnis die Sicherheit beizubringen hat. Der Besteller muss nicht unbedingt derjenige sein, dem das Grundstück gehört, auf dem sich durch die Bauleistung des Unternehmers der Wertzuwachs vollzieht. Es sind auch der Generalunternehmer, der Nachunternehmer (im Verhältnis zu seinem Nach-Nachunternehmer usw.) sicherungsverpflichtet. Diese enge Anbindung an das jeweilige Vertragsverhältnis hat den Nachteil, dass unter Umständen für dieselbe Bauleistung bzw. die hiervon in Vertragsketten weitergegebenen Teilleistungen, also materiell für ein und dieselbe Wertschöpfung, jeweils neu Sicherheiten mit entspre-

<sup>20</sup> OLG München, BauR 2008, 1163, 1164.

<sup>21</sup> BT-Drs. 12/1836, S. 11.

<sup>22</sup> Beschluss vom 24.02.2005 – VII ZR 86/04, BauR 2005, 1019.

<sup>23</sup> BauR 2005, 416.



chenden Auswirkungen (Avalkosten, Einschränkung des Avalkreditvolumens usw.) gestellt werden müssen.

Gleichwohl scheint dies die einzige systemgerechte Lösung in den Strukturen des bürgerlichen Rechts zu sein. Alternative Lösungsmodelle des Auslands wären demgegenüber mit den gewachsenen Strukturen des bürgerlichen Rechts schwerlich vereinbar. Dies gilt für die *action directe* in Frankreich, wonach der Nachunternehmer einen Direktanspruch gegen den Auftraggeber des Generalunternehmers haben kann.

Auch der schweizerische Lösungsansatz, dass ausführende Unternehmer Zugriff auf das Grundstück haben, auf dem sie ihre Werkleistung erbringen, führt zu keiner wirklich befriedigenden Lösung, da in der Regel dieses Grundstück unter gebotener Berücksichtigung der bereits vorhandenen Vorbelastungen wie regelmäßig Grundpfandrechten, Auflassungsvormerkungen usw. nicht hinreichend werthaltig ist, um die Gesamtheit der noch offenen Ansprüche in der Insolvenz eines vorgelagerten "Kettenglieds" zu befriedigen, und es umgekehrt zu einer unangemessenen Doppelbelastung des Grundstückseigentümers kommen kann.

Schließlich stellen die in Deutschland ab und an als Notlösung festzustellenden Abtretungslösungen (Beispiel: Generalunternehmer tritt statt einer § 648a-Sicherheit dem Nachunternehmer einen erst-rangigen Werklohnanspruch gegen den Bauherrn ab) keine befriedigende Lösung dar. Diese Modelle scheitern regelmäßig genau dann, wenn sie sich bewähren müssen, nämlich in der Insolvenz des Sicherungsverpflichteten (im Beispielsfalls also des Generalunternehmers). Der Bauherr als Drittschuldner kann nämlich dem Nachunternehmer als Zessionar sämtliche Gegenrechte entgegenhalten, die er gegenüber dem Generalunternehmer als Zedenten hat (§ 404 BGB). Folge ist in der Insolvenz des Zedenten regelmäßig, dass der Drittschuldner aufgrund berechtigter Gegenrechte (z.B. Restfertigstellungsmehrkosten nach Vertragskündigung gegenüber dem Zedenten) keine weitere Zahlung mehr an den Zessionar leisten muss.

#### **b) Weiterentwicklung des bestehenden Systems des § 648a BGB**

Wenn man von diesem Befund ausgeht, bleibt trotz der damit verbundenen Kosten und Erschwernisse keine andere Wahl, als streng im jeweiligen Vertragsverhältnis die Sicherungen vorzunehmen. Das führt zu einer Grundorientierung am bestehenden § 648a BGB, der neben redaktionellen Anpassungen einiger grundsätzlicher inhaltlicher Änderungen bedarf.

### **B. Zu den einzelnen Unterpunkten der These**

#### **Zu a)**

Jedenfalls im unternehmerischen Geschäftsverkehr soll der Besteller direkt nach Vertragsschluss, *ohne* dass es eines Sicherheitsverlangens des Unternehmers bedarf, verpflichtet sein, sofort eine Sicherheit in mäßiger Höhe (ca. 10 %) beizubringen. Unterbleibt dies, hat der Unternehmer wie nach bisherigem Recht die Möglichkeit der Leistungsverweigerung und/oder der Klage auf Sicherheit oder der Kündigung des Vertrags wegen Vertragsverletzung des Bestellers.

Diese automatisch kraft zwingenden Rechts auf Kosten des Bestellers von ihm zu erbringende Sicherheit in überschaubarer Höhe soll eine Art "Bonitätsgarantie" sein, durch die der Besteller dokumentiert, die Finanzierung des Bauvorhabens gesichert zu haben und absehbar zur Beschaffung der notwendigen Mittel für Abschlags- und Schlusszahlungen in der Lage zu sein. Zugleich soll sie dem Unternehmer eine sofortige Solvenzkontrolle ermöglichen, ohne dass der Unternehmer zu einem die Beziehung zum Besteller belastenden Sicherheitsverlangen gezwungen ist. Ein derartiger Automatismus wird dazu führen, dass Besteller und die sie finanzierenden Geldinstitute eine solche Eingangssicherheit von Anfang an einkalkulieren und vorbereiten. Eine solche Sicherheit hat daher, da sie notwendige Begleiterscheinung jedweden größeren Bauvertrags im unternehmerischen

Geschäftsverkehr wird, für den Besteller nichts Ehrenrühriges an sich, was absehbar zu einer entspannteren Bewilligungspraxis durch gewerbliche Bürgen, sofern die Bürgschaft als Sicherheit gewählt wird, führen wird.

#### **Zu b)**

Dieser Automatismus soll nur im Verhältnis von unternehmerisch tätigen Bauvertragsparteien gelten. Ist der Besteller demgegenüber ein Verbraucher im Sinne von § 13 BGB, erscheint es zumutbar, dem Unternehmer abzuverlangen, in dieser regelmäßig singulären Geschäftsbeziehung eine Sicherheit zu verlangen, falls er eine solche wünscht. Wie nach bisheriger Gesetzeslage soll insoweit der Unternehmer selbst die Kosten der Sicherheit in der erforderlichen Höhe tragen. Um die Abwicklung von Bauverträgen zwischen unternehmerisch tätigen Unternehmern und Verbraucher-Bestellern nicht über Gebühr zu belasten, soll der Unternehmer die Möglichkeit einer solchen Absicherung nur bei "größeren Bauverträgen" haben (dieser bewusst noch vage gehaltene Begriff bedarf noch der genauen Definition). Erlangt er eine solche Sicherheit rechtzeitig, droht ihm selbst in einer gewährten Restschuldbefreiung kein Forderungsausfall, da die Haftung gegen den regelmäßig als Sicherheit beigeestellten Bürgen von einer Restschuldbefreiung unberührt bleibt (§ 301 Abs. 2 Satz 1 InsO).

Was den unternehmerischen Geschäftsverkehr anbelangt, wird bei genauer Betrachtung die allerdings vertrauensbildende Grundsicherheit gemäß a) nicht ausreichen, um das Vorleistungsrisiko des Unternehmers im Hinblick auf kurze Bauzeiten und nachhinkende Abschlagsrechnungen und -zahlungen auszugleichen. Wie bisher soll daher der Unternehmer die Möglichkeit haben, ungeachtet einer erlangten Grundabsicherung gemäß a) eine weitergehende Sicherheit zu erhalten. Dies soll wie nach der bisherigen Gesetzeslage aber auf Kosten des Unternehmers geschehen.

Abweichend von der bisherigen Gesetzeslage erscheint es allerdings für den Regelfall nicht erforderlich, dass der Unternehmer von einem Unternehmer-Besteller bzw. von einem Verbraucher (bei größeren Bauverträgen) eine Sicherheit in Höhe von maximal 110 % des vereinbarten Werklohns erhalten kann. Vielmehr wird der Unternehmer aufgrund der praxisgerecht neu zu fassenden Regelung über Abschlagszahlungen die Möglichkeit haben, diese unter erleichterten Bedingungen einzufordern und auf diese Weise den Zahlungsfluss und die Solvenz des Bestellers kontrollieren zu können. Geht man von dieser zusätzlichen Abmilderung des wirtschaftlichen Vorleistungsrisikos des Unternehmers und den damit verbundenen Kontrollmöglichkeiten aus, erscheint es angemessen, grundsätzlich die Höhe der Sicherheit, die der Unternehmer vom Besteller verlangen kann, unter Einbeziehung der gemäß a) gestellten Zwangssicherung zu begrenzen auf einen Betrag von ca. 40 % des gesamten vereinbarten (und noch nicht bezahlten) Werklohns.

Es gibt allerdings Einzelfälle, in denen eine sehr werthaltige Bauleistung innerhalb kürzester Zeit unter Einsatz von Spezialgerät mit hohem Aufwand erbracht werden muss. In diesen Fällen läuft die Abmilderung des Vorleistungsrisikos durch die Möglichkeit, Abschlagszahlungen verlangen zu können, faktisch leer, weil zum Zeitpunkt des Zugangs einer ersten Abschlagsrechnung und des Ablaufs der Prüf- und Zahlungsfristen die Bauleistung bereits in vollem Umfange erbracht sein kann. In diesen Fällen muss es daher unverändert bei der Absicherungsmöglichkeit in Höhe von 110 % des Werklohns bleiben.

#### **C. Allgemein**

Da auch Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten, die die spätere Erhebung eines Bauwerks möglich machen, einem wirtschaftlichen Vorleistungsrisiko unterliegen, ist es sachgerecht, den Anwendungsbereich von § 648a BGB auf diese Baubeteiligten zu erstrecken. Dies sollte nicht durch Änderung des bestehenden § 648a BGB, sondern durch eine allgemeine Definition an anderer Stelle im Bauvertragsrecht erfolgen.

## These 8:

### Absicherung des Bestellers

Besteller sollen bei größeren Bauverträgen Anspruch auf Absicherung der Vertragserfüllung durch eine vom Unternehmer auf dessen Kosten zu stellende Sicherheit in angemessener Höhe erhalten:

- a) Abzusichern ist die Vertragserfüllung inkl. der Mängelansprüche nach Abnahme.
- b) (Nur) zugunsten von Verbrauchern soll dies zwingendes Recht sein.

## Begründung:

### A. Allgemeines

#### I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

a) Risiken in wirtschaftlicher Hinsicht drohen einem Besteller im Stadium vor Fertigstellung der Leistung/Abnahme vor allem dann, wenn der Unternehmer wirtschaftlich nicht mehr leistungsfähig ist und in Konsequenz einer Kündigung der Besteller einen neuen Unternehmer zu regelmäßig höheren Preisen einschalten muss. Der hieraus resultierende Schadensersatzanspruch insbesondere wegen Restfertigstellungsmehrkosten, Verzögerungen usw. kann gerade bei niedrigen Ausgangspreisen des ersten, nunmehr gekündigten Unternehmers beträchtliche Höhen erlangen, die allerdings schwerlich umfassend in jedem Bauvertragsverhältnis absicherbar sind.

Abgesehen von diesem Risiko ist ein Besteller im Stadium vor Abnahme weniger schutzbedürftig als danach: Die vom Unternehmer gestellten Abschlagsrechnungen hinken bei korrekter Abwicklung dem erreichten Bautenstand hinterher, was erst recht bis zum Zeitpunkt der hierauf erfolgenden Zahlung gilt. Sofern der Unternehmer im Einzelfall Abschlagsrechnungen stellt, denen eine entsprechende Teilleistung nicht zugrunde liegt, kann der Besteller die Zahlung verweigern. Weist eine Teilleistung, die Gegenstand einer Abschlagsrechnung ist, "Mängel" auf, ist der Besteller durch entsprechende Leistungsverweigerungsrechte geschützt. Sonstigen Fehlentwicklungen in der Baustellenabwicklung kann er durch Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechte und/oder Aufrechnungen entgegen wirken.

Anders stellt es sich in der normalen Abwicklung eines Bauvertrags im Stadium nach Abnahme dar: Der Besteller hat den Werklohn vollständig geleistet, hat aber noch für die Dauer von etwa fünf Jahren Mängelansprüche. Treten Mängel zutage, hat der Besteller nach vollständiger Werklohnzahlung keine wirtschaftlichen Druckmittel mehr gegenüber dem Unternehmer. Bereits das führt zu einer reduzierten Leistungsbereitschaft vieler Unternehmen in Bezug auf Mängelansprüche. Wenn der Unternehmer in dieser Phase insolvent wird, fällt der Besteller mit seinen Ansprüchen so gut wie vollständig aus. Er hat lediglich Anspruch auf eine oft erst jahrelang später ausgezahlte Insolvenzquote. Üblicherweise ist die Quote auf einfache Insolvenzforderungen in Bauinsolvenzen sehr gering.

b) Gewerbliche Besteller tragen dieser Situation sowohl für das Stadium vor Abnahme als auch danach Rechnung, indem sie üblicherweise in ihren AGB vorgeben, dass der Unternehmer Sicherheit zu leisten hat. Bundesweit haben sich die Sätze für die Vertragserfüllung "im engeren Sinn" bis Abnahme bei 10 % der Auftragssumme und für die Mängelanspruchssicherheit bei 5 % der (Netto-) Schlussrechnungssumme eingependelt. Auch wenn keine Äußerung des Bundesgerichtshofs vorliegt, ist davon auszugehen, dass derartige Sätze auch in AGB des begünstigten Bestellers wirksam vereinbart werden können.

Verbraucher verzichten demgegenüber regelmäßig auf eine solche Vertragsgestaltung, sofern sie nicht im Einzelfall durch Fachleute beraten werden. Der Gesetzgeber hat allerdings in § 632a Abs. 3 BGB mit Wirkung ab 01.01.2009 erstmals vorgegeben, dass ein Verbraucher-Besteller jedenfalls dann

Anspruch auf Sicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs hat, wenn der Unternehmer von ihm Abschlagszahlungen verlangt. Diese Sicherheit betrifft nach dem Gesetzeswortlaut "die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel", also nicht die Mängelansprüche im Stadium nach Abnahme.

## **II. Allgemeine Zielsetzung**

Im Hinblick auf die unbestreitbare Gefährdungslage des Bestellers gerade im Stadium nach Abnahme erscheint es auch aus Symmetriegesichtspunkten (vgl. die weitreichende Absicherung des Unternehmers hinsichtlich seines Werklohns) geboten, auch den Besteller adäquat zu schützen. Es sollte sich um eine von Vertragsschluss bis Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche in einheitlicher Höhe durchlaufende Sicherheit handeln, so dass Probleme der rechtzeitigen Inanspruchnahme vor/mit Abnahme und der Teilenthftung in diesem Stadium entfallen. Solche Probleme könnten nämlich gerade Verbraucher, die mit dem regelmäßig verbreiteten Sicherungsmittel der Bürgschaft nicht vertraut sind, überfordern. Diese Absicherung wird demnach keine Rundum-Sicherheit geben können, sondern nur wesentliche allgemeine Gefährdungslagen abdecken. Sie sollte in maßvoller Höhe bleiben und sich an § 632a Abs. 3 BGB – aber eben einheitlich von Anfang an 5 % - orientieren.

### **B. Zu den einzelnen Unterpunkten der These**

#### **Zu a)**

Schutzbedürftig ist der Besteller auch und gerade im Stadium nach Abnahme. Abweichend von der bisher lediglich die Verbraucher begünstigenden Regelung des § 632a Abs. 3 BGB soll daher dieses Stadium erfasst werden.

#### **Zu b)**

Auch dispositives Recht hätte zur Folge, dass eine Abweichung in AGB des Unternehmers unwirksam wäre. Im Verhältnis zu Verbrauchern besteht jedoch die Gefahr, dass der Unternehmer mit dem Verbraucher, der die Bedeutung des Problems nicht erkennt, eine Lösung individuell aushandelt, was dazu führt, dass der Besteller keine Sicherheiten erhält. Dem ist durch die Anordnung zwingenden Rechts vorzubeugen.

Ähnliche Gefahren bestehen im unternehmerischen Geschäftsverkehr zwischen Bauvertragsparteien nicht, wobei ohnehin gegenwärtig gewerbliche Bauherren regelmäßig weitreichende Sicherungsvereinbarungen zu Lasten von Unternehmern in ihren AGB vorgeben. Für diesen Bereich genügt es daher, dispositives Recht zu schaffen.

## These 9:

### Kündigung des Bauvertrages

Es wird ein allgemeiner Kündigungstatbestand in das Gesetz aufgenommen, der Formalien und inhaltliche Fragen – insbesondere Kündigungsvoraussetzungen für beide Seiten und hieran anknüpfende Rechtsfolgen – regelt, insbesondere

- a) Schriftformerfordernis;
- b) (jederzeitiges) freies Kündigungsrecht des Bestellers, ferner außerordentliches Kündigungsrecht beider Seiten aus wichtigem Grund;
- c) generelle Rechtsfolgenregelung zur allgemeinen Kündigung bzw. zu der aus wichtigem Grund;
- d) Verpflichtung beider Parteien zur Teilnahme an einer Leistungsstandsabgrenzung nach Kündigung auf Verlangen der anderen Seite mit Beweislastumkehr im Weigerungsfall.

## Begründung:

### A. Allgemeines

#### I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

a) Das BGB enthält in zahlreichen Normen – etwa § 314 BGB für Dauerschuldverhältnisse, § 626 BGB für Dienstverträge – Regelungen dazu, unter welchen inhaltlichen Voraussetzungen eine fristlose Kündigung eines Vertrags möglich ist. Für das Baurecht fehlt eine solche gesetzliche Regelung, obwohl Kündigungen im Baugeschehen eine wichtige Rolle spielen. Die Praxis behilft sich bisher mit den Rechtsprechungsregeln und einer Einzelfallkasuistik. Hinzu kommen Versuche der Vertragsgestaltung, so etwa §§ 4 Nr. 7 Satz 3, 5 Nr. 3, Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1, § 8 Nr. 2 VOB/B.

b) Entsprechend findet sich im BGB auch keine allgemeine Rechtsfolgenregelung, abgesehen von der Regelung des § 649 BGB zum Recht des Bestellers auf jederzeitige Kündigung und dem sodann dem Unternehmer zustehenden Werklohnanspruch für das nicht mehr zur Ausführung gelangte Restwerk. Eine allgemeine Regelung unter Aufnahme der Rechtsprechungsregeln ist schon deshalb sinnvoll, weil sie als Norm zum Zwecke der Verweisung für andere Vorschriften, die im Bauvertragsrecht eine Kündigung aus wichtigem Grund ermöglichen (z.B. § 648a BGB), dienen kann.

c) Jedenfalls bei strenger Betrachtung bestehen im Hinblick auf verbreitete AGB-Regelungsversuche zur Frage, wann eine außerordentliche Kündigung berechtigt ist, erhebliche Zweifel. Dies gilt nicht nur wegen der AGB- und insolvenzrechtlich angereicherten Diskussionen um § 8 Nr. 2 VOB/B, die auch nach Inkrafttreten der InsO nicht verstummt sind. Gleichermaßen gilt dies, wenn auch in schwächerer Form, für §§ 4 Nr. 7, 5 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B.

#### II. Allgemeine Zielsetzung

a) Der neue Kündigungstatbestand stellt einen Ausbau und eine deutliche Erweiterung des bestehenden § 649 BGB dar, indem in eine Norm sämtliche Formalien und inhaltlichen Fragen (inklusive Rechtsfolgen) einer "freien" Bestellerkündigung und einer beider Seiten möglichen, durch einen wichtigen Grund gerechtfertigten Kündigung aufgenommen werden.

b) Kein Änderungsbedarf besteht hinsichtlich bestimmter Rechtsprechungsregeln, zu denen es aber auch entbehrlich erscheint, sie ausdrücklich zu regeln. Vielmehr können auf Grundlage der bestehenden BGH-Rechtsprechung die weitere Entwicklung und Verfeinerung der Rechtsprechung abgewartet werden.

Das betrifft zum einen die Leitentscheidung des BGH, dass grundsätzlich nach Kündigung der Werklohnanspruch des Unternehmers für das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk von der Abnahme des Teilwerks durch den Besteller abhängig ist<sup>24</sup>.

Zum anderen gilt dies für die Rechtsprechung des BGH, dass selbst nach Kündigung aus wichtigem Grund der Besteller die Erstattung von Selbstvornahmekosten nach Beseitigung von Mängeln vom Unternehmer grundsätzlich nur verlangen kann, wenn er davor dem Unternehmer wegen der relevanten Mängel des Teilwerks eine angemessene Frist zur Beseitigung gesetzt hat<sup>25</sup>.

Diese Rechtsprechung ist kritisiert worden und wird teilweise in der Baupraxis nicht beachtet. Sie erscheint jedoch grundsätzlich angemessen, so dass an ihr festzuhalten ist. Sie fördert die Bereitschaft der Parteien, trotz der in der Kündigung kulminierenden Streitpunkte eine Abnahme des Teilwerks zu versuchen und Mängelpunkte hinsichtlich des erbrachten Teilwerks gemeinsam zu erfassen. Geschieht dies, ist es dem Besteller möglich, wegen der Mängel angemessene Fristen zu setzen.

Unzweifelhaft bestehende Abgrenzungsschwierigkeiten etwa zur Frage, wann ein Mangel des Teilwerks und wann eine noch ausstehende Restleistung vorliegen und wie sich zu einzelnen Gewerken wie der Haustechnik ohne aufwendige Probeläufe usw. die Freiheit von wesentlichen Mängeln feststellen lässt, rechtfertigen es nicht, hiervon abzugehen. Die Alternative bestünde wohl nur darin, dass jedenfalls nach einer Kündigung aus wichtigem Grund der Besteller sofort ohne Fristsetzung angebliche Mängel beseitigen kann. Die Folge wäre absehbar, dass mangels vorheriger Fristsetzung der Unternehmer keine Möglichkeit hat, das Nichtvorhandensein solcher nunmehr beseitigter angeblicher Mängel zu beweisen, so dass sich schwer auflösbare Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht stellen würden. Weiter würde sich die Frage stellen, wie in einem solchen Fall die Mängel des Teilwerks bewertet werden sollen, insbesondere, ob dies von einer erfolgten Mängelbeseitigung abhängen soll oder ob nicht vielmehr vorhandene Mängel des Teilwerks in jedem Fall den Werklohnanspruch des Unternehmers für das Teilwerk reduzieren müssen.

Auch erscheint es nicht angemessen, mit dem Ausspruch der Kündigung als solcher die Abnahme des Teilwerks durch eine Fiktion oder Ähnliches zu verknüpfen. Eine Kündigung lässt oft auf eine schwere Störung im Verhältnis der Vertragsparteien schließen. Gerade dann, wenn der Besteller gekündigt hat, wird er jedenfalls nicht ohne weiteres die bis dato erbrachte Teilleistung als im wesentlichen mangelfrei empfinden, so dass eine Abnahmefiktion oder Ähnliches unangemessen wäre.

## **B. Zu den einzelnen Unterpunkten der These**

### **Zu a)**

Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung soll die Einhaltung der Schriftform gemäß § 125 BGB sein, wie es auch für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 623 BGB vorgegeben ist. Die Schriftform dient der Rechtssicherheit und der Beweiserleichterung und soll vor allem die Bauvertragsparteien vor einer übereilten und später bereuten spontanen Aktion schützen.

### **Zu b)**

Hinsichtlich der jederzeit möglichen „freien“ Bestellerkündigung (bisher § 649 BGB) sind grundlegende Änderungen nicht veranlasst.

Was eine (außerordentliche) Kündigung aus wichtigem Grund - die beiden Bauvertragsparteien möglich ist - anbelangt, kann grundsätzlich auf die entsprechend anzuwendenden Tatbestandsmerkmale des § 314 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden.

Eine insolvenzbedingte Kündigung aus wichtigem Grund soll beiden Seiten unter bestimmten, noch abschließend zu prüfenden Voraussetzungen möglich sein.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 11.05.2006 – VII ZR 146/04, BauR 2006, 1294.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 25.06.1987 – VII ZR 251/86, BauR 1987, 689.

Als Beispielsfälle für eine berechtigte Kündigung des Unternehmers sind Tatbestände aufzunehmen wie der Verzug des Bestellers mit der Zahlung von Abschlägen und der Umstand, dass der Besteller eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt und dadurch den Unternehmer außerstande setzt, die Leistung auszuführen. Jedoch ist in diesen beiden Beispielsfällen vorab vom Unternehmer eine Nachfrist zur Vertragserfüllung zu setzen, die erfolglos abgelaufen sein muss.

**Zu c)**

Für die Rechtsfolgen der freien Bestellerkündigung verbleibt es bei den Vorgaben des bisherigen § 649 Satz 2 und 3 BGB inkl. der dortigen widerleglichen Vermutung. Diese Rechtsfolge tritt auch ein, wenn der Unternehmer aus einem vom Besteller zu vertretenden Grund den Vertrag kündigt. Kündigt hingegen der Besteller den Vertrag aus einem Grund, den der Unternehmer zu vertreten hat, so hat der Unternehmer nur Anspruch auf Bezahlung des Werklohns, der auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk entfällt, soweit das Teilwerk für den Besteller brauchbar ist. Der Besteller hat in diesem Fall Anspruch auf Schadensersatz wegen der Nichterfüllung des Rests.

**Zu d)**

In Anlehnung an die zu § 8 Nr. 6 VOB/B ergangene Rechtsprechung des BGH<sup>26</sup> ist klarzustellen, dass nach Kündigung jede Bauvertragspartei eine gemeinsame Leistungsstandsabgrenzung hinsichtlich des bis zur Kündigung erbrachten Teilwerks verlangen kann. Diese quantitative Bewertung, welche von der qualitativen Frage der Abnahmefähigkeit zu trennen ist, hat Auswirkungen auf die Beweislast. Bleibt eine Partei einer solchen Leistungsstandsabgrenzung schuldhaft fern bzw. verweigert sie diese ausdrücklich und lässt sich später wegen Fortführung der Baumaßnahmen nicht mehr überprüfen, wie der Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung war, findet eine Beweislastumkehr zu Lasten derjenigen Vertragspartei statt, die sich der Leistungsstandsabgrenzung verweigert hat.

---

<sup>26</sup> Urteil vom 22.05.2003 – VII ZR 143/02, BauR 2003, 1207.



## These 10:

### Widerrufsrecht des Verbrauchers

Der Verbraucher muss entsprechend §§ 355 ff. BGB die Möglichkeit erhalten, den auf Erwerb oder komplette Erstellung eines Eigenheims (Wohnung oder Einfamilienhaus mit oder ohne Einliegerwohnung) gerichteten Vertrag gegenüber einem Unternehmer zeitlich befristet zu widerrufen.

## Begründung:

### A. Allgemeines

#### I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

a) Die Entwicklung der Marktwirtschaft (Globalisierung, Spezialisierung, Informatisierung und technischer Fortschritt) bringt für den Verbraucher neben Vorteilen wie Wirtschaftswachstum zusätzliche Gefahrenlagen im rechtlichen Bereich wegen der zunehmenden Unübersichtlichkeit mit sich. Unsachliche Beeinflussung, unzureichende Informationen vor und bei Vertragsschluss, undurchsichtige Preisgestaltung gehen einher mit nachteiligen Vertragsbedingungen oder schwer zu verstehenden Regelungen zu Mängelrechten. Die Rechtsprechung minderte in den letzten Jahrzehnten diese Gefahren ebenso wie die Entwicklung des Verbraucherschutzes durch die Vorgaben des Europäischen Rechts.

Mit der Schuldrechtsmodernisierung schuf der Gesetzgeber durch Informationspflichten und Widerrufsrechte zahlreiche neue Schutzvorschriften für die Verbraucher. Bei bestimmten Vertragstypen ist seit längerem eine Information über die Standards des Vertragsinhaltes vorgeschrieben. Dadurch soll der Verbraucher vor Vertragsschluss unmissverständlich erkennen können, welche Pflichten, Belastungen und Risiken im Vertrag auf ihn zukommen. § 305 Abs. 2 BGB regelt dies grundlegend für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Spezielle Regelungen finden sich in § 312 c BGB für Fernabsatzverträge und der BGB-Informationspflichten-Verordnung. Bei einzelnen Fallgestaltungen gestattet ein Widerrufsrecht den Verbrauchern, innerhalb einer bestimmten Frist die Vertragsbindung zu beseitigen (siehe § 355 BGB), so bei Haustürgeschäften (§ 312 Absatz 1 BGB), Fernabsatzverträgen (§ 312d Absatz 1 BGB), Teilzeit-Wohnrechteverträgen (§ 485 Absatz 1 BGB), Verbraucherdarlehensverträgen (§ 495 Absatz 1 BGB), Verbraucher-Finanzierungsleasingverträgen (§ 500 BGB), Verbraucher-Teilzahlungsgeschäften (§ 501 BGB), Ratenlieferungsverträgen (§ 505 Absatz 1 BGB) und Fernunterrichtsverträgen (§ 4 Fernunterrichtsschutzgesetz).

b) Obwohl der Verbraucher in § 13 BGB als eigenständige Person Eingang in das Gesetz fand und zu seinem Schutz besondere Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf in §§ 474 ff. BGB eingeführt wurden, sieht das den werkvertraglichen Regelungen unterworfenen Recht des Bauvertrages bisher keine besonderen Regelungen zum Widerruf des Vertrages durch Verbraucher vor. Auch nach der Schuldrechtsmodernisierung hat der Verbraucher nur begrenzte Möglichkeiten, sich vollständig vom Bauvertrag zu lösen. Unter den Voraussetzungen der §§ 119, 123 BGB kann der Vertrag angefochten werden; in entsprechenden Fällen kann Schadensersatz wegen eines Verschuldens bei Vertragsschluss verlangt werden. Das speziell für Teilzahlungsgeschäfte vorgesehene Widerrufsrecht greift bei der in Bauverträgen häufigen Vereinbarung von Abschlagszahlungen nicht<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> s. Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts, Abschlussbericht, Schriftenreihe des BMELV, Reihe A, Heft 520, Seite 30, mit Hinweis auf BGH U. v. 22.12.2005, VII ZR 183/04, BGHZ 165, 325 ; BauR 2006, 510; IBR 2006, 126 ; NJW 2006, 904; NZBau 2006, 237; WM 2006, 1264; ZfBR 2006, 240 :

1. Ein Vertrag, in dem sich der Unternehmer zur Lieferung und Errichtung eines Ausbauhauses gegen Teilzahlungen verpflichtet, ist ein Werkvertrag (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10.03.1983 - VII ZR 302/82,

Die allgemeinen Risiken beim Vertragsschluss z.B. durch unsachliche Beeinflussung, unverbindliche Werbeaussagen, Fehlen bzw. Vorenthalten wesentlicher Informationen und nicht zuletzt durch unübersichtliche Vertragswerke, bestehen für den Verbraucher auch beim Bauvertrag. Insbesondere gilt dies für Verbraucherverträge zum Wohnungserwerb bzw. zum 'Bauen aus einer Hand', bei denen sich der Laie mangels Sachkunde Fehlvorstellungen über Vertragsinhalt und Folgeverpflichtungen sowie den Umfang des Preises und die damit abgeholzten Leistungen macht. Die sozialpolitisch erwünschte Anschaffung von Wohneigentum für die private Altersvorsorge setzt den Verbraucher erheblichen wirtschaftlichen Risiken aus, da entsprechenden Bauverträge regelmäßig einen hohen Anteil an Fremdfinanzierung durch Kreditaufnahme erfordern. Obwohl es häufig um weitreichende wirtschaftliche Verfügungen verbunden mit finanziellen Belastungen geht, die an die Grenze der wirtschaftlichen Möglichkeiten von Verbrauchern stoßen und dadurch oft die wesentlichen Lebensgrundlagen verändern, fehlt ein ausreichender Schutz vor Übereilung.

c) Die Beschaffung eines Eigenheims steht auch in seiner Relevanz für die Allgemeinheit und seiner Bedeutung für den einzelnen Verbraucher nicht hinter den durch ein bereits bestehendes Widerrufsrecht geschützten Lebensbereichen zurück. Hier wie dort geht es um gravierende Eingriffe in die Privatautonomie, die zum Schutz des Verbrauchers vor Überrumpelung, unzureichender Information und einengenden Dauerbelastungen gerechtfertigt sind. Während sich die gesetzgeberischen Maßnahmen aber dort auf zumeist alltägliche oder – etwa beim Vertrag über zeitweilige Wohnrechte - in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für den durchschnittlichen Einzelfall nicht übermäßig gravierende Geschäfte erstrecken, handelt es sich beim Vertrag über ein dauerhaftes Wohneigentum im Regelfall um eine singuläre Maßnahme für den Verbraucher mit bedeutsamen wirtschaftlichen Auswirkungen.

d) Schließlich ist zu beachten, dass die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkredit-Richtlinie – ABl. EU Nr. L133 Seite 66) bis zum 12.05.2010 in deutsches Recht umzusetzen ist. In diesem Zusammenhang wie überhaupt beim Bauvertragsrecht ist von Bedeutung, dass die Bundesregierung bisher plante, die noch bestehende Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit den Musterbelehrungen (Anlagen 2 und 3 zur BGB-Informationspflichten-Verordnung) durch eine formell-gesetzliche Regelung zu beenden.

## II. Allgemeine Zielsetzung

a) Wenn der Verbraucher Wohneigentum anschafft, benötigt er für den Abschluss des Vertrages einen wirksamen Schutz des Gesetzgebers. Diese Privilegierung kommt jetzt in der Ausnahmeregelung des § 648 a Abs. 6 Nr. 2 BGB zum Ausdruck.

b) Geeignete Instrumente sind Informationspflichten gegenüber Verbrauchern, die Festlegung von Mustertexten / Musterverträgen und die Einführung eines Widerrufsrechtes. Letzteres bietet den wirksamsten Schutz, da seine Ausübung allein im Belieben des Verbrauchers liegt<sup>28</sup>. Demgegenüber ist die praktische Umsetzung von Informationspflichten in hohem Maße von der entsprechenden Bereitschaft des Unternehmers abhängig; Verstöße haben in der Regel nur eine Verlängerung von Widerrufsfristen zur Folge<sup>29</sup>. Die Einführung von Mustertexten zur Vertragsgestaltung kann den viel-

---

BGHZ 87, 112.

2. Ein Verbraucher kann einen solchen Vertrag weder nach § 355 Abs. 1, § 505 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Ratenlieferungsverträge) noch nach § 355 Abs. 1, § 495 Abs. 1, § 499 Abs. 2, § 501 Satz 1 BGB (Teilzahlungsgeschäfte) widerrufen.

<sup>28</sup> Bedenken gegen zusätzliches Widerrufsrecht: s. Abschlussbericht S. 134

<sup>29</sup> Allgemeine Informationspflichten sind über § 305 Abs. 2 BGB geregelt und können gegebenenfalls durch eine ausdrückliche Verweisung auf diese Vorschrift für Bauverträge verstärkt werden. Die weiteren in den Regelungen der §§ 312 – 359 BGB enthaltenen Informationspflichten sollen teilweise in das Einführungs-gesetz zum BGB ausgelagert und die Musterbelehrungen als Anlagen 1 und 2 zum Einführungs-gesetz zum BGB

fältigen Bedürfnissen des Einzelfalls kaum gerecht werden und führt zu einer überschießenden Eingengung der Vertragsfreiheit. Inhaltliche Vorgaben kennt demgegenüber das französische Recht<sup>30</sup>, während in den Niederlanden zumeist ein bestimmter Modellvertrag verwendet wird<sup>31</sup>.

c) Ein Widerrufsrecht schafft nicht nur Bedenkzeit und schützt damit im Einzelfall vor übereilten Maßnahmen. Es hat auch Signalwirkung über den Einzelfall hinaus, da es den am Bestand des Vertrages interessierten Unternehmer zu einer sorgfältigen, offenen Vertragsgestaltung mit uneingeschränkten Informationen anhalten kann. Der unaufgeklärte und unsichere Verbraucher könnte eher zum Widerruf neigen.

d) Das Widerrufsrecht muss soweit wie möglich kostenneutral ausgestaltet werden. Allzu lange Widerrufsfristen könnten als Kostenfaktor auf der Unternehmenseite zu einer Verteuerung der Bau- und Erwerbskosten führen.

## B. Zu Einzelheiten der These

a) Schutzgegenstand sind die auf Beschaffung von Wohneigentum gerichteten Verbraucherverträge. Der Herstellung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung i.S. von § 648 a Abs. 6 Nr. 2 BGB steht der Erwerb eines fertigen Eigenheims – Haus oder Wohnung - gleich<sup>32</sup>. Vertragspartner des Verbrauchers sind zumeist Generalübernehmer, Generalunternehmer oder Bauträger.

Davon zu unterscheiden sind die insoweit nicht geschützten Verträge, die nicht die Komplett-Erstellung eines Eigenheims zum Inhalt haben, also die wirtschaftlich weniger bedeutsamen Planerverträge oder Verträge über einzelne (Teil-) Baumaßnahmen. Ob Planerverträge als verbundene Verträge i.S. von § 358 BGB dem widerrufenen Eigenheim-Vertrag gleichgestellt werden, ist mit den Detail- und Folgeregelungen zu klären.

b) Das Widerrufsrecht des Verbrauchers gilt nur gegenüber Unternehmern i.S. von § 14 BGB. Hauskaufverträge unter Privatleuten bzw. Verbrauchern sind zwar nicht weniger wirtschaftlich bedeutsam, bergen aber in aller Regel nicht dieselben typischen Gefahren eines Ungleichgewichtes an Macht und Informationen wie Verträge mit professionell Handelnden.

c) Das Widerrufsrecht soll auch für notarielle Verträge und solche Bauverträge gelten, an denen Architekten oder vergleichbare Berater auf Seiten des Verbrauchers mitgewirkt haben. Bei dieser Sachlage sind zwar manche Autoren der Auffassung, es sei eine ausreichende professionelle Kompetenz zu Gunsten des Verbrauchers vorhanden<sup>33</sup>. Im Fall von beurkundungspflichtigen Bauträgerverträgen unterliege der Notar gemäß § 17 BeurkG diversen Überprüfungs- und Belehrungspflichten und sei gemäß § 17 Abs. 2 a Nr. 2 BeurkG gehalten, den Urkundenentwurf zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen.

Von einer nach Inhalt und Umfang jeglichen Anforderungen entsprechenden Belehrung durch den Notar kann allerdings in der Lebenswirklichkeit nicht immer ausgegangen werden, zumal nicht jeder zugelassene Notar über dieselbe umfassende praktische Erfahrung mit Bauverträgen verfügen kann und nicht jeder Verbraucher sich der rechtlichen Folgen eines Bauträgervertrages sogleich vollum-

---

in den Rang eines formellen Gesetzes erhoben werden. Die Verbesserung der Informationsrechte kann durch die geplante Änderung der Regelungen der §§ 312 – 359 BGB erzielt werden, die im Zuge des Gesetzesentwurfs zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienstrichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vorgesehen ist.

<sup>30</sup> Abschlussbericht S. 26 ff.,

<sup>31</sup> Abschlussbericht S. 29

<sup>32</sup> vgl. OLG München, Urteil vom 15.01.2008, 13 U 4378/07, IBR 2008, 576

<sup>33</sup> vgl. Freiburger Baurechtlicher Ergänzungsentwurf (I), E § 5 II b und Baurechtlicher Ergänzungsentwurf II (2002), E § 651 II b : Das Widerrufsrecht besteht nicht bei beurkundungspflichtigen Verträgen; vgl. Abschlussbericht S. 135, 154.

fänglich bewusst ist<sup>34</sup>. Desgleichen kommt es auch in notariellen Verträgen nicht ausschließlich zur Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen des Unternehmers sowie zur Bezugnahme auf unübersichtliche Baubeschreibungen oder umfangreiche Grundlagenurkunden. Für die Praxis ist somit nicht auszuschließen, dass es auch im Fall der Einschaltung eines Notars zu übereilten Entscheidungen oder zur Übervorteilung eines Verbrauchers kommen kann. Dem entspricht es, dass der Gesetzgeber schon bisher die notariellen Verträge nicht von einem Widerruf ausgenommen hat, s. § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB und § 485 Abs. 5 Satz 2 BGB. Der Einführung eines Widerrufsrechtes steht schließlich nicht entgegen, dass im Fall des wirksamen Widerrufs über die Tragung der Notarkosten zu befinden ist; hier kann § 485 Abs. 5 Satz 2 BGB als Modell gelten.

Ähnliche Überlegungen gelten für den Fall, dass dem Verbraucher zum Vertragsabschluss ein fachkundiger Berater zur Seite stand.

d) Die für den Widerruf einzuräumende Frist kann schon im Interesse einer baldigen Herbeiführung von Rechtsklarheit nur knapp bemessen sein. Einen Zeitraum von sieben Tagen<sup>35</sup> bis zu zwei Wochen ab Vertragsabschluss bzw. Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht wird man als ausreichend ansehen können; das Widerrufsrecht gemäß § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB ist innerhalb von zwei Wochen auszuüben. Auch im Interesse einer möglichst anzustrebenden Kostenneutralität ist eine kurze Frist zu empfehlen, da die Vorhaltekosten des an den Vertrag gebundenen Anbieters sonst zu einer finanziellen Belastung führen würden, die dieser notwendigerweise in Form eines Risikoaufschlages an die Verbraucher weitergeben müsste<sup>36</sup>. Dementsprechend erscheint eine weitere Fristverlängerung aus sonstigen Gründen – etwa infolge einer Verletzung von anderweitigen Informationspflichten – unpraktikabel<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Abschlussbericht S. 135

<sup>35</sup> Abschlussbericht S. 134

<sup>36</sup> Abschlussbericht S. 133

<sup>37</sup> Abschlussbericht S. 134

**Professor Dr. Martin Burgi**

Professor Dr. Martin Burgi, geb. 1964 in Ulm. Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz, Rechtsassessor 1989 vor dem Landesjustizprüfungsamt Baden-Württemberg; 1993 Promotion; 1998 Habilitation mit einer Arbeit zum Thema „Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht“ in Konstanz. 1999 Ernennung zum Universitätsprofessor (C 4) an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum. Seit 2000 Wissenschaftlicher Leiter des Düsseldorfer Vergaberechttages. Seit dem 01.01.2004 Leiter der Forschungsstelle für Verwaltungsrechtsmodernisierung und Vergaberecht an der Ruhr-Universität Bochum. Seit September 2007 Research Fellow an der George Washington University Law School, Washington D.C. (Government Procurement Law Program). Seit 2008 gewähltes Mitglied des Fachkollegiums „Rechtswissenschaft der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Seit 2008 Dekan der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

**Vergaberecht: Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen**

**I. Dienstleistungskonzessionen als Zukunftsmodell**

Die Dienstleistungskonzession ist eine Privatisierungsoption mit großem Potenzial, die sich vor allem durch die größeren Handlungsspielräume des Konzessionärs und die zumeist längere Vertragsdauer von anderen Optionen unterscheidet. Dies gilt ungeachtet der Vielfalt der Regelungsstrukturen und Vergabemodalitäten in den Mitgliedstaaten. Dienstleistungskonzessionen finden sich mittlerweile in so unterschiedlichen Feldern wie der Infrastruktur, der städtebaulichen Planung, der Ver- und Entsorgung, aber auch im Gesundheits- und Rettungsdienstwesen. Eine eindeutig nachvollziehbare Begründung für ihre Nicht-Reglementierung im EU-Sekundärvergaberecht fällt schwer.

**II. Begriff und Abgrenzung**

Trotz mehrerer Entscheidungen des EuGH ist der Begriff der Dienstleistungskonzession ungeklärt. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag, teilweise aber auch zur Baukonzession und zum Bauauftrag. Die Zuordnung zu einer dieser Kategorien ist in der Praxis von überragender Bedeutung, da sich die jeweiligen Regime grundlegend voneinander unterscheiden. Teilweise wird das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession erst dann angenommen, wenn der Konzessionär tatsächlich einem erheblichen Betriebsrisiko ausgesetzt ist. Nach anderer Auffassung würde es bereits ausreichen, dass er nur abstrakt die mit der Nutzerfinanzierung verbundenen, tatsächlich (etwa infolge des Bestehens eines Anschluss- und Benutzungszwangs) aber nur geringen Risiken trägt.

**III. Anforderungen aus dem EU-Recht und aus dem nationalen Recht**

Obgleich das europäische Sekundärrecht nicht anwendbar ist, steht fest, dass das Primärrecht zu Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und zu einem Rechtsschutzminimum verpflichtet. Auf der Ebene des nationalen Rechts sind in jüngerer Zeit Zweifel daran aufgekommen, ob die europäischen Vergaberichtlinien tatsächlich 1:1 umgesetzt worden sind, oder ob infolge des Fehlens einer expliziten Aussage hierzu, der deutsche Gesetzgeber jene Vorgaben über ihren Anwendungsbereich hinaus („überschießend“) umgesetzt haben könnte. Ein ausdrücklicher Ausschluss der Anwendbarkeit qualifizierter Vergaberechtsregeln hat nunmehr allerdings durch § 1 Abs. 1 Satz 3 der Sektorenverordnung (für deren Anwendungsbereich) stattgefunden.

**IV. Vergaberecht light und Rechtsschutz**

In Konkretisierung der primärrechtlichen, von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Anforderungen hat sich seit längerem eine Art „Vergaberecht light“ (Begriff nach *Burgi*, NZBau 2005, 610 ff.) entwickelt. Die rechtlichen Einzelheiten sind allerdings umstritten bzw. ungeklärt. Dies gilt u.a. für die Bestimmung des notwendigen (und ausreichenden) Maßes an Transparenz und für die Intensität und Effektivität des Rechtsschutzes einschließlich der Bestimmung der zuständigen Gerichtsbarkeit. Eine bislang völlig unterschätzte Frage geht dahin, ob und in welchem Umfang der Staat dem Konzessionär Vorgaben für dessen Entgeltkalkulation machen kann. Hier zeigt sich, dass ungeachtet aller An-

näherungen weiterhin auch substantielle Unterschiede zwischen Konzessionen und Aufträgen, bei denen ja durch den Staat selbst das Entgelt gezahlt wird, bestehen.

**V. Sinn und Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen**

In Deutschland gibt es Stimmen, die an der bestehenden Rechtslage festhalten und die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen weiterhin unkodifiziert lassen wollen. Die Forderungen nach einem legislatorischen Tätigwerden werden aber lauter. M.E. ist das sekundärrechtliche Schweigen nicht länger zu akzeptieren. Vielmehr sollte die ursprüngliche Forderung der EU-Kommission nach einer „klaren Fassung der Grundsätze für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in einer gemeinschaftlichen Rechtsvorschrift“ aufgegriffen werden. Neben der Verbesserung von Rechtssicherheit und Funktionsgerechtigkeit könnte damit auch das Ziel der Vermeidung langjähriger Abgrenzungsprozesse erreicht werden, wie sie sich etwa beim Fernstraßenbau zeigen. Solange auf EU-Ebene die politische Kraft fehlt, böte sich dem deutschen Gesetzgeber die Chance zur Schaffung einer prototypischen Regelung. Sie könnte im Zuge der durch den Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP angekündigten Reform des Vergaberechts bis Ende 2010 realisiert werden.

**Prof. Dr. Michael Holoubek, Wien**

Univ.Prof. Dr. Michael Holoubek, Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien; Vizerektor für Infrastruktur und Personal dieser Universität. Langjähriger Vorsitzender der Bundes-Vergabekontrollkommission; zahlreiche Veröffentlichungen zum innerstaatlichen und europäischen Vergaberecht.

**Hierarchie zwischen offenem und nicht offenem Vergabeverfahren?  
Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen und innerstaatliche Umsetzungsspielräume**

1. Die Funktion des Vergabeverfahrens besteht, der Grundstruktur des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe folgend, im Kern darin, einen Parallelwettbewerb der Bieter zu organisieren. Dieser soll dafür Gewähr leisten, dass letztlich das für den beschaffenden Staat „beste“ Angebot ermittelt wird. Die Ausgestaltung der einzelnen Verfahren der Auftragsvergabe ist im Lichte dieser Anforderung, die Auswahl eines Unternehmens aufgrund eines nach objektiven, sachlichen und fairen Gesichtspunkten geführten Bieterwettbewerbs zu ermöglichen, zu sehen.
2. Innerhalb des Kanons der – auf europäischer wie auch innerstaatlicher Ebene – gesetzlich geregelten Vergabeverfahrensarten finden sich verschiedene Verfahrensarten, die sich in ihren Strukturen sowie insbesondere im Grad ihrer Formalisierung unterscheiden. Nach Maßgabe der Wahlmöglichkeiten für die einzelnen Verfahrensarten kann zwischen Regel- und Ausnahmeverfahren unterschieden werden, wobei tendenziell den weniger formalisierten und publizitätsärmeren Verfahren ein Ausnahmecharakter zukommt. Im Spektrum der Vergabeverfahrensarten nehmen das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren als „prototypische Vergabeverfahren“ eine wesentliche Rolle ein, weil die ihnen jeweils zugrunde liegende Strukturen als Grundmuster auch für spezifischere und komplexere Verfahrensarten gelten können.
3. Beim offenen Verfahren handelt es sich um ein stark formalisiertes Vergabeverfahren mit einstufigem Ablauf: Eine grundsätzlich unbeschränkte Anzahl von Unternehmen wird vom Auftraggeber öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert; Eignungsprüfung der Unternehmer und Prüfung und Bewertung der Angebote finden zwar als gesonderte Prüfungsschritte nacheinander geschaltet, aber jeweils erst nach Angebotsabgabe statt. Ein dem Angebotswettbewerb vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb der Bieter ist nicht vorgesehen.
4. Das nicht offene Verfahren ist demgegenüber im Regelfall von einem zweistufigen Ablauf geprägt: Nach öffentlicher Einladung zur Teilnahme am Bewerberwettbewerb ergeht vom Auftraggeber die Aufforderung zur Angebotslegung nur an diejenigen Unternehmer, die im Teilnahmewettbewerb anhand objektiver Kriterien dafür ausgewählt wurden. Der dem eigentlichen – auf den Gegenstand der Vergabe bezogenen – Vergabewettbewerb vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb ermöglicht damit eine unternehmensbezogene Auswahl der Bewerber. Erst in der zweiten Verfahrensstufe kommt es bei regelmäßig verkleinertem Teilnehmerkreis zur Prüfung der von den aufgeführten Unternehmen vorgelegten Angebote.
5. Die EG-Vergaberichtlinien kennen sowohl das offene wie auch das nicht offene Vergabeverfahren. Art 28 Abs 2 der allgemeinen Vergaberichtlinie ermöglicht grundsätzlich die freie Wahl zwischen offenem und nicht offenem Verfahren. Art 40 Abs 2 der Sektorenrichtlinie stellt dem Auftraggeber das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb und das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zur freien Wahl.
6. Nach deutscher Rechtslage haben Auftraggeber grundsätzlich das offene Vergabeverfahren anzuwenden, sofern ihnen nicht die Anwendung des nicht offenen Verfahrens ausnahmsweise gestattet ist. Neben dem nicht offenen Verfahren kommt auch dem Verhandlungsverfahren Ausnahmecharakter zu. In den Sektoren besteht für private Auftraggeber die freie Wahlmöglichkeit zwischen allen drei Verfahrensarten.



7. Nach dem österreichischen Bundesvergabegesetz kann im Oberschwellenbereich frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt werden. Nur im Unterschwellenbereich kann – unter zusätzlich erschwerten Voraussetzungen – auch das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt werden; hier wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern vom Auftraggeber direkt zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Im Sektorenbereich besteht oberhalb der Schwellenwerte Wahlfreiheit des Auftraggebers zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb und dem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb.

8. Im deutschen Vergaberecht hat das offene Vergabeverfahren – abweichend von den EG-Richtlinien und anders als beispielsweise in Österreich – für öffentliche Auftraggeber Priorität. Diese Hierarchisierung wird häufig damit gerechtfertigt, dass im offenen Verfahren Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung am besten verwirklicht würden. Es sei aufgrund seines unbeschränkten Zugangskonzepts am ehesten geeignet, Preisabsprachen zwischen den Bietern zu unterbinden und könne durch eine starke Formalisierung einen transparenten, gleichen und fairen Vergabewettbewerb am besten gewährleisten.

9. Das nicht offene Vergabeverfahren ermöglicht es dem Auftraggeber aufgrund seiner zweistufigen und im Vergleich zum offenen Verfahren punktuell flexibleren Struktur, komplexen Beschaffungsvorhaben adäquat zu begegnen. Der Teilnahmewettbewerb lässt eine Auswahl der Bewerber – schon im Hinblick auf die Anforderungen des Auftragsgegenstands – nach qualitätsbezogenen Kriterien zu und beschränkt die Unternehmerbewertung insofern nicht nur auf absolut wirkende Eignungs- (im Sinne von Ausschluss-) -kriterien. Unter diesem Gesichtspunkt setzt das vorgeschaltete Auswahlverfahren freilich eine vertiefte Kenntnis der Marktstrukturen beim Auftraggeber voraus, womit insgesamt der zeit- und kostenmäßige Aufwand für Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens steigt. Gegenüber dem offenen Verfahren kann das nicht offene Verfahren vor allem dann als vorzugswürdig angesehen werden, wenn die Durchführung eines offenen Verfahrens im Hinblick auf die Eigenart oder den Wert der Leistung wirtschaftlich nicht vertretbar erscheint („Flaschenhalsfunktion“). Entsprechende Untergrenzen für die Anzahl der zum „Angebotswettbewerb“ einzuladenden Unternehmer können die Durchführung eines wirksamen Wettbewerbs auch auf dieser zweiten Stufe sichern. Die Publizität des Aufrufs zum Teilnahmewettbewerb und gesetzliche Anforderungen an die inhaltliche Gestaltung der Bekanntmachungsunterlagen im Hinblick auf den zur Vergabe gelangenden Gegenstand können für eine hinreichende Transparenz des Verfahrens sorgen. Die Trennung von Eignungs- und Auswahlkriterien und deren transparente Festlegung im Vorhinein vermögen Gleichheit und Fairness des Auswahlverfahrens zur zweiten Stufe zu sichern.

10. Insgesamt können entsprechende „Begleitregelungen“ nach Maßgabe der Grundsätze und Zielsetzungen des Vergabeverfahrens funktionale Äquivalenz von offenem und nicht offenem Verfahren herstellen; gleichzeitig erhöht die Wahlmöglichkeit zwischen offenem und nicht offenem Vergabeverfahren die Gegenstandsadäquanz der Beschaffungsvorgänge. Dies spricht dafür, die Notwendigkeit einer Rangordnung zwischen den beiden Vergabeverfahrensarten zu überdenken.

**RA Dr. Hans-Joachim Prieß**

Hans-Joachim Prieß ist Partner der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP und führt die Gruppe „Vergaberecht“ der Sozietät. Er berät und vertritt europaweit Auftraggeber und Bieter und ist auch mit der Beratung von Regierungen bei Gesetzgebungsverfahren im Bereich des Vergaberechts befasst. Hans-Joachim Prieß hat eine Vielzahl vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren und EuGH-Verfahren geführt. Er hält regelmäßig Vorträge zu vergaberechtlichen Fragestellungen und ist u.a. Autor zahlreicher Fachpublikationen.

**Pro und Contra der Wirksamkeit von de-facto-Vergaben**

**1. Ist § 101b Abs. 2 S. 2 GWB gemeinschaftsrechtswidrig?**

These

§ 101b Abs. 2 S. 2 GWB n.F. verkürzt die Frist, innerhalb der die Unwirksamkeit eines unter Verstoß gegen das Vergaberecht geschlossenen Vertrages geltend gemacht werden kann, auf 30 Kalendertage. Es ist nicht Voraussetzung für die Fristverkürzung, dass der öffentliche Auftraggeber die Gründe für die Vergabe ohne Bekanntgabe bekannt gemacht hat. Im Gegensatz zu § 101b Abs. 2 GWB sind nach Art. 2d Abs. 4 i. V. m. Art. 2 f Abs. 1 a) der neuen Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG, die die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG ändert, die Gründe für die Vergabe ohne Bekanntmachung anzugeben. § 101b Abs. 2 S. 2 GWB weicht insofern von den strengeren Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie ab.

Gegenthese

Nach dem Formular „Freiwillige Ex-Ante Transparenzbekanntmachung“ (insbesondere Abschnitt IV Nr. 1.1) in Verbindung mit Anhang D) des Anhangs XIV der VO 1564/2005 geändert durch VO 1140/2009, die am 01.12.2009 in Kraft tritt, sind die Gründe anzugeben. Da § 101b Abs. 2 S. 2 GWB n.F. indirekt auf dieses Formular verweist („Hat der Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, ..“), sind auch nach seiner Maßgabe die Gründe anzugeben.

**2. Schwebende Unwirksamkeit vs. schwebende Wirksamkeit**

Eine de-facto-Vergabe gehört zu den schwerwiegendsten Verstößen gegen das GWB-Vergaberecht und muss entsprechend streng sanktioniert werden. Das ist ausweislich der Regierungsbegründung auch der Wille des GWB-Gesetzgebers.

These

Aus dem Wortlaut des § 101b Abs. 1 GWB ergibt sich nicht, ob de-facto-Vergaben schwebend unwirksam oder schwebend wirksam sind. De-facto-Vergaben waren angesichts der Schwere ihres Rechtsverstößes gemäß § 13 VgV bislang nichtig, das heißt, rechtlich unwirksam. Vor diesem Hintergrund lässt sich nach Sinn und Zweck der Vorschrift gut argumentieren, dass Verträge auf der Grundlage des neuen § 101b Abs. 1 GWB bis zum Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit zumindest schwebend unwirksam sind.

Gegenthese

Gegen eine schwebende Unwirksamkeit spricht, dass Voraussetzung für eine Unwirksamkeit die explizite Feststellung ist, dass es sich um Rechtsverstöße handelt. Das bedeutet: Solange der Verstoß nicht im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht worden und festgestellt ist, ist der de-facto-geschlossene Vertrag wirksam. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich die weitergehende Sanktion der schwebenden Unwirksamkeit gewollt, so wäre die Vorschrift des § 101b GWB anders zu formulieren gewesen.

**3. Kann sich ein Bieter auf § 321 BGB (direkt oder analog) berufen, wenn er den Verstoß erkennt?**

These

Eine Berufung auf § 321 BGB ist möglich, denn der Bieter muss während des rechtlichen Schwebezustands des Vertrags geschützt werden. Eine lediglich bereicherungsrechtliche Rückabwicklung benachteiligt ihn möglicherweise unbillig.

Gegenthese

Eine direkte Anwendung der Vorschrift scheidet aus, da der Wortlaut nicht erfüllt ist. Für eine Analogie mangelt es an der Regelungslücke. Außerdem ist der Bieter nicht schutzwürdig.

**4. Ist § 138 Abs. 1 BGB auf de-facto-Vergaben auch auf der Grundlage des GWB n.F. anwendbar?**

These

§ 101b GWB n.F. soll die Rechtsfolgen einer de-facto-Vergabe abschließend regeln (lex specialis). Die Nichtigkeitssanktion sollte als nicht interessengerecht abgeschafft werden.

Gegenthese

§ 138 BGB regelt einen Sonderfall und setzt gegenüber § 101b GWB weitere Tatbestandsmerkmale voraus. Der Gesetzgeber wollte das kollusive Zusammenwirken von Auftraggeber und Bieter der Nichtigkeitssanktion entziehen.

**5. Führt die unzulässige de-facto-Änderung eines nach Vergaberecht ausgeschriebenen Vertrages zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrages?**

These

Ja, weil es sich bei der de-facto-Änderung um einen Unterfall der de-facto-Vergabe handelt.

Gegenthese

Nein, nur die Änderung ist nichtig. Das im Zivilrecht anerkannte Institut der sogenannten geltungserhaltenden Reduktion findet hier sinngemäß Anwendung.

**RA Prof. Dr. Mathias Preussner, Konstanz**

**Prof. Dr. Mathias Preussner** ist seit mittlerweile mehr als 30 Jahren in Konstanz als Rechtsanwalt in Bausachen und Verwaltungsrechtssachen tätig. Er ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Bau- und Architektenrecht. Darüber hinaus lehrt RA Preussner als Honorarprofessor an der Hochschule für Technik, Wirtschaft und Gestaltung Konstanz die Fächer "Baurecht" und "Architektenrecht". Wissenschaftlich hat sich RA Preussner vor allem mit Fragen des Architektenrechts und der VOB/B auseinandergesetzt. Er ist ständiger Mitarbeiter der Zeitschriften "baurecht" und IBR. Für Beck-online gibt RA Preussner zusammen mit Herrn VRIOLG Jansen den Online-Kommentar zur VOB/B heraus. Kurzfristig wird ein Online-Kommentar zur neuen HOAI folgen. Seit vielen Jahren hält RA Preussner Seminare und Vorträge zu baurechtlichen Themen für verschiedene Veranstalter (u.a. Anwaltakademie, Anwaltsinstitut, IBR) und Institutionen (u.a. DaimlerChrysler, DIL, Architektenkammern BaWü und NRW, Handwerkskammer, Industrie- und Handelskammern).

**These 1:**

- a) **Der Architektenvertrag folgt grundsätzlich den Regeln des Werkvertrags.**
- b) **Die werkvertraglichen Vorschriften werden für den Architektenvertrag ergänzt, um den Besonderheiten dieses Vertrages gerecht zu werden.**

**Begründung:**

**1. Aktueller Rechtszustand**

Wenn der Architekt sich durch einen Vertrag verpflichtet, für seinen Auftraggeber Architektenleistungen zu erbringen, so hat er für die vertragsgerechte Erfüllung der übernommenen Pflichten zu sorgen und erhält das vereinbarte Entgelt. Dabei stellt der Vertragstyp, dem der einzelne Architektenvertrag zuzuordnen ist, die Weiche ebenso für das anzuwendende gesetzliche Vergütungs- und Haftungssystem wie für Abwicklungsregelungen betreffend die Mitwirkungspflichten des Bestellers, die Forderungssicherung und die Kündigung.

Das BGB stellt in seinem Abschnitt 8 „Einzelne Schuldverhältnisse“ unterschiedliche Regelungen für eine Reihe von typischen Austauschverträgen zur Verfügung. Der Leistungsaustausch erfolgt grundsätzlich nach dem System „Geld gegen Leistung“. Welcher der vom Gesetz angebotenen Vertragstypen auf den einzelnen Vertrag anzuwenden ist, bestimmt sich dabei nach der Natur der „Leistung“, die der Vertragspartner erbringen muss, um im Gegenzug sein Entgelt zu erhalten.

**1.1.**

Das Gesetz bietet für die Einordnung der Leistungen eines Architekten grundsätzlich zwei mögliche Vertragstypen an: den Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB, und den Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB. Die Zuordnung des einschlägigen Vertragstyps erfolgt durch einen Abgleich der jeweils geschuldeten Architektenleistung mit den prägenden Merkmalen des jeweiligen gesetzlichen Vertragstyps. Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer einen bestimmten **Erfolg**, der sich auch aus einzelnen Teilerfolgen zusammensetzen kann.<sup>1</sup> Kennzeichnend für den Dienstvertrag ist die Leistung der versprochenen **Dienste**. Dementsprechend ist die Vergütung beim Werkvertrag vom Ergebnis der Leistung abhängig, während beim Dienstvertrag bereits der Leistungseinsatz, insbesondere die aufgewendete Zeit entlohnt wird.

**1.2.**

Die Zuordnung der vom Architekten geschuldeten „Leistung“ zu einem der im BGB geregelten Vertragstypen sieht sich dem Problem gegenüber, dass der Architekt nicht eine in sich abgrenzbare, eindeutig zu definierende „Leistung“ zu bewirken hat, sondern dass sich seine „Leistung“ aus einer Viel-

<sup>1</sup> Grundlegend BGH, Urt. v. 24.06.2004 – VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640.

zahl von einzelnen Tätigkeits-„Bausteinen“ zusammensetzt. Diese „Bausteine“ weisen jeweils ganz unterschiedliche Eigenarten auf. Sie sind nicht immer nur erfolgsbezogen, sondern tragen häufig auch die Elemente der Geschäftsbesorgung oder der Dienstleistung in sich.

Seinen Grund hat dies in der besonderen Rollenvielfalt, die auszufüllen vom Architekten erwartet wird. Er ist nicht nur Planer und Bauleiter, sondern auch Sachwalter des Auftraggebers. Er schuldet zwar einerseits greifbare Leistungen in Form von Plänen, Ausschreibungstexten und Bautagebüchern, zum anderen aber auch „Dienstleistungen“ wie die Mitwirkung bei der Vergabe, die Überwachung der Bauausführung und ganz allgemein die Beratung des Bauherrn in allen Fragen, die für das Gelingen des Bauwerks von Bedeutung sind. In seiner Funktion als „Sachwalter“ des Bauherrn treffen den Architekten umfangreiche Pflichten zur Aufklärung, Information, Beratung und Betreuung.

Eine weitere Besonderheit weist der Architektenvertrag im Hinblick auf die Bestimmung des vertraglich geschuldeten Erfolges auf. Bauherr und Architekt wissen bei Vertragsabschluss allenfalls in groben Zügen, wie das zu erstellende Bauwerk tatsächlich aussehen soll. Die Vorgaben für die Beschreibung des „versprochenen Werks“ im Sinn des § 631 Absatz 1 BGB sind häufig diffus. Aufgabe des Architekten soll es gerade sein, nach und nach die Kriterien des letztendlich angestrebten Erfolges zu entwickeln und zu konkretisieren. Das Ergebnis dieses Prozesses steht bei Vertragsbeginn keineswegs fest.

### 1.3.

Das Dilemma bei der Beantwortung der Frage, „welcher Vertragstyp gilt für den Architektenvertrag?“, lässt sich anhand der Rechtsprechung unschwer nachvollziehen.

Das **Reichsgericht** ordnete zumindest den Vollauftrag an einen Architekten dem Dienstvertragsrecht zu. Der Architekt schulde Dienste „höherer Art“ die auf Grund eines besonderen Vertrauens nicht nur in die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, sondern auch zu der Person des Architekten übertragen werden.<sup>2</sup>

Dieser über Jahrzehnte geltenden Rechtsprechung beendete der **Bundesgerichtshof** im Jahr 1959 und stellte klar, dass auf den Architektenvertrag in aller Regel Werkvertragsrecht anzuwenden sei.<sup>3</sup> In den Urteilen vom 14.06.1973<sup>4</sup> und vom 07.03.1974<sup>5</sup> bestätigte der BGH seine Auffassung: „Ein mit der Bauleitung beauftragter Architekt, der über die ihm zur Verfügung gestellten Zeichnungen hinaus für die Ausführung des Werkes erforderliche Angaben zu machen und Anweisungen zu erteilen hat, wirkt an der Verwirklichung und Gestaltung des Bauwerks mit. Seine Tätigkeit ist nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.“<sup>6</sup> Und bei einem Architekten, „der dafür zu sorgen hatte, dass gemäß dem von dem Architekten entworfenen Bauplan ein mehrgeschossiges Wohn- und Geschäftshaus entstehen sollte, kann nicht zweifelhaft sein<sup>7</sup>“, dass „er einen Erfolg herbeiführen soll (§ 631 Abs. 2 BGB)“<sup>8</sup>. Selbst die „gutachterliche Erfassung von Mängeln, Abweichungen von einschlägigen DIN-Vorschriften und den Regeln der Baukunst“ sei eine werkvertragliche Leistung.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> RGZ 82, 285; 86, 75; 137, 83.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 26. 11. 1959 - VII ZR 120/58, NJW 1960, 431. „Die planende wie die bauleitende Tätigkeit des Architekten dienen der Herbeiführung desselben Erfolges (§ 631 Abs. 2 BGB), der Erstellung des Bauwerks. Der auch mit der Oberleitung und Bauführung betraute Architekt schuldet zwar nicht das Bauwerk selbst als körperliche Sache. Er hat aber durch zahlreiche ihm obliegende Einzelleistungen dafür zu sorgen, daß das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht und zur Vollendung kommt.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 14.6.1973 – VII ZR 202/72, BauR 1973, 332.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 7.3.1974 – VII ZR 217/72, BauR 1974, 211.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 14.6.1973 – VII ZR 202/72, BauR 1973, 332.

<sup>7</sup> Schon diese Wortwahl („kann nicht zweifelhaft sein...“) gibt einen Hinweis darauf, dass auch der BGH Restzweifel hatte, die er durch eine „starke“ Formulierung zu vertreiben suchte.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 7.3.1974 - VII ZR 217/72, BauR 1974, 211 (212/213).

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BauR 2002, 315.

#### 1.4.

Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung hat der **Gesetzgeber** mit Einführung des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB inzidenter festgelegt, welchem Vertragstyp der Architektenvertrag regelmäßig zuzuordnen ist. Danach gelten bei „Planungs- oder Überwachungsleistungen für Bauwerke“ die Verjährungsvorschriften des Werkvertrages. Diese Regelung zielt ganz bewusst auf die Leistungen von Architekten und Fachingenieuren: Wille des Gesetzgebers war es ausdrücklich, Architektenleistungen dem Werkvertragsrecht zu unterwerfen.<sup>10</sup>

#### 2. Änderungsbedarf

Die Gleichung „**Architektenvertrag = Werkvertrag**“ ist weder zwangsläufig, noch zweifelsfrei. Entscheidend für die Zuordnung zum Werkvertragsrecht ist letztlich, ob die Anwendung der Regeln des Werkvertrages zu „billigenswerten Ergebnissen“<sup>11</sup> führt. Tatsächlich ist es der Rechtsprechung jedoch bis heute nicht durchgängig gelungen, das Spannungsverhältnis zwischen Werkvertragsrecht und Architektenvertrag aufzulösen. Zentrale Konfliktpunkte entziehen sich einer durch die Gerichte betriebenen Klärung. Hier muss der Gesetzgeber seinerseits aktiv werden und die „Spielregeln“ vorgeben. Andererseits lässt sich nicht leugnen, dass die Anwendung der werkvertraglichen Regelungen auf den Architektenvertrag mehrheitlich zu Ergebnissen führt, die sich als praxistauglich bestätigt haben und von den Betroffenen als sachgerecht empfunden werden. Genannt seien: die Vorschriften über die Gefahrtragung, das Gewährleistungsrecht, die Vertragsauflösung durch Kündigung und – mit Abstrichen – die Forderungssicherung.

Wollte man stattdessen den Architektenvertrag als „**gemischten Vertrag**“ qualifizieren, würde dies eine nicht mehr zu beherrschende Anwendung unterschiedlicher Regelungen aus verschiedenen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts nach sich ziehen und bei der Rechtsanwendung erhebliche Unsicherheiten auslösen.<sup>12</sup>

#### 3. Lösungsvorschlag:

Auf den Architektenvertrag werden im Ausgangspunkt weiterhin die gesetzlichen Vorschriften des Werkvertrages angewendet. Den besonderen Eigenheiten des Architektenrechts wird jedoch durch entsprechende speziell für den Architektenvertrag geltende gesetzliche Vorschriften Rechnung getragen.

Die für sinnvoll erachteten Ergänzungen des Werkvertragsrechts durch spezifische Regelungen für den Architektenvertrag sind Gegenstand der nachfolgenden Thesen.

<sup>10</sup> BT Drucksache 14/6857, Nr. 126, S. 36, Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, hier zu § 634 a Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB.

<sup>11</sup> Peters in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Auflage, Vorbem. zu §§ 631 ff BGB, Rdn. 122.

<sup>12</sup> Die Einordnung gemischter Verträge ist in der Rechtsprechung und der Literatur nach wie vor streitig. Nach einer Meinung in der Literatur soll allein das Recht der Hauptleistung gelten. Auch der BGH hat für einzelne Fallgestaltungen schon entschieden, dass im Kollisionsfall das Recht des Vertragstyps gelten soll, der den rechtlichen/wirtschaftlichen Schwerpunkt darstellt, vgl. zusammenfassend Palandt/Heinrichs vor § 311 Rn. 24 ff. Beispielhaft die Entscheidung des BGH, Urt. v. 26.01.1995 - VII ZR 49/94, BauR 1995,572 zur Einordnung des Projektsteuerungsvertrages.

**These 2:**

- a) Der Architekt schuldet nicht die Herstellung eines Werkes im Sinn des § 631 BGB, sondern ein Bündel von Teilleistungen, die er in einzelnen Arbeitsschritten erbringt.
- b) Die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlichen Leistungen werden gesetzlich in Leistungsbildern erfasst.
- c) Sofern die Parteien des Architektenvertrages dort nichts anderes vereinbart haben, hat der Architekt im Regelfall die in den gesetzlich normierten Leistungsbildern aufgeführten Arbeitsschritte zu erbringen.

**Begründung:**

**1. Aktueller Rechtszustand**

Während es in Bauverträgen üblich ist, das geschuldete Werk im Einzelnen zu beschreiben und die hierzu notwendigen Teile in einem Leistungsverzeichnis detailliert aufzuführen, gestaltet sich das Aufstellen einer Leistungsbeschreibung für den Architektenvertrag aus mehrererlei Gründen als schwierig. Bei Abschluss des Vertrages vermag der Bauherr häufig nur sehr diffus auszudrücken, welche Anforderungen er stellen will. Der Architekt soll üblicherweise zunächst einmal abklären, welche Optionen für die Bebauung eines Grundstückes überhaupt verwirklicht werden können. Innerhalb des durch die bauordnungs- und bauplanungsrechtlichen Vorgaben definierten Rahmens soll der Architekt sodann mehrere Varianten entwickeln.

Es verwundert daher nicht, dass Architektenverträge die vom Architekten geschuldeten Leistungen nur äußerst selten konkret und vollständig beschreiben. In mündlichen Verträgen fehlen Leistungsverzeichnisse gänzlich. Schriftliche Verträge nehmen, wenn überhaupt, regelmäßig nur Bezug auf § 15 HOAI a.F. bzw. Anlage 11 HOAI n.F. und die dort aufgelisteten (Grund-) Leistungen. Dieser Verweis führt jedoch nicht weiter. Der Inhalt und Umfang der Verpflichtung des Architekten ergeben sich nicht ohne weiteres aus der Bezugnahme im Vertrag auf die in § 15 Abs. 2 HOAI a.F. bzw. der Anlage 11 HOAI n.F. beschriebenen Leistungsbilder.<sup>13</sup> Umfang und Inhalt der geschuldeten Leistung des Architekten sind vielmehr durch Auslegung zu ermitteln.<sup>14</sup>

**2. Änderungsbedarf**

Die Rechtsprechung hat bisher nicht die Frage beantwortet, welche Kriterien anzuwenden sind, um die vom Architekten geschuldete Leistung zu bestimmen, wenn die Parteien bei Abschluss des Architektenvertrages weder die geschuldete Architektenleistung konkret beschrieben, noch Bezug auf § 15 HOAI a.F. bzw. Anlage 11 HOAI n.F. genommen haben. Dass der Architektenvertrag diesbezüglich auszulegen sei<sup>15</sup>, hilft nicht weiter, denn es fehlen in aller Regel konkrete Anhaltspunkte, aus denen sich der Willen der Parteien ermitteln ließe.

**2.2.1.**

Diese Regelungslücke sollte geschlossen werden, um die großen Unsicherheiten, die mit der Bestimmung des „Vertragssolls“ verbunden sind, nicht allein dem weiten Feld der Auslegung zu überlassen.

<sup>13</sup> BGH, Urteil v. 19.12.1996 – VII ZR 233/95, BauR 1997, 488.

<sup>14</sup> BGH, Urteil v. 24.06.2004 – VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640.

<sup>15</sup> BGH, Urteil v. 24.06.2004 – VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640.



Es liegt nahe, das Vakuum mit dem Normgehalt des § 15 HOAI a.F. bzw. der Anlage 11 HOAI n.F. zu füllen. Dem direkten Weg zu § 15 HOAI a.F. bzw. Anlage 11 HOAI n.F. steht jedoch die vom Bundesgerichtshof immer wieder – zu Recht – betonte Tatsache entgegen, dass „der Inhalt und Umfang der Verpflichtung des Architekten sich nicht ohne weiteres aus der Bezugnahme im Vertrag auf die in § 15 Abs. 2 HOAI beschriebenen Leistungsbilder ergeben“<sup>16</sup> Die HOAI ist nun einmal eine Preisregelung und beschreibt keine Vertragspflichten des Architekten.

### **2.2.2.**

Der synallagmatische Zusammenhang verlangt, dass sich Vertragsrecht und Preisrecht nicht widersprechen dürfen. So richtig es ist, dass die in der HOAI aufgeführten Leistungsbilder nicht „ohne weiteres“ zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung herangezogen werden können<sup>17</sup>, so zutreffend ist es, dass die (jetzt) in der Anlage 11 HOAI gelisteten „Leistungen“ den Inhalt einer vertraglichen Verpflichtung des Architekten darstellen können. Diesen Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10.2.1994 ausdrücklich bestätigt.<sup>18</sup>

### **2.2.3.**

Tatsächlich enthält die Auflistung von „Leistungen“ in der Anlage 11 HOAI „alle wesentlichen planerischen Grundleistungen der Auftragnehmer für die Objektplanung nach dem gegenwärtigen Stand der Technik“.<sup>19</sup> Und nach § 3 Abs. 2 Satz 1 HOAI erfassen die Leistungsbilder der Anlage 11 HOAI „die Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrages im Allgemeinen erforderlich sind.“

Damit bestätigt sich der Befund<sup>20</sup>, dass die in der Anlage 11 HOAI aufgeführten „Leistungen“ ein Abbild dessen sind, was ein Architekt „üblicherweise“ zu tun hat, wenn er einen Architektenvertrag abschließt, der die Leistungspflichten nicht konkret beschreibt. Denn: diese Leistungen sind zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrages im Allgemeinen erforderlich. Es ist daher statthaft anzunehmen, dass der Besteller derartiger nicht näher präziserter Architektenleistungen regelmäßig die Erbringung der in der Anlage 11 HOAI aufgeführten „Leistungen“ verlangen kann, weil sie i.S. des § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB „üblich“ sind und der Besteller sie „erwartet“.

### **2.2.4.**

Führt die Auslegung des Architektenvertrages jedoch zu dem Ergebnis, dass diese für den Regelfall geschuldeten „Leistungen“ im speziellen Fall nicht geboten sind, weil die Parteien bestimmte „Leistungen“ nicht für erforderlich gehalten und deshalb nicht vereinbart haben, so geht selbstverständlich diese vertragliche Bestimmung der vereinbarten Beschaffenheit den gesetzlich bestimmten „Regelleistungen“ vor und korrigiert sie.

Dabei ist allerdings die in § 8 HOAI geregelte preisrechtliche Konsequenz einer solchen Einschränkung der Leistungsverpflichtung des Architekten zu beachten: der Architekt darf nur ein Honorar berech-

<sup>16</sup> BGH, Urteil v. 19.12.1996 – VII ZR 233/95, BauR 1997, 488.

<sup>17</sup> BGH, Urteil v. 19.12.1996 – VII ZR 233/95 –, BauR 1997, 488.

<sup>18</sup> BGH, Urteil v. 10.2.1994 – VII ZR 20/93 –, BauR 1994, 392: „Zur abnahmefähigen Herstellung des Architektenwerks gehört die Vollendung aller vertraglich geschuldeten Leistungen. Hat der Architekt auch die Leistungen, die in der Leistungsphase 9 des § 15 HOAI beschrieben sind, vertraglich übernommen, so ist das Architektenwerk insgesamt erst vollendet, wenn auch diese Leistungen erbracht sind“.

<sup>19</sup> Vgl. die Amtliche Begründung zu § 15 Absatz 2 HOAI in BR-Drucks. 270/76.

<sup>20</sup> Vgl. im Einzelnen: Preussner, „Die Leistungspflichten des Architekten, wenn eine konkrete Leistungsbeschreibung fehlt“, BauR 2006, 898 ff.

nen, das – unter Berücksichtigung eines zusätzlichen Koordinierungs- und Einarbeitungsaufwandes – dem Anteil der übertragenen Leistungen an der gesamten Leistungsphase entspricht.<sup>21</sup>

Die empfohlene Lösung schafft (endlich) Deckungsgleichheit zwischen den Vorgaben des aus der HOAI folgenden Honorarrechts und den Regelungen eines die Leistungspflichten konkretisierenden Architektenvertragsrechts.

### **2.2.5.**

Gleichlautende Überlegungen gelten auch für die übrigen in der HOAI geregelten Leistungen bei der Flächenplanung, bei Ingenieurbauwerken, Verkehrsanlagen, der Tragwerksplanung oder der Technische Ausrüstung.

### **3. Lösungsvorschlag:**

§ 631 BGB wird um folgende Regelung ergänzt:

„Durch den Architektenvertrag wird der Architekt verpflichtet, die in Anlage 11 zur HOAI dargestellten Arbeitsschritte zu erbringen, sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Der Besteller hat das vereinbarte Honorar zu entrichten. Dies gilt entsprechend für Verträge, deren Gegenstand die Leistungen für Flächenplanung, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen, Tragwerksplanung oder Technische Ausrüstung sind.“

---

<sup>21</sup> Für die Bewertung nicht erbrachter Architektenleistungen eignen sich die Steinfurt-Tabelle oder andere Bewertungstabellen als Orientierungshilfe, vgl. BGH, Urteil v. 16.12.2004 – VII ZR 174/03 –, BauR 2005, 588.

### **RA und Mediator Friedrich-Karl Scholtissek, Hamburg**

RA Friedrich-Karl Scholtissek ist Gründungspartner der Sozietät SK-Rechtsanwälte in Hamburg, Vertrauensanwalt des BDA, Mediator und Mitglied des wissenschaftlichen Beirats des Instituts für Wirtschaftspublizistik Verlag Steuern Recht Wirtschaft sowie Ausschussmitglied des Fachausschusses für Bau- und Architektenrecht der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg. RA Scholtissek ist seit fast 20 Jahren ausschließlich im Bau- und Architektenrecht tätig und berät große und mittelständische Architekturbüros im In- und Ausland, Bauunternehmen sowie institutionelle und private Bauherren. RA Scholtissek ist ein vielgebuchter Referent bundesweit baurechtlich ausgerichteter Veranstaltungen sowie Autor zahlreicher Fachaufsätze, so unter anderem in der FAZ, FTD, Immobilien Zeitung, NJW, NZBau, BauR etc. und Buchautor in diesem Rechtsgebiet. Aktuell ist im Dezember 2009 von RA Scholtissek der Kommentar zur HOAI 2009 im C.H. Beck Verlag erschienen.

### **These 3**

Im Architektenwerkvertragsrecht ist ein Anordnungsrecht des Auftraggebers vorzusehen. Dieses Auftraggeber-Anordnungsrecht ist auszurichten an den Regelungen des § 1 Nr. 3, 4 VOB/B, begrenzt durch eine auftragnehmerseitige Zumutbarkeitsregelung und das Urheberrecht des Auftragnehmers.

### **Begründung:**

Das Werkvertragsrecht des BGB kennt, anders als die VOB/B in § 1 Nr. 3 und 4, kein ausdrückliches Anordnungsrecht des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer<sup>1</sup>. Gerade im dynamischen Planungs-, Ausschreibungs- und Bauüberwachungsprozess, in den der Auftraggeber häufig erst sensibilisierend eingebunden werden muss und in dem sich seine Vorstellungen vom Objekt erst bilden, konkretisieren und ihre Ausformungen erfahren, wird daher auch eine vertragliche Anpassungsdynamik zwingend. Denn zu Beginn des Vertragsschlusses sind Planer und Auftraggeber – bis auf grobgliedrige Determinanten – bezogen auf das konkret und final Geschuldete nicht in der Lage, dieses abschließend zu definieren und damit die ebenso erforderliche abschließende Leistungsinhaltsbestimmung vorzunehmen. Dies verbietet sich auch bereits deshalb, weil gerade der Architektenvertrag in den Planungsphasen eine intensive Kreativitätskomponente beinhaltet, die es dem Auftraggeber – gewollt – erst im fortschreitenden Prozess der Planung und beim „Spielen“ mit Perspektivenwechseln ermöglicht, die Bandbreite der Objektgestaltung mit all den sich daraus ergebenden Randparametern (und deren Abhängigkeiten) zu erkennen. Dieser Prozess macht ein auftraggeberseitiges Anordnungsrecht mithin zwingend erforderlich. Ohne dasselbe läuft § 631 Abs. 1 BGB, also das Herstellen „des versprochenen Werkes“ leer. Denn erst der Kommunikations-, Aufklärungs-, Beratungs-, Erkundigungs- und Kreativprozess lässt nach Auftragserteilung das „Gewollte“ stufenweise entstehen. Die HOAI 2009 sieht im Übrigen bereits für den Auftragnehmer eine korrespondierende Honorarregelung in § 3 Abs. 2, S. 2 HOAI vor<sup>2</sup>, wenn auftraggeberseitig Anordnungen erteilt werden.

Seine Begrenzung muss das auftraggeberseitige Anordnungsrecht finden in einer den Auftragnehmer schützenden Zumutbarkeitsregelung. Als Grenzziehungsregelungskriterien sind hier maßgeblich die zu Beginn des Vertragsschlusses festgelegten Rahmendaten für das Objekt<sup>3</sup>. Ebenso das dem Auftraggeber bekannte Leistungs- und Gestaltungsfeld, in dem sich der Auftragnehmer bewegt. Letztendlich findet eine Grenzziehung gerade im bereits fortgeschrittenen Planungs- und Ausführungsstadium statt; dies insbesondere wenn ob der vom Auftraggeber zugestimmten Erörterungsergebnisse nach jeder Leistungsphase (§ 3 Abs. 8 HOAI), die Planung und Ausführung fortgesetzt wurde. Selbiges

<sup>1</sup> Auch wenn der BGH i.d. Entscheidung vom 25.1.1996 – VII ZR 233/94 –, BauR 1996, 378 = NJW 1996, 1346 bei § 1 Nr. 4 VOB/B davon ausgeht, dass es sich um einen Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben handelt und daher auch eine entsprechende Anwendung im BGB-Werkvertragsrecht findet.

<sup>2</sup> § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI bestimmt: „Andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten.“, vgl. hierzu auch Scholtissek, NJW 2009, 3057.

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 11.12.2008 – VII ZR 235/06 –, IBR 2009, 146.

gilt anhand der urheberrechtsrelevanten Fragestellungen<sup>4</sup>, die eine Grenzziehung auftraggeberseitig aufweisen.

#### These 4

Die Mängelhaftungsfrist für die Architektenleistungen beginnt spätestens zu laufen, wenn der Auftragnehmer mit den Leistungsphasen der Grundlagenermittlung bis zur Objektdokumentation beauftragt ist, mit der Übergabe des Objektes (gegenständlich) an den Auftraggeber/dessen Nutzer. Für die danach zu erbringenden Leistungen, insbesondere der Objektdokumentation, erfolgt eine gesonderte Abnahme und ein zeitversetzter Beginn der Mängelhaftungsfrist für diese Leistungen. Auf die Ergebnisse gem. § 3 Abs. 8 HOAI kann abgestellt werden.

#### Begründung:

Die Abnahme des Architektenwerks stellt die Praxis vor kaum überwindbare Probleme<sup>5</sup>. Die damit einhergehenden Schwierigkeiten, wie z.B. bei nicht vertraglich geregelter Teilabnahme und dem häufig erst nach vollständiger Erbringung der Objektdokumentation beginnenden Lauf der Mängelhaftungsfrist für die Architekten-/Ingenieurleistungen, führen zu einer faktischen Pflichtfristverlängerung des Planers, die häufig um Jahre weiter ausgedehnt ist, als bei den anderen am Bau Beteiligten. Ganz zu schweigen von den Konsequenzen mit Blick auf die Planerhaftpflichtversicherungen<sup>6</sup>.

Daher ist ein faktisch weitgehend rechtlicher Gleichklang zwischen den Planer- und Gewerkeleistungen bezogen auf die Abnahme und den Beginn der Mängelhaftungsfristen herzustellen. Überzeugend ist der zeitliche Anknüpfungspunkt der Übergabe des Objekts an den Auftraggeber/dessen Nutzer, da hiermit eine der den Architektenvertrag prägenden Leistungserbringung erfüllt, also vollendet, ist. Das „*versprochene Werk*“, wird auftraggeberseitig genutzt und bereits jetzt seiner finalen Bestimmung zugeführt. Dies steht im Kontext mit der Ergebniserörterung gem. § 3 Abs. 8 HOAI und lässt gleichermaßen dem Auftraggeber ausreichend Raum und Möglichkeiten noch auf die Leistungserbringung des Auftragnehmers einzuwirken oder aber die Leistung als abnahmefähig zu deklarieren. Auftragnehmerseitig hat dieser ebenso über § 3 Abs. 8 HOAI die Möglichkeit, die Erörterung als abnahmedeklarierendes Mittel zu nutzen und zu dokumentieren, um die Voraussetzungen zur Darlegung einer Abnahme seines Werkes zu schaffen. Die sodann noch beauftragten und verbleibenden Leistungs-inhalte werden nicht nur später erbracht, sondern entsprechend auch später abgenommen. Die unterschiedlich laufenden Mängelhaftungs-fristen für jeweils auch differenziert zu betrachtende Leistungsinhalte sind praxisgerecht und ausgewogen.

#### These 5

Der „Zweckgemeinschafts-Begriff“, der nach der Rechtsprechung die Architekten mit den ausführenden Unternehmern in eine starre Zweckgemeinschaft zum Zweck der gesamtschuldnerischen Haftung drängt, besteht nicht. Er ist aufzulösen. Die Haftung eines jeden am Bau Beteiligten ist einzel-fallbezogen zu prüfen.

---

<sup>4</sup> Vgl. LG Berlin, Urt. v. 28.11.2006 – 16 O 240/05 –, NZBau 2007, 324.

<sup>5</sup> Trotz der rechtlichen Tatsache, dass die Architektenleistungen als abnahmefähig angesehen werden, BGH, Urt. v. 9.7.1962 – VII ZR 98/61 –, BGHZ 37, 341; BGH, Urt. v. 18.9.1967 – VII ZR 88/65 –, BGHZ 48, 257.

<sup>6</sup> Hohe Beiträge für die Versicherten, keine Regressmöglichkeiten des Versicherers bei anderen am Bau Beteiligten wegen bereits eingetretener Insolvenz (langer Zeitablauf) etc.

**Begründung:**

Soweit ersichtlich, geht seit 1968 der BGH<sup>7</sup> von einer Zweckgemeinschaft bezogen auf Architekten- und Unternehmerleistungen aus; diese seien auf ein gemeinsames Ziel hin ausgerichtet. Die Folge ist, dass Architekten insbesondere für Ausführungsfehler der Unternehmer wegen nicht ausreichender Bauüberwachung in Anspruch genommen werden. Die so angenommene Zweckgemeinschaft besteht jedoch nicht. Denn bereits die jeweiligen Leistungsinhalte des Architektenvertrages und des Gewerkevertrages sind derart geprägt, dass nicht von einer Zweckgemeinschaft zwischen Unternehmer und Architekt auszugehen ist. Im Übrigen ist es erforderlich, dass es wieder zum Leitgedanken wird, dass die Mängelansprüche gegen Architekten und Unternehmer nebeneinander bestehen und zwar aus ihren jeweils auch unterschiedlich begründeten Leistungsinhalts-Pflichten. Damit gilt sodann gleichermaßen, dass die Nacherfüllungspflicht des Werkunternehmers der Sekundärhaftung Vorrang einzuräumen ist. Dies hat auch mit der Maßgabe zu gelten, dass dies auch im Verhältnis der Baubeteiligten untereinander gilt. Denn nur so wird zukünftig vermieden, den Planer zum Auffangbecken für auftraggeberseitige Haftungsansprüche zu determinieren.

---

<sup>7</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1968 – VII ZR 23/66 –, NJW 1969, 653.

**Prof. Dr. Florian Jacoby**

**Prof. Dr. Florian Jacoby** ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht an der Universität Bielefeld und dort Direktor der Forschungsstelle für Immobilienrecht. Seine besonderen Tätigkeitsschwerpunkte sind das Insolvenzrecht sowie das Immobilienrecht einschließlich des Wohnungseigentumsrechts und des Baurechts. So führt er seit 2008 gemeinsam mit Prof. Dr. Frank Peters dessen Kommentierung im Staudinger zum Werkvertrag fort.

**I. Reformbedarf**

1. Der Bauträgervertrag ist in § 632a Abs. 2 BGB unter Verweis auf § 1 Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (BGBl 2008 I, S. 981) mit dortigem Weiterverweis auf die MaBV nur fragmentarisch geregelt. Die Regelung beschränkt sich gegenständlich auf Abschlagszahlungen und von ihrer Funktion her darauf, einen Kontrollmaßstab festzulegen.
2. Diese Regelung ist verfehlt, weil insbesondere die sog. Vormerkungslösung mit der Verpflichtung zu Abschlagszahlungen nach § 3 Abs. 2 MaBV einer Inhaltskontrolle nicht standhalten darf. Denn die Vormerkung sichert den Erwerber nicht hinreichend. Die Sicherungswirkung des § 106 InsO beschränkt sich auf die durch die Vormerkung gesicherte Eigentumsverschaffung, erstreckt sich jedoch nicht auf die Herstellungspflicht des Bauträgers. Im Falle des Rücktritts steht der Erwerber rechtlos.
3. § 632a BGB passt schon im Grundsatz nicht auf den Bauträgervertrag, weil der Erwerber allein durch Übereignung des Grundstücks befriedigt wird, nicht aber sukzessive über Einbauten im Wege von §§ 946, 94 BGB.

**II. Kauf- statt Werkvertrag**

4. Der Bauträgervertrag ist in seinem Ganzen als Kaufvertrag zu qualifizieren. Das Ergebnis entspricht der Laiensicht, aber auch der Bezeichnung in vielen Notarverträgen. Differenzierungen danach, wie weit der Bau bei Vertragsabschluss ist, werden überflüssig.
5. Kauf- und Werkvertrag wurden durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts deutlich angenähert. Es stimmen nunmehr insbesondere überein:
  - a) Verjährung der Vergütungsforderung nach § 196 BGB,
  - b) Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439; §§ 634 Nr. 1, 635 BGB),
  - c) Verjährung der Mängelrechte (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. a; § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB).
6. An manchen Stellen passt das Werkvertragsrecht (= Baurecht) nicht auf den Bauträgervertrag. Das gilt für:
  - a) das freie Kündigungsrecht nach § 649 S. 1 BGB,
  - b) Abschlagszahlungen nach § 632a BGB,
  - c) die Sicherungshypothek des Bauunternehmers und die Bauhandwerkersicherung nach §§ 648, 648a BGB,
  - d) in weiten Teilen für die VOB/B, etwa § 1 Nr. 3, § 4 Nr. 1 Abs. 3, § 4 Nr. 8 Abs. 1, § 8, § 16 Nr. 4, § 16 Nr. 6.
7. Die kaufrechtlichen Regelungen führen beim Bauträgervertrag auch im Vergleich zum Werkvertragsrecht zu angemessenen Ergebnissen:
  - a) Der Mitwirkungspflicht des Bestellers aus § 642 BGB bedarf es nicht; es genügt die Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB.
  - b) Funktionen der Abnahme nach § 640 BGB werden durch §§ 320, 363 BGB wahrgenommen.

- c) Der Mängelrechteausschluss nach § 640 Abs. 2 BGB ist verzichtbar. Angesichts der Streichung der entsprechenden Kaufrechtsbestimmung in § 464 BGB a.F. ist die Bestimmung ohnehin rechtspolitisch zweifelhaft. Schutz des Bauträgers durch § 442 BGB ist ausreichend.
- d) Da als Nacherfüllung beim Bauträgervertrag allein Nachbesserung in Betracht kommt, wirken sich die Unterschiede von § 439 Abs. 1 BGB und § 635 Abs. 1 BGB, wem das Wahlrecht über die Nacherfüllung zusteht, nicht aus.
- e) Das Selbsthilferecht aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB fehlt im Katalog des § 437 BGB. Diese Lücke lässt sich durch eine analoge Anwendung schließen. Eine Klarstellung im Gesetz ist zu begrüßen.
- f) Wer Erfüllungsgehilfe des Bauträgers ist, für den er nach § 278 BGB einzustehen hat, ist anhand der vom Bauträger vertraglich übernommenen Pflichten zu bestimmen. Da der Bauträger die Herstellungspflicht übernimmt, hat er grundsätzlich für alle Subunternehmer einzustehen.

### **III. Folgerungen**

- 8. Die Regelung von Abschlagszahlungen in § 632a Abs. 2 BGB unter Bezugnahme auf die MaBV ist zu streichen.
- 9. Eine klarstellende Regelung nach dem Modell des § 651 BGB, dass auf den Bauträgervertrag Kaufrecht anzuwenden ist, schadet nicht. Sie ermöglicht, ergänzend Regelungen des Werkvertragsrecht für anwendbar zu erklären (siehe These 7e).



**Prof. Dr. Andrea Brüggem**

Prof. Dr. Andrea Brüggem, Notarin a.D., ist Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht an der Freien Universität Berlin. Bis März 2009 war sie Geschäftsführerin der Bundesnotarkammer. Dort hatte sie seit 2002 das Referat für Schul- und Liegenschaftsrecht, Familien- und Erbrecht sowie die Deutsche Notar-Zeitschrift betreut.

Im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Bundesnotarkammer hatte sich Prof. Brüggem u.a. mit den vielfältigen Aspekten rund um das Kauf- und Bauträgerrecht befasst. Betreut hatte sie dabei u.a. die Arbeiten des Ausschusses der Bundesnotarkammer für Schul- und Liegenschaftsrecht an einer Regelung des Bauträgerrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch, die auch Gegenstand des 1. Deutschen Baugerichtstag im Mai 2006 war. Hintergrund hierfür war vor allem die Neuregelung in § 632 a BGB im Jahr 2000 und ihr Zusammenwirken mit der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Auch wenn die Bundesnotarkammer diesen Regelungsentwurf zwischenzeitlich nicht weiter verfolgt hat, war hiermit eine Diskussion angestoßen worden, die grundsätzliche Überlegungen zu einer Fortentwicklung des Bauträgerrechts nach sich zogen. Prof. Brüggem hat diese koordiniert und sie für den Ausschuss vor- und nachbereitet.

Prof. Brüggem ist u.a. Mitautorin des von Grziwotz/Koebler herausgegebenen "Handbuch Bauträgerrecht". Sie hat verschiedene Kurzbeiträge u.a. zum Bauträgerrecht veröffentlicht. Seit Herbst 2004 war sie Lehrbeauftragte an verschiedenen Universitäten mit Lehrveranstaltungen zur Vertragsgestaltung im Schuld- und Sachenrecht. Im Juni 2009 ist sie dem Ruf der Freien Universität zur Übernahme einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, insbesondere Familien- und Erbrecht gefolgt. In der Folgezeit wurde sie in die Schriftleitung der Deutschen Notar-Zeitschrift berufen.

**1. Ausgangsbefund**

Die Gestaltung von Bauträgerverträgen ist in den letzten Jahren vermehrt in Zweifel gezogen worden. Vor allem das sog. Vormerkungsmodell, also die Vereinbarung von Abschlagszahlungen, abgesichert durch Vormerkung, Freistellungserklärung und Bautenstand, wird kritisch gesehen. Besonders die Insolvenz des Bauträgers, u.U. verbunden mit einem Rücktritt des Erwerbers, lässt hier Fragen offen. Diese Schutzlücken lassen den Ruf nach einer Fortentwicklung des Rechts über den Bauträgervertrag laut werden (in diese Richtung schon Empfehlung 3 und 6 des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages).

Nicht aus den Augen verloren werden sollte bei einer solchen Fortentwicklung allerdings zum einen die Baukonjunktur, vor allem im mittelständischen Bereich. Auszugehen ist zum anderen davon, dass mit einer zusätzlichen Sicherheit Kosten einhergehen, die in den Erwerbspreis einfließen und damit letztlich den Erwerber treffen. In diesem Zusammenhang ist das von der Bundesnotarkammer in Auftrag gegebene und im August 2008 vorgelegte Gutachten des Instituts für Qualitätssicherung und Finanzmarktforschung (IFQ) bedeutsam, welches zu prognostizieren versucht, wie sich verschiedene Änderungen des Sicherheitskonzepts im Bauträgervertrag finanziell auswirken würden.

**2. Ziel**

Ziel einer Fortentwicklung des Rechts über den Bauträgervertrag sollte demnach sein, die Folgen eines steckengebliebenen Baus für den Erwerber überschaubar zu halten und die Risiken angemessen unter Berücksichtigung der Belange aller Beteiligten (Erwerber, Bauträger, Kreditbranche) zu verteilen. Vor allem sollte dem Erwerber der Rücktritt vom Vertrag als echte Option erhalten bleiben. Ein gesteigertes Interesse hieran besteht besonders bei Erwerb einer Eigentumswohnung im Geschosswohnungsbau, da eine Fertigstellung in Eigenregie das Zusammenwirken aller Erwerber, u.U. auch des Bauträgers oder dessen Insolvenzverwalters, erfordern würde. Die Vielgestaltigkeit von Bauträgervorhaben (Einfamilienhaus, Reihenhaus, Geschosswohnungsbau, Mehrhausanlage) birgt allerdings die Schwierigkeit, dass ein fortentwickeltes Sicherheitskonzept zwar für ein Vorhaben vorteilhaft sein kann, für ein anderes hingegen nicht. Auch dieser Vielgestaltigkeit muss eine Lösung gerecht zu werden versuchen.

**3. Empfehlungen**

Vor diesem Hintergrund wird eine gesetzliche Regelung empfohlen, wonach im Bauträgervertrag Abschlagszahlungen vor Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe bei Erwerb durch einen Verbraucher nur verlangt werden können, wenn ihre Rückgewähr bei Ausübung eines Rücktrittsrechts gesichert ist (Änderung von § 632a Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Satz 3 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei

Bauträgerverträgen). Fehlt es an dieser zusätzlichen Sicherheit, bleibt es bei der Grundregel des Werkvertragsrechts, also der Fälligkeit nach Abnahme (§ 641 BGB).

Mit dem Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) hat sich der Gesetzgeber zwar erst jüngst des Verbraucherschutzes im privaten Baurecht angenommen. Im Blickpunkt stand dabei indes die Absicherung von Mehraufwendungen für den Besteller, wenn er das Bauwerk selbst vollenden muss. Dies ist im klassischen Bauvertrag die Regel, weil der Bauunternehmer dort auf dem Grundbesitz des Bestellers baut und dem Besteller alternativ nur der Abriss des unfertigen Bauobjektes bliebe. Demgegenüber wird ein Rücktritt des Erwerbers, wie er gerade beim Bauträgervertrag relevant werden kann, nicht gesondert abgesichert.

**Gemeinsame Arbeitskreisleiter:**

***Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla***

**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 (DBGT e.V.) und Inhaber eines Ingenieurbüros für Projektsteuerung, baubetriebliche Beratung, Bauvertragsmanagement und Adjudikation. Zudem ist er Autor und Herausgeber zahlreicher Bücher und Veröffentlichungen zu baubetrieblichen, bauwirtschaftlichen und baujuristischen Themen (u.a. Würfele/Gralla (Hrsg.): Nachtragsmanagement, Werner Verlag). Vor seiner Hochschultätigkeit war er langjährig in leitender Position in der Bauindustrie tätig.

***Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch***

**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, 26. Aufl., Rudolf Müller-Verlag, Köln

**Referenten**

***Prof. Dr.-Ing. Fritz Berner***

**Prof. Dr.-Ing. Fritz Berner** ist Ordinarius des Instituts für Baubetriebslehre der Universität Stuttgart. Bis 2009 war er Vorstandsvorsitzender der BAM Deutschland AG, die im Jahr 2007 aus den beiden traditionsreichen Schwestergesellschaften Müller-Altvatter Bauunternehmung GmbH & Co. KG und Wayss & Freytag Schlüsselfertigbau AG gegründet wurde. Die BAM ist ein mittelständisches Bauunternehmen, das mit 850 Mitarbeitern einen Jahresumsatz von etwa 600 Millionen Euro erwirtschaftet.

***Dipl.-Ing. Martin Schlegel***

**Dipl.-Ing. Martin Schlegel** ist Generalbevollmächtigter für Immobilien und Facility Management der Fraport AG. Damit vertritt er einen der größten deutschen Bauauftraggeber mit einem jährlichen Bauvolumen von 550 Mio. Euro. Davor war er lange Jahre Leiter der Direktion Walter Bau-AG vereinigt mit DYWIDAG, Niederlassung Düsseldorf und stellvertretender Vorsitzender des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie.

**Thema des Arbeitskreises**

Empfehlen sich als Äquivalent für das Anordnungsrecht des Auftraggebers / Bestellers alternative Vergütungsanpassungsmodelle, die eine andere Systematik als die gegenwärtigen Regelungen der Preisfortschreibung nach § 2 VOB/B beinhalten?

**Einführung**

Bei der Realisierung von Bauvorhaben liegt es in der Natur der Sache, dass sich die geforderte Leistung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgrund komplexer technischer, organisatorischer und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen nur unvollkommen beschreiben lässt.

Für den Projekterfolg ist es daher erforderlich, den Bauvertrag über seine Laufzeit an veränderliche Umstände anpassen zu können. Es ist insoweit sachgerecht, dem Auftraggeber einer Bauleistung ein umfangreiches Leistungsänderungs- und Leistungserweiterungsrecht zuzubilligen. Die Bandbreite möglicher Modifikationen reicht dabei von kleineren Anpassungen bei Qualitätsstandards bis hin zu komplexen Bauentwurfsänderungen.

Im Gegenzug muss insbesondere die Vergütung des Auftragnehmers im Sinne eines fairen Leistungsaustausches angemessen angepasst werden. In Analogie ist eine Vergütungsanpassung infolge reiner Mengenabweichungen zu sehen.

Das bislang verwendete Vergütungsanpassungsmodell stellt hierbei auf eine Preisfortschreibung der Hauptvertragspreise auf der Basis der Vertragskalkulation ab. Diese Methodik birgt in der Praxis häufig Konfliktpotential zwischen den Vertragsparteien. Insbesondere die aktuelle Diskussion zum Umgang mit mischkalkulierten oder spekulativ überhöhten Preisen zeigt das Problem.

Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, normative Regelungen für eine transparente, sachgerechte und ausgewogene Preisbildung bei Leistungsänderungen bzw. Leistungserweiterungen zu formulieren.

In gleicher Diktion schlägt der **AK I** – **siehe hierzu explizit die Ausführungen und Begründungen zu seiner These 5** - eine gesetzliche Regelung vor, nach welcher die Preise für geänderte oder zusätzlich geforderte Leistungen zu ermitteln sind, soweit die Vertragsparteien keine anderweitigen Vereinbarungen treffen.

Die konkrete baubetriebliche Ausgestaltung einer derartigen Regelung ist Gegenstand der Diskussion des AK VI.

**Thesen:**

1. Leistungsänderungen, Leistungserweiterungen und/oder Mengenabweichungen kommen bei der Durchführung von Bauvorhaben regelmäßig vor und sind für den Werkerfolg häufig unvermeidlich. Sie führen nicht selten zu beträchtlichen Auswirkungen auf die Bauleistungserstellung und die damit verbundenen Kosten. Die Anpassung der Vergütung an die modifizierte Leistung zählt in dieser Folge zu den wesentlichen Regelungsbedürfnissen von Bauverträgen.
2. Allgemeingültige Detailbestimmungen für die Vergütungsberechnung erscheinen angesichts der Vielfalt marktetablierter Bauvertragstypen und Projektarten in einem gesetzlichen Bauvertragsrecht als nicht sachgerecht. Festlegungen über die Vergütungsanpassung sollten deshalb weitgehend der Privatautonomie der Parteien überlassen bleiben.
3. Für den Fall, dass die Parteien nicht zu einer einvernehmlichen Regelung der Vergütungsanpassung finden, ist der ‚übliche Preis‘ der Leistung als gesetzlicher Maßstab zu definieren.

## RA Christian Stubbe

**Christian Stubbe** ist Rechtsanwalt in Heidelberg/Wiesloch. 35 Jahre Syndikus der Siemens AG bis Juni 2009, Mitglied der DIS-Arbeitsgruppe Konfliktmanagement - Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung; Veröffentlichungen u. a.: Greger/Stubbe, Schiedsgutachten - außergerichtliche Streitbeilegung durch Drittentscheidungen, München 2007.

1. Die hinreichend bekannten, hinreichend beklagten Missstände bei Bauprozessen lassen sich prinzipiell nur dadurch beseitigen, dass vor einem Gerichtsverfahren ein Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung durchgeführt wird.
2. Schiedsgerichtsverfahren sind kein Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung und auch im Übrigen, weil tendenziell zu lang und zu teuer, nicht geeignet, den Missständen zu begegnen.
3. Die vielfältigen Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung lassen sich auf zwei Grundtypen reduzieren: Das konsensuale, einigungsorientierte Verfahren der **Mediation** einerseits, Verfahren mit Entscheidung eines neutralen, sachkundigen Dritten andererseits (**Drittentscheidungsverfahren**). Die Schlichtung hat, wenn sie als kooperatives Verfahren verstanden wird, keine eigenständige Bedeutung gegenüber der Mediation.
4. Die Drittentscheidungsverfahren unterscheiden sich wesentlich nur nach der **Bindungswirkung** der Entscheidung:
  - bindend wie beim deutschen Schiedsgutachten
  - nicht bindend wie beim (Sachverständigen-)Gutachten
  - vorläufig bindend wie beim Adjudikationsverfahren

Bindende und nicht bindende Verfahren sind als Regelinstrument für Baustreitigkeiten ungeeignet. Sachgemäß ist die Zwischenlösung einer vorläufig bindenden Entscheidung, die in einem schnellen und kostengünstigen Verfahren zu klaren Festlegungen führt.

5. Adjudikation ist nicht mehr und nicht weniger als ein Drittentscheidungsverfahren mit vorläufiger Bindungswirkung. Vorläufige Bindungswirkung bedeutet, dass die Parteien die Entscheidung zu befolgen haben, bis ggf. in einem nachfolgenden (Schieds-) Gerichtsverfahren eine abändernde Entscheidung ergeht.
6. Ausgehend von den vorstehenden Überlegungen bedeutet die Entscheidung für ein außergerichtliches Instrument, entweder Mediation oder Adjudikation zu wählen.

Die Wahl fällt zu Gunsten der Adjudikation als Regelinstrument aus, weil ein Zwang zur Mediation – vor allem, wenn man an eine gesetzliche Regelung denkt – mit dem Wesen der Mediation unvereinbar ist.

Dabei wird nicht bezweifelt, dass die Mediation für zahlreiche Baukonflikte das geeignete Streitbeilegungsinstrument ist. Deshalb sollten vor allem Vertragsklauseln den Parteien nahelegen, vor Einleitung eines Adjudikationsverfahrens ein Mediationsverfahren ernsthaft zu prüfen.

7. Für die Ausgestaltung des Adjudikationsverfahrens gibt es keine zwingenden Vorgaben. Allerdings ist ein zügiges Verfahren erforderlich, um den verbreiteten Missständen: Zahlungseinbehalte auf Auftraggeberseite einerseits, Arbeitseinstellungen auf Auftragnehmerseite andererseits nachhaltig zu begegnen.
8. Bedenken, dass die Schnelligkeit der Entscheidung Rechte der Beteiligten verkürzen kann, sind verständlich. Sie werden aber dadurch deutlich relativiert, dass die unterliegende Partei den Streitstoff in einem nachfolgenden (Schieds-)Gerichtsverfahren überprüfen lassen kann. Für den (Schieds-)Richter bestehen keinerlei Bindungswirkungen der Drittentscheidung; er entscheidet unabhängig von dem Ergebnis des Adjudikationsverfahrens.

9. Befürchtete rechtsstaatliche Defizite können sich also nur daraus ergeben, dass die unterliegende Partei für einen befristeten Zeitraum – bis zur ggf. abändernden (schieds-) gerichtlichen Entscheidung – die Adjudikationsentscheidung zu beachten hat. Das Risiko irreparabler Vermögensschäden lässt sich durch die Verfahrensgestaltung sehr weitgehend begrenzen: Zahlungsverpflichtungen regelmäßig gegen Sicherheitsleistung, Zinsregelung für die Rückabwicklung zu Unrecht erhaltener Zahlungen oder zu Unrecht verneinter Vergütungsansprüche.
10. Wenn der **Gesetzgeber** den Missständen im Baubereich nachhaltig begegnen will, muss die Adjudikation das Mittel erster Wahl sein. Die gesetzliche Regelung ist einfach:

*Vor Klageerhebung müssen die Parteien ein Adjudikationsverfahren durchführen. Sie können stattdessen einvernehmlich ein Mediationsverfahren oder ein anderes außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren durchführen. Näheres regelt eine Rechtsverordnung.*

Die Rechtsverordnung könnte sich darauf beschränken, die wesentlichen Grundlagen eines Adjudikationsverfahrens festzulegen.

11. Bei gesetzlicher Einführung eines Adjudikationsverfahrens bietet es sich an, dem englischen Beispiel folgend in der ZPO ein summarisches Verfahren für eine Vollstreckbarkeitserklärung der Adjudikationsentscheidung zu regeln. Im summarischen Verfahren würde überprüft werden, ob das Verfahren an einem wesentlichen Verfahrensmangel leidet; Maßstab könnte die rechtliche Überprüfung eines Schiedsspruchs gemäß § 1059 Abs. 2 ZPO sein.

Überlegenswert ist, ob der staatliche Richter die Adjudikationsentscheidung auch auf offenbare Unbilligkeit/offenbare Unrichtigkeit im Sinn des § 319 Abs. 1 BGB überprüfen sollte.

12. Bei der Frage von Qualitätsanforderungen/Akkreditierungen/Institutionen für die Benennung von Adjudikatoren sollte sich der Gesetzgeber auf notwendige Festlegungen beschränken und darauf vertrauen, dass auch in diesem Bereich der Wettbewerb am besten geeignet ist, die Qualität der Adjudikatoren und der Benennungsinstitutionen zu gewährleisten.

### RA Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe

**Prof. Dr. Volkert Vorwerk** ist Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe. Honorarprofessor der Universität Hannover, Institut für Prozessrecht und anwaltsorientierte Ausbildung; Mitglied im Ausschuss Zivilverfahrensrecht des DAV sowie im Ausschuss Europäisches Vertragsrecht der BRAK; Vorsitzender des Schuldrechtsausschusses der BRAK, Herausgeber und Autor zahlreicher Publikationen zum Zivilprozess-, Schuld- und Europäischen Gemeinschaftsrecht; mehrfach tätig als Sachverständiger im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages in das Zivil- und Zivilverfahrensrecht betreffenden Gesetzgebungsverfahren.

1. Die prozessuale Auseinandersetzung ist stets das Endstadium im Streit zwischen den Parteien. Wer vor jedem Bauprozess eine obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung fordert, spricht im Kern den Bauanwälten die Fähigkeit oder Bereitschaft ab, vorprozessual alle Möglichkeiten konsensualer Streitbeilegung auszuloten.
2. Adjudikation *während* des Baugeschehens kann nur dann seine Vorteile entfalten, wenn die Sicherungsmechanismen zur Verfügung stehen, die das Recht der einstweiligen Verfügung bietet (Anordnung einer Sicherheitsleistung einerseits, Schadensersatzverpflichtung andererseits). Rechtssicherheit im Verfahren bietet daher allein der Rückgriff auf das Recht der einstweiligen Verfügung und deren Ausbau im Rahmen der sog. Leistungs- und Regelungsverfügung.
3. Die Justiz hat im Bereich des Wettbewerbsrechts umfangreiche Erfahrung mit der abschließenden Erledigung von Streitigkeiten über den Weg des Rechts der einstweiligen Verfügung. Setzt man diese Erfahrung auf das private Baurecht um, wird die Zahl der Bauprozesse im Hauptsacheverfahren abnehmen, ohne dass rechtsstaatliche Defizite eintreten. Der im Verfügungsverfahren tätige privat beauftragte Sachverständige haftet dem Verfügungsgegner nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Dieses heute schon bestehende Haftungskonzept schützt den Verfügungsgegner vor Gefälligkeitsgutachten im Verfügungsverfahren. Eine Adjudikation wird demgegenüber bestrebt sein, das Richterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB in Anspruch nehmen zu können.
4. Bedarf es zur Durchsetzung der Entscheidung des Adjudikators der Vollstreckbarerklärung und folgt auf die Entscheidung selbst ein (Schieds-) Gerichtsverfahren, innerhalb dessen die Entscheidung überprüft wird, bietet das Adjudikationsverfahren keine zeitlichen und sachlichen Vorteile. Der unausgetragene Streit wird nur „auf später“ verschoben. Der wirtschaftlich Stärkere gewinnt Vorteile gegenüber dem wirtschaftlich Schwächeren. Die Kosten des Streits vermehren sich um ein Vielfaches.
5. Eine „effektive“ obligatorische private Schlichtung öffnet der Billigkeit und damit der Beliebigkeit im Recht Tür und Tor. Adjudikation und Mediation finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Das Wissen um das „was am Bau Recht ist“, geht verloren; es entsteht ein Raum der Rechtsunsicherheit.