

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Einführung

Arbeitskreisleiter

Richter am BGH Prof. Stefan Leupertz, Karlsruhe

Prof. Stefan Leupertz ist Richter am Bundesgerichtshof im VII. Zivilsenat. Er ist Honorarprofessor für Bauvertragsrecht an der Technischen Universität Dortmund und Lehrbeauftragter an der Philipps-Universität Marburg. Ferner wirkt er als Mitherausgeber der Zeitschrift BauR. Zu seinen Publikationen gehören Beiträge in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Kommentar, Werkvertragsrecht; Halfmeier/Leupertz, bauvertragsrechtOnline-Rechtsprechungskommentar, www.werner-online.de; Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit.

Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Vorsitzender Richter am OLG Günter Jansen, Hamm

Günter Jansen ist Vorsitzender Richter am OLG Hamm. Sein Fachgebiet ist das Private Baurecht einschließlich Architektenrecht. Jansen ist zudem Vorsitzender des Dienstgerichtshofs für Richter und Staatsanwälte von Nordrhein-Westfalen und geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Deutschen Baugerichtstages. Zu seinen Veröffentlichungen zählen neben Fachartikeln in BauR und NZBau Beiträge in Leinemann, Kommentar zur VOB, Beck'scher online-Kommentar zur VOB/B, Beck'scher VOB-Kommentar.

Mitwirkende an der Podiumsdiskussion

Richter am BGH Prof. Stefan Leupertz

Vorsitzender Richter am OLG Günther Jansen

Prof. Dr. Jochen Glöckner, Konstanz

Prof. Dr. Jochen Glöckner ist Universitätsprofessor an der Universität Konstanz und Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht. Er ist darüber hinaus Richter am OLG Karlsruhe und Direktor des Instituts für Baurecht Freiburg e.V.

Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla, Dortmund

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, Bochum

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.

RA Dr. Stefan Althaus, München

RA Dr. Stefan Althaus ist Partner der Sozietät Finck Althaus Sigl Partner in München. Er ist Wirtschaftsmediator (IHK) und Lehrbeauftragter für Privates Baurecht an der Hochschule München für angewandte Wissenschaften (FH). Zu seinen Veröffentlichungen zählen u.a. Der öffentliche Bauauftrag, Stolz/Althaus, Geothermieprojekte im Lichte des Vergaberechts, Versorgungswirtschaft 2009, 249, Notwendige Nachtragsleistungen beim Vertrag nach VOB/B, BauR 2008, 167.

Thema des Arbeitskreises:

Reform des Bauvertragsrechts - Stand der Überlegungen und Weiterentwicklung der bisher erarbeiteten Regelungsvorschläge

Einführung

von RiBGH Prof. Stefan Leupertz, Karlsruhe

A. Ausgangslage

I. Arbeitsgruppe „Bauvertragsrecht“ im Bundesministerium der Justiz

Nach der Koalitionsvereinbarung zwischen den Regierungsparteien soll in dieser Legislaturperiode geprüft werden, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts geeignet ist (Zeilen 1755 ff.). Hierzu hat das Bundesministerium der Justiz im Januar 2010 eine Arbeitsgruppe gebildet, in der die wichtigsten der mit Fragen des Baus und des Bauvertragsrechts befassten Gruppen vertreten sind. Ihr gehören neben Vertretern der beteiligten Bundesministerien (BMJ, BMVBS, BMELV) und der Länder Vertreter der Bauwirtschaft, des Handwerks, der Architekten, Ingenieure und Bausachverständigen, der Bauherren, der zuständigen Gewerkschaft, der Finanzwirtschaft, der Wissenschaft sowie der Richter, Notare und Rechtsanwälte an. Für den Deutschen Baugerichtstag nehmen Prof. Dr. Messerschmidt und Prof. Leupertz an der Arbeitsgruppe teil.

Die konstituierende Sitzung der Arbeitsgruppe fand im März 2010 statt. Über ihre bisherige Tätigkeit in sieben Sitzungen liegt ein Zwischenbericht des Bundesministeriums der Justiz (Stand 18. November 2011) vor. Dort heißt es u.a. (Seite 1):

„Aufgabe der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht ist es,

- *die Problembereiche im Bauvertragsrecht zu identifizieren,*
- *einen sich daraus ergebenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu prüfen und*
- *gegebenenfalls Vorschläge zu machen, in welcher Form dieser realisiert werden kann.“*

Und weiter (Seite 2):

„Ziel der Arbeitsgruppe ist es, die Interessen von Bauindustrie, mittelständischen Unternehmen in der Baubranche, Handwerksbetrieben und Verbrauchern gleichermaßen zu berücksichtigen und zu ausgewogenen und für alle Beteiligten insgesamt akzeptablen Vorschlägen zu kommen. Dies wird nur in einem Gesamtpaket gelingen, in dem alle Beteiligten an der einen oder anderen Stelle ihre Interessen zugunsten des Ganzen zurückstellen.“

Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht fasst keine Beschlüsse. Vielmehr hält das BMJ die Ergebnisse der Beratungen in Vorschlägen für Eckpunkte zur Ausgestaltung eines eigenständigen Bauvertragsrechts (im Folgenden: Eckpunktepapiere) fest, die den – zuweilen kontroversen - Diskussionsstand wiedergeben. Die Eckpunkte werden wiederum in einen Abschlussbericht einfließen, der nach der Beendigung der Beratungen in der Arbeitsgruppe frühestens Mitte 2012 vorgelegt werden wird. Um die besonderen Fragestellungen des Architekten- und Ingenieurrechts zu diskutieren hat das BMJ Anfang 2011 eine Unterarbeitsgruppe Architektenrecht eingerichtet. Das Ergebnis der dortigen Beratungen wird in die Hauptarbeitsgruppe eingebracht und vom Arbeitskreises IV auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag diskutiert werden.

Die Hauptarbeitsgruppe hat sich bis jetzt (Stand Dezember 2011) mit folgenden Themenbereichen befasst:

- Art und Umfang der geschuldeten Leistung / Mangelbegriff
- Prüf- und Hinweispflicht des Unternehmers
- Baubeschreibungspflicht
- Einseitige Anordnungsrechte des Bestellers
- Preisfortschreibung bzw. Nachtragsvergütung

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Einführung

- Abnahme

Folgende Themenbereiche sollen noch behandelt werden:

- Verlängerung der Gewährleistungsfrist
- Zeitlich befristete Beweiserleichterung für Besteller bei Mängeln
- Korrektur des § 638 BGB
- Mängelrechte vor der Abnahme?
- Sicherheiten
- Besondere Regelungen für Verbraucher
- Besonderheiten beim Bauträgervertrag

II. Die Empfehlungen des 3. Deutschen Baugerichtstages

Die Empfehlungen des AK I des 3. Deutschen Baugerichtstages (abrufbar als pdf unter www.baugerichtstag.de/3. DBGT) betreffen im Wesentlichen die Themenbereiche, mit denen sich auch die Hauptarbeitsgruppe im BMJ befasst hat und noch befassen wird. Wichtige, im Thesenpapier des AK I zum 3. Deutschen Baugerichtstag (im Folgenden: Thesenpapier; abrufbar unter www.baugerichtstag.de/3. DBGT/Thesen AK I) niedergelegte Überlegungen zur Struktur des Bauvertrages und zu den sich daraus ergebenden Grundgedanken für gesetzliche Regelungen sind von den Teilnehmern der Arbeitsgruppe nach intensiver Diskussion mehrheitlich für richtig befunden und vom BMJ in die Eckpunktepapiere übernommen worden. Im Detail ergeben sich indes Abweichungen von den Empfehlungen des AK I, die zudem in einem zentralen Punkt („Bauverfügung“) ergänzt werden.

B. Der AK I auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag - Vorgehensweise

Der AK I wird sich auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag in Form einer Podiumsveranstaltung mit den Ergebnissen der Beratungen in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht des BMJ befassen und diese mit dem Ziel erörtern, in entsprechenden Empfehlungen Änderungs- bzw. Ergänzungsvorschläge zu formulieren. Grundlage hierfür ist der folgende Bericht über die Tätigkeit der Arbeitsgruppe mit einer gedrängten Darstellung der bereits in Eckpunktepapieren niedergelegten Regelungsinhalte (Stand Dezember 2011) und der sich daraus ergebenden Fragestellungen für eventuelle weitere Empfehlungen. Die Darstellung beruht auf dem Inhalt der Eckpunktepapiere und den persönlichen Wahrnehmungen des Verfassers vom Gang der Beratungen in der Arbeitsgruppe. Sie zeichnet ein vorläufiges Meinungsbild ohne Anspruch auf vollständige Wiedergabe der in der Arbeitsgruppe vertretenen Auffassungen.

C. Stand der Überlegungen - Diskussionsbedarf

I. Geschuldete Leistung und Mangelbegriff

Die Arbeitsgruppe legt ihren Überlegungen zur Ausgestaltung eines eigenständigen Bauvertragsrechts den funktionalen Herstellungs- und Mangelbegriff zugrunde, wie er Niederschlag in der Empfehlung 1a) des 3. Deutschen Baugerichtstages gefunden hat. Die hierfür maßgeblichen Erwägungen entsprechen weitgehend denen im Thesenpapier des AK I (www.baugerichtstag.de/3. DBGT/Thesen AK I, dort S. 4 ff.).

Es besteht kein Bedarf für weitere Empfehlungen.

II. Prüf- und Hinweispflicht

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Einführung

Der AK I hat auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag empfohlen, eine Prüf- und Hinweispflicht des Unternehmers nach dem Vorbild der §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B im Gesetz zu verankern (Empfehlung 1b). Die Arbeitsgruppe im BMJ teilt die Auffassung, dass es einer gesetzlichen Regelung der Prüf- und Hinweispflicht des Unternehmers bedarf. Die nähere Ausgestaltung einer solchen Regelung ist allerdings noch unklar.

1.

a) In der Arbeitsgruppe hat sich bisher keine eindeutige Meinung dazu gebildet, welche Rechtsfolgen an die Erfüllung bzw. Nichterfüllung des gebotenen Hinweises geknüpft sein sollen. Erwogen werden folgende Möglichkeiten:

- Bei Nichterfüllung der Hinweisverpflichtung wird der Vertrag gegen den Unternehmer ausgesetzt;
- Ausgestaltung der Hinweisverpflichtung als Obliegenheit, bei deren Nichterfüllung der Unternehmer die Leistungs- und Vergütungsgefahr trägt;
- Ausgestaltung der Hinweisverpflichtung als (vertragliche) Nebenpflicht des Unternehmers;
- Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen zur Hinweisverpflichtung als Enthafungstatbestand (vgl. §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B).

b) Der AK I hat mit seiner Empfehlung 1 b) eine gesetzliche Regelung nach dem Vorbild des § 13 Abs. 3 VOB/B und damit die Einführung eines Enthafungstatbestandes befürwortet, wonach der Unternehmer von der Mangelhaftung frei wird, wenn er seiner Prüf- und Hinweisverpflichtung nachkommt (siehe S. 6 ff. des Thesenpapiers, aaO). Insoweit besteht kein Bedarf für weitere Regelungsvorschläge.

2.

a) In der Arbeitsgruppe wird mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass die Reaktion des Bestellers auf den Bedenkenhinweis des Unternehmers eine erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB, mithin eine Obliegenheit darstellt. Diese Mitwirkungsobliegenheit soll im Gesetzestext stärker betont werden, vorzugsweise durch eine Überarbeitung des § 642 BGB. Nicht klar ist bisher, welche Rechtsfolgen sich im Einzelnen ergeben, wenn der Besteller auf den Bedenkenhinweis des Unternehmers nicht oder nicht in der erforderlichen Weise reagiert. In der Arbeitsgruppe werden folgende Lösungsmöglichkeiten diskutiert:

- Verlust des Rügerechts
- (Fingierte) Anpassung des Vertrages durch stillschweigende Annahme des Alternativvorschlages des Unternehmers
- Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers

b) Der AK I hat in seinem Thesenpapier die Problematik eines Verstoßes des Bestellers gegen seine Mitwirkungsobliegenheit erkannt und darüber hinaus den auf der Rechtsfolgenseite ebenfalls problematischen Fall in Betracht gezogen, dass der Unternehmer unter Missachtung der Leistungsvorgaben des Bestellers ein funktionstaugliches Werk herstellt, ohne den gebotenen Bedenkenhinweis erteilt zu haben (S. 7 des Thesenpapiers, aaO). Er hat hierzu die Auffassung vertreten, dass die Erarbeitung geeigneter rechtlicher Kriterien für die rechtliche Beurteilung derartiger Problemkonstellationen der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung überlassen bleiben soll und insoweit keinen Bedarf für besondere gesetzliche Regelungen gesehen. Für eine Abänderung oder Ergänzung der hierauf beruhenden Empfehlung 1 b) besteht kein Anlass.

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Einführung

3.

a) Die Arbeitsgruppe möchte gesetzlich regeln, in welcher Form Bedenkenhinweise durch den Unternehmer zu erteilen sind. In Betracht kommen:

- Formlos
- Schriftform (§ 126 BGB)
- Textform (§ 126b BGB).

Die Mehrheit der Mitglieder der Arbeitsgruppe hält es aus „erzieherischen Gründen“ sowie im Interesse der Beweissicherheit für erforderlich, Schrift- bzw. Textform für den Bedenkenhinweis gesetzlich vorzuschreiben. Weit auseinander gehen die Meinungen zu der Frage, ob die gesetzlich vorgesehene Form abbedungen werden kann. Die Vorschläge reichen von einer uneingeschränkten, nicht abdingbaren Formvorgabe, bis zu der Auffassung, dass die Parteien vertraglich – auch in AGB – auf die Einhaltung einer Form verzichten können. Nach wieder anderer Meinung ist zu unterscheiden: Bei Verbraucherverträgen soll die Einhaltung der Form zwingend sein, bei Verträgen zwischen Unternehmern soll sie – gegebenenfalls nur durch Individualvereinbarung - abbedungen werden können.

b) Die Empfehlung des AK I zur Prüf- und Hinweispflicht des Unternehmers enthält keine Aussage über die Form des Bedenkenhinweises. Auch das Thesenpapier schweigt hierzu (siehe S. 6 ff. des Thesenpapiers, aaO). Die Erwägungen des Arbeitskreises zur Einführung einer gesetzlichen Formvorschrift geben Anlass, diesen Gesichtspunkt zu diskutieren und eine gesonderte Empfehlung an den Gesetzgeber zu formulieren.

III. Baubeschreibungspflicht

1.

a) Den Gedanken einer allgemeinen Baubeschreibungspflicht hat die Arbeitsgruppe nach intensiver Diskussion jedenfalls für Geschäfte zwischen Unternehmern verworfen. Ob bei Verträgen mit Verbrauchern, insbesondere im Bauträgergeschäft und bei GU-Verträgen, am Informationsinteresse des Bestellers ausgerichtete Vorgaben für den Inhalt der Leistungsbeschreibung denkbar sind, ist noch offen.

b) Die Einführung sinnvoller gesetzlicher Vorschriften zu einer allgemeinen Baubeschreibungspflicht ist, wie die Diskussion in der Arbeitsgruppe gezeigt hat, kaum machbar; sie ist jedenfalls nicht zweckmäßig. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass für weitere Empfehlungen des AK I in diesem Punkt.

Diskussionswürdig erscheint demgegenüber die Überlegung, gesetzliche Vorgaben für den Inhalt der Leistungsbeschreibung bei Bauverträgen mit Verbrauchern einzuführen. Allerdings ist bisher nicht klar, nach welchen Rechtsgrundsätzen eine solche, in erster Linie dem Verbraucherschutz verpflichtete Regelung geschaffen und wie im Einzelnen sie ausgestaltet werden könnte. Die hierfür erforderlichen Vorüberlegungen, die über den Bereich des Bauvertragsrechts hinausreichen, wird der AK I im zeitlich eng gesteckten Rahmen des Kongresses nicht anstellen und bewerten können. Gleichwohl soll diskutiert und gegebenenfalls eine Empfehlung ausgesprochen werden, ob und wenn ja, mit welchem Ziel sich der Gesetzgeber grundsätzlich mit der Schaffung von gesetzlichen Vorgaben für den Inhalt von Leistungsbeschreibungen bei Bauverträgen mit Verbrauchern befassen soll.

IV. Nachtragsleistungen und deren Vergütung

1. Grundsätzliches

Der Arbeitskreis vertritt in Übereinstimmung mit den Empfehlungen 4 und 5 des AK I mehrheitlich die Auffassung, dass gesetzlich geregelt werden muss, in welchem Umfang der Besteller befugt ist, nachträglich Anordnungen zum geschuldeten Leistungsumfang und zur Ausführung der Bauleistung zu erteilen. Mit der Zubilligung eines solchen Anordnungsrechts untrennbar verbunden ist die Beantwortung der Frage nach der Vergütung für angeordneten Mehraufwand. Die durch die Anforderungen an eine interessengerechte Abwicklung von Bauverträgen vorgegebene Verknüpfung dieser Problemkreise haben die Arbeitskreise I und VI auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag in ihrem Thesen und Empfehlungen bereits hervorgehoben. Die Erwägungen des AK I im Thesenpapier zur Gestaltung eines gesetzlichen Anordnungsrechts des Bestellers (dort S. 12 ff., aaO) beruhen auf einer Abwägung der widerstreitenden Interessen und letztlich auf dem Grundgedanken der Zumutbarkeit, der wiederum entscheidend davon beeinflusst, ob der Unternehmer für angeordneten Mehraufwand eine angemessene Vergütung erhält. Eine andere, weiterführende Frage ist es, inwieweit dem Unternehmer trotz der Aussicht auf eine gesicherte Vergütung anordnungsbedingte Eingriffe in seine unternehmerische Dispositionsfreiheit zugemutet werden können.

Mit seinen Empfehlung 4 und 5 hat der AK I Vorschläge zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses unterbreitet, welche die Arbeitsgruppe aufgegriffen und in einem entscheidenden Punkt weiterentwickelt hat. Die dortigen Überlegungen beruhen auf der Erkenntnis, dass nicht nur die Höhe der Vergütung für angeordneten Mehraufwand ein wesentliches Kriterium dafür ist, dem Besteller solche Anordnungen zu gestatten. Von großem, vielleicht sogar von überragendem Interesse für den Unternehmer ist es, zeitnah eine Vergütung für Mehraufwand zu erhalten. Das ist nach derzeitiger Praxis oft nicht der Fall. Vielmehr erhält der vorleistungspflichtige Unternehmer bei Streit über die Höhe seiner Nachtragsforderung zunächst oft überhaupt keine Vergütung für zusätzliche erforderliche oder geänderte Leistungen, die er dann in oft jahrelangen Prozessen gerichtlich durchsetzen muss. Die dadurch hervorgerufene Entziehung von dringend benötigter Liquidität ist nicht hinnehmbar und begründet ein wichtiges Argument gegen die Zubilligung eines umfassenden einseitigen Anordnungsrechts. Die Arbeitsgruppe im BMJ hat es sich deshalb im Interesse der Sicherung des Liquiditätsflusses zum Ziel gesetzt, mit der Schaffung einer so genannten Bauverfügung ein Streitbeilegungsverfahren einzuführen, in dem vorläufig bindend geregelt wird, ob der Unternehmer nachträgliche Leistungsanordnungen des Bestellers ausführen muss und welche Vergütung er hierfür beanspruchen kann. Dieser Gesichtspunkt, der bisher keinen Eingang in die Überlegungen der AK I und VI gefunden hat, erfordert es, die Empfehlungen des AK I zur Ausgestaltung der Anordnungsrecht des Bestellers und der hieraus resultierenden Vergütungsansprüche des Unternehmers insgesamt neu zu überdenken und zu diskutieren. Dabei sollen auch die bisher dem AK VI überlassenen Überlegungen zur Bemessung der Nachtragsvergütung in die Diskussion und eventuelle Empfehlungen zum Regelungskonzept einbezogen werden.

2. Das Regelungskonzept der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJ

a) Anordnungs- bzw. Leistungsbestimmungsrecht

Die Arbeitsgruppe teilt die der Empfehlung 4 zugrunde liegende Sichtweise des AK I zur Unterscheidung zwischen „zusätzlich erforderlichen Leistungen“ („Leistungen zur Erreichung des Werkerfolges“) und „geänderten Leistungen“. Dies in Kenntnis des Umstandes, dass das Regelungssystem der VOB/B in § 1 Abs. 3, Abs. 4; § 2 Abs. 5, Abs. 6 die diesem Verständnis zugrunde liegende Struktur des Bauvertrages nicht abbildet (vgl. S. 12 des Thesenpapiers, aaO). Abweichungen zu der Empfehlung 4 des AK I und den zugrunde liegenden Thesen ergeben sich hinsichtlich des Umfangs und der Ausgestaltung der Anordnungsrechte des Bestellers. Die Arbeitsgruppe geht von folgenden Grundsätzen aus:

aa) In der Arbeitsgruppe ist der Grundsatz herausgearbeitet worden, dass derjenige, der die Planungsverantwortung bei Vertragsschluss übernommen hat, diese auch weiterhin trägt. Das bedeutet,

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Einführung

dass der Besteller, der die Baumaßnahme geplant und detailliert ausgeschrieben hat, zusätzlich erforderliche und geänderte Leistungen ebenfalls planen und dem Unternehmer ggfls. sogar ein Leistungsverzeichnis zur Verfügung stellen muss, wenn der Unternehmer diese Aufgaben nicht freiwillig (u.U. gegen Bezahlung) übernimmt. Der Unternehmer darf die Arbeit einstellen, solange er keine tauglichen Planvorgaben vom Besteller erhält. Das dürfte auch nach jetzt geltendem Recht schon so sein, wird in der Praxis aber anders gehandhabt. Deshalb sollen diese Zusammenhänge im Gesetz klargelegt werden. Eine solche gesetzliche Regelung liefert wichtige Impulse für eine geordnete Bauabwicklung. Sie hält den Besteller zur Vermeidung zeit- und kostenaufwändiger Umplanungen dazu an, die Bauaufgabe von vorneherein sorgfältig zu planen und auszuschreiben. Darüber hinaus wird vermieden, dass der Unternehmer über den Umweg der planerischen Ausarbeitung eines Nachtragsangebots haftungsrechtlich Verantwortung dafür übernimmt, dass er die geänderte Bauaufgabe fach- und vertragsgerecht geplant hat. Und: Es besteht die begründete Erwartung, dass Streit über die Geeignetheit und Erforderlichkeit von Nachtragsleistungen weitgehend vermieden wird.

bb) Die Arbeitsgruppe möchte nach intensiver Diskussion dem Besteller ein umfassendes einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zubilligen, das grundsätzlich sowohl Änderungen des (eigentlichen) Bauentwurfs, als auch Eingriffe in die Bauausführung und in die Bauzeit ermöglicht.

Zusätzlich erforderliche Leistungen kann der Besteller bis zur Grenze von Treu und Glauben verlangen bzw. anordnen.

Für „geänderte Leistungen“ soll es ein gestuftes Leistungsbestimmungsrecht geben:

- In jedem Fall muss dem Unternehmer die Erbringung einer geänderten Leistung zumutbar sein. Darlegungs- und beweispflichtig für die Umstände, aus denen sich die Zumutbarkeit ergibt, ist grundsätzlich der Besteller. Beruft sich der Unternehmer zur Begründung der Unzumutbarkeit allerdings auf innerbetriebliche Umstände, die allein in seiner Sphäre liegen, muss er diese zumindest darlegen. Ob ihn insoweit auch die Beweislast trifft, ist noch offen.
- Anordnungen des Bestellers, welche die Art der Ausführung und die Bauzeit (auch Beschleunigung) betreffen, sind nur möglich, wenn der Besteller schwerwiegende Gründe für die Anordnung darlegen und ggfls. beweisen kann und seine Interesse an der Anordnung die Interessen des Unternehmers im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung deutlich überwiegt. Damit sollen sehr hohe Hürden für derartige Anordnungen aufgebaut werden, die nach Einschätzung der Arbeitsgruppe in besonders gelagerten Konstellationen gleichwohl möglich sein müssen.

b) Mehrvergütungsansprüche und Preisfortschreibung

Die Diskussion in der Arbeitsgruppe über die Festlegung von Regeln für die Ermittlung der Preise für Mehr- bzw. Minderaufwand ist noch nicht abgeschlossen. Die derzeitigen Überlegungen lassen sich in folgenden Eckpunkten zusammenfassen:

aa) Im Ausgangspunkt zeichnet sich in der Arbeitsgruppe eine starke Neigung ab, das bisher geltende Modell der Fortschreibung der Vertragspreise im Grundsatz beizubehalten und für die Bemessung der Vergütung für Nachtragsleistungen nicht, wie es in der Literatur diskutiert wird, auf die übliche Vergütung abzustellen.

bb) Allerdings erkennt die Arbeitsgruppe die Probleme, die sich aus dem Prinzip der Preisfortschreibung in der derzeit überwiegenden, nicht einheitlich geregelten Praxis ergeben.

(1) Die Urkalkulationen der Unternehmer sind, falls überhaupt vorhanden, oft intransparent. Es wird deshalb erwogen, untergesetzlich verankerte Regeln für die Gestaltung von Kalkulationen aufzustellen, in denen die einzelnen Preiselemente nachvollziehbar aufgeschlüsselt sein müssen. Das betrifft insbesondere AGK und BGK, sowie Wagnis und Gewinn. In diesem Zusammenhang wurde u. a. die in Österreich geltende ÖNorm ins Spiel gebracht.

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Einführung

(2) Die Arbeitsgruppe möchte wettbewerbsverzerrenden Spekulationen mit Baupreisen entgegenwirken. Zu diesem Zweck werden neben der herkömmlichen Berechnungsmethode (Fortschreibung der Vertragspreise unter Berücksichtigung des Vertragspreisniveaus) zwei modifizierte Preisfortschreibungsmodelle diskutiert:

- Variante 1:

Bei zusätzlich zur Erfüllung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs erforderlichen Leistungen soll die Mehr- oder Mindervergütung auf der Basis der ursprünglich vereinbarten Preise und des sich aus der Kalkulation des Unternehmers ergebenden Preisniveaus berechnet werden. Bei Leistungsänderungen soll demgegenüber auf die Vertragspreise im Änderungszeitpunkt unter Berücksichtigung einer eventuellen Veränderung preisrelevanter Umstände (Materialpreissteigerungen, Lohnkostensteigerungen) abgestellt werden. Dabei sollen auch die Umstände, die zu der Änderungsanordnung geführt haben, berücksichtigt werden.

- Variante 2:

Für die Bemessung der Nachtragsvergütung soll nicht danach unterschieden werden, ob zusätzlich erforderlich Leistungen verlangt oder geänderte Leistungen angeordnet werden. Es bleibt im Ausgangspunkt bei den Vertragspreisen. Allerdings sind, ähnlich wie bei § 649 BGB, die Preise für den infolge einer Anordnung des Bestellers geänderten Aufwand (Parkett statt Fliesen; Dreifachverglasung statt Doppelverglasung, zusätzlicher Arbeitsaufwand etc...) nach den im Zeitpunkt der Ausführung der Nachtragsleistungen tatsächlich erforderlichen (bei Erstellung des Nachtragsangebots ggfls. hypothetischen) Kosten zu ermitteln, die unter Abzug des ersparten Aufwands auf die kalkulierten Preise für die unveränderten Leistungselemente aufzuschlagen sind. Die tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten werden also zunächst saldiert und der in der jeweiligen Bezugsposition des Ausgangsvertrages für die Ausgangsleistung kalkulierte Gewinn wird sodann hinzugerechnet bzw. der kalkulierte Verlust wird abgezogen. Das führt zur Ausschaltung des so genannten Vertragspreisniveaufaktors. Zur schlüssigen Darlegung und Plausibilisierung der tatsächlich erforderlichen Kosten kann der Unternehmer auf seine Urkalkulation zurückgreifen. Er kann (und muss) diese Kosten allerdings auch auf andere Weise schlüssig darlegen, wenn keine Urkalkulation existiert oder wenn eine solche keine plausiblen (schlüssigen) Angaben zur Höhe der tatsächlich erforderlichen Kosten enthält.

(3) Die Arbeitsgruppe ist in Übereinstimmung mit der Empfehlung 2 des AK VI mehrheitlich der Auffassung, dass es vorrangig vor der Anwendung gesetzlicher Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen der privatautonomen Entscheidung der Vertragsparteien überlassen bleiben muss, die Bemessungsgrundlagen anderweitig vertraglich festzulegen. Allerdings sollen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte andere Berechnungsmethoden der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegen.

c) Bauverfügung

Die wichtigste neue Erkenntnis der Arbeitsgruppe betrifft den in der Praxis zu Recht beklagten Umstand, dass die zeitnahe Bezahlung berechtigter Nachträge nicht funktioniert. Die Beseitigung der dadurch bedingten Störung des Liquiditätsflusses ist ein zentrales Problem für die Schaffung eines ausgewogenen Bauvertragsrechts und zugleich ein wichtiges Argument für die Rechtfertigung des Gesetzgebungsvorhabens. Wenn es gelingt, die mit enormen Transaktionskosten verbundenen Auseinandersetzungen der Bauvertragsparteien um die Bezahlung von Nachträgen zu entschärfen, ist für die Praxis viel gewonnen. Als probates Mittel hierfür erscheint die Einführung eines Eilverfahrens zur vorläufigen Entscheidung über die maßgeblichen Streitpunkte (zu den Inhalten und der Wirkungsweise sogleich).

(1) Angedacht war zunächst, ein zwingendes außergerichtliches Adjudikationsverfahren einzuführen. Wegen verfassungsrechtlicher Bedenken des BMJ dagegen, der Adjudikationsentscheidung über die Wirksamkeit der Anordnung Bindungswirkung beizumessen und dadurch den Justizgewähr-

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Einführung

leistungsanspruch zu unterlaufen, ist dieser Ansatz von der Arbeitsgruppe nicht weiter verfolgt worden.

(2) Diskutiert und geprüft wird derzeit die Möglichkeit, stattdessen ein gerichtliches Schnellverfahren nach dem Vorbild des einstweiligen Verfügungsverfahrens (§§ 935 ff. ZPO) einzuführen. Einigkeit besteht, dass ein solches Verfahren zu zeitnahen, praxisgerechten Lösungen führen muss. Es sind angedacht:

- Die Schaffung von Schwerpunktzuständigkeiten für solche Eilverfahren;
- die Besetzung der zuständigen Spruchkörper mit fachkompetenten Richtern;
- die flächendeckende Schaffung von Baukammern.

Die Vorteile der Einführung eines solchen Verfahrens mit den genannten Begleiterscheinungen gehen über die Lösung der o. g. Probleme hinaus. Es würde allgemein die Qualität der Rechtsprechung in Bausachen steigern und die Zahl der zeit- und kostenintensiven Nachtragsprozesse deutlich verringern.

bb) Zum Gegenstand und zur Wirkungsweise eines gerichtlichen Schnellverfahrens hat die Arbeitsgruppe folgende Gesichtspunkte herausgearbeitet:

- Ausgangspunkt ist der (disponible) Grundsatz: Erst wenn die Planung des Bestellers vorliegt, gibt der Auftragnehmer sein Nachtragsangebot ab. Einigen sich die Parteien auf die angebotenen Preise, entstehen keine Probleme.
- Kommt eine Einigung über den Preis nicht zustande, darf jede Partei binnen einer gesetzlich bestimmten Frist (Vorschlag: 2 Wochen) das gerichtliche Schnellverfahren mit dem Ziel beantragen, dass die Preise für die Nachtragsleistung vorläufig festgelegt werden. Auf dieser Basis darf der Unternehmer seine Leistungen abrechnen, insbesondere Abschläge nach Maßgabe des § 632a BGB fordern. Zahlt der Besteller nicht, darf der Unternehmer die Leistungen einstellen. Die vorläufige Entscheidung kann im (gerichtlichen) Verfahren über die Bezahlung der Schlussrechnung korrigiert werden. Ergeben sich dann Zuviel- oder Zuwenigzahlungen, müssen diese nachträglich ausgeglichen werden.
- Ebenfalls im gerichtlichen Schnellverfahren entschieden wird der Streit der Parteien, ob überhaupt zusätzliche bzw. geänderte Leistungen verlangt werden, die nicht schon vom Ausgangsvertrag umfasst sind. Darüber hinaus wird bindend entschieden, ob dem Unternehmer die Erbringung geänderter Leistungen zuzumuten ist und ggfls. ob der Besteller ein überwiegendes Interesse an einer dahingehenden Anordnung hat. Der Unternehmer muss also bei entsprechender Entscheidung des Gerichts die Leistungen ausführen. Die vorläufige Entscheidung kann im Erkenntnisverfahren überprüft werden, das dann allerdings nur noch auf monetären Ausgleich gerichtet sein kann. Die Arbeitsgruppe hat die Erwartung, dass es zu solchen nachfolgenden Verfahren kaum kommen wird.
- Die o. g. Streitpunkte können in einem gerichtlichen Schnellverfahren gebündelt werden. Geht es dort nur um die Preise für zusätzlich erforderliche Leistungen, muss der Unternehmer während der Dauer des Schnellverfahrens weiterarbeiten. Anders bei geänderten Leistungen, wenn über deren Zumutbarkeit gestritten wird; dann darf (nicht muss!) er die Entscheidung des Gerichts abwarten. Hintergrund hierfür ist die Überlegung, dass der Besteller sich im letztgenannten Fall vom ursprünglichen vereinbarten Bauerfolg kraft einseitiger rechtsgeschäftlicher Entscheidung verabschieden möchte; mit den sich hieraus ergebenden Risiken soll der ansonsten vorleistungspflichtige Unternehmer nicht belastet werden.
- Die obigen Grundsätze können und sollen nicht für kleinteilige (handwerkliche) Leistungen gelten. Ob sie bei Verträgen mit Verbrauchern überhaupt zur Anwendung kommen können, ist noch offen.

3. Erarbeitung weiterer Empfehlungen des AK I

Der AK I wird auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag das von der Arbeitsgruppe erarbeitete Regelungskonzept für die Anordnung und Bezahlung von Nachtragsleistungen diskutieren und darüber beraten, durch weitere Empfehlungen an den Gesetzgeber Einfluss auf die Ausgestaltung entsprechender gesetzlicher Regelungen zu nehmen. Folgende Punkte sollen zur Diskussion gestellt werden:

a) Bauverfugung

- Empfiehlt sich die gesetzliche Einführung eines Eilverfahrens zur Vermeidung bzw. Beilegung von Streit über die Anordnung und Bezahlung von Nachtragsleistungen nach den von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJ hierzu erarbeiteten Grundsätzen?
- Ggfls.: Sollte ein solches Streitbeilegungsverfahren als gerichtliches Verfahren nach dem Muster eines einstweiligen Verfügungsverfahrens ausgestaltet oder außergerichtlichen Gremien, etwa im Rahmen eines (beschränkten) Adjudikationsverfahrens, übertragen werden?

b) Anordnungs- bzw. Leistungsbestimmungsrecht

- Empfiehlt sich eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Inhalts, dass der Besteller, der die Baumaßnahme geplant und detailliert ausgeschrieben hat, zusätzlich erforderliche und geänderte Leistungen ebenfalls planen und dem Unternehmer ggfls. ein Leistungsverzeichnis zur Verfügung stellen muss, wenn der Unternehmer diese Aufgaben nicht freiwillig übernimmt.
- Empfiehlt sich vor dem Hintergrund der Einführung des unter 1. bezeichneten Streitbeilegungsverfahrens zur Sicherung der Liquidität des Unternehmers die gesetzliche Einführung eines grundsätzlich umfassenden, durch Zumutbarkeitskriterien und das Vorliegen besonders schwerwiegender Gründe beschränkten Anordnungsrechts des Bestellers (Änderung der bisherigen Empfehlung 4 des AK I)?

c) Mehrvergütungsansprüche und Preisfortschreibung

- Empfiehlt es sich, in Fortentwicklung der Empfehlung 3 des AK VI und der Empfehlung 5 des AK I gesetzliche Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen einzuführen, mit denen das bisher überwiegend praktizierte Modell der Preisfortschreibung modifiziert wird?
- Ggfls.: Soll dieses modifizierte Preisfortschreibungsmodell nach dem Vorbild einer der von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht hierzu erarbeiteten Varianten [siehe oben unter IV. 2. b) bb) (2)] ausgestaltet werden?

V. Abnahme

Der AK hat mit seiner Empfehlung 3 vorgeschlagen, unter Beibehaltung der Vorschriften zur Abnahme im Übrigen eine Obliegenheit des Bestellers zur Mitwirkung an einer Bauzustandsfeststellung in das Gesetz einzuführen. Hintergrund hierfür ist die Vermeidung von Streit über den Zustand der Bauleistung im Zeitraum zwischen Fertigstellung/Ablieferung und Abnahme sowie die Absicherung des gesetzlichen Instruments der fiktiven Abnahme nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB (siehe S. 9 ff. des Thesenpapiers, aaO). Die Arbeitsgruppe teilt dieses Anliegen im Ansatz, bevorzugt allerdings zur Vermeidung einer Überforderung des Bestellers bei der Zustandsfeststellung ein etwas anderes Regelungskonzept.

- a) Die von der Arbeitsgruppe entwickelten Eckpunkte sehen vor, dass § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB durch eine Neuregelung ersetzt und § 644 Abs. 1 BGB ergänzt werden sollen

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Einführung

aa) Die Neuregelung der fiktiven Abnahme in § 640 Abs. 1 BGB soll nach derzeitigem Diskussionsstand folgende Eckdaten haben:

- Voraussetzung für die fiktive Abnahme ist die Fertigstellung des Bauwerks
- Der Besteller muss, um die Abnahmefiktion zu zerstören, Mängel konkret bezeichnen. Es genügt nicht, lediglich die Abnahme zu verweigern.
- Erklärt sich der Besteller innerhalb der vom Unternehmer gesetzten angemessenen Abnahmefrist nicht in der vorbezeichneten Weise, führt dies im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage auch dann zur fiktiven Abnahme, wenn tatsächlich wesentliche, die Verweigerung der Abnahme begründende Mängel vorhanden sind.
- Ist der Besteller ein Verbraucher, hat der Unternehmer ihn über die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Benennung von Mängeln verweigerten Abnahme hinzuweisen.
- Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, ist er nach Aufforderung des Unternehmers zur Mitwirkung bei der Feststellung des Zustands des Werks verpflichtet.
- Die Fristsetzung zur Abnahme und die Aufforderung zur Feststellung des Zustands können miteinander verbunden werden.
- Der Besteller ist nicht verpflichtet, bei der Abnahmeverweigerung alle Mängel zu benennen. Eine entsprechend dem jeweiligen Erkenntnisstand vollständige Auflistung der Mängel erfolgt im Rahmen der Zustandsfeststellung.
- Durch die Zustandsfeststellung soll das Recht, Mängel geltend zu machen, nicht ganz oder teilweise präkludiert werden.

bb) § 644 BGB soll um eine Vermutung ergänzt werden, dass in der Zustandsfeststellung nicht benannte Mängel nach der Zustandsfeststellung entstanden sind.

Voraussetzungen dafür, dass die Vermutung greift, sind:

- Es muss sich um einen offenkundigen (bei der Zustandsfeststellung erkennbaren) Mangel handeln;
- dem Besteller muss das Werk verschafft worden sein.

Die Vermutung greift nicht, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.

b) Der wesentliche Unterschied zum Regelungsvorschlag des Ak I in seiner Empfehlung 3 besteht darin, dass der Besteller zur Begründung der Abnahmeverweigerung nicht alle ihm bekannten Mängel bezeichnen muss und die an die Zustandsfeststellung geknüpfte Vermutung auf offenkundige Mängel beschränkt wird. Vor diesem Hintergrund soll auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag diskutiert werden, ob der AK I an der Empfehlung 4 festhält oder ob er dem von der Arbeitsgruppe entwickelten Regelungskonzept zustimmt.

VI. Sonstiges

Es soll im Rahmen dieser Einführung davon abgesehen werden, auf die von der Arbeitsgruppe bisher nicht diskutierten Themenbereiche (siehe A. I.) einzugehen. Sollten sich in der Arbeitsgruppe bis zum 4. Deutschen Baugerichtstag zu einzelnen dieser Themen gefestigte Meinungen gebildet haben, werden diese auf dem Baugerichtstag vor- und ggfls. zur Diskussion gestellt werden.

Arbeitskreis II – Vergaberecht

Einführung

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Prof. Dr. Ralf Leinemann ist Seniorpartner der auf Vergabe- und Baurecht spezialisierten Sozietät LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mit Standorten in Berlin, Hamburg, Düsseldorf, Frankfurt und Köln. Prof. Dr. Leinemann berät bei zahlreichen Bauprojekten vor allem im Infrastrukturbereich, wo er oft schon als anwaltlicher Berater zu Beginn eines Vergabeverfahrens tätig wird. Er hat viele Vergabenachprüfungsverfahren in ganz Deutschland geführt und dabei bekannte Leitentscheidungen erstritten, so etwa Teltowkanal Berlin, JadeWeserPort Wilhelmshaven, Flughafen Berlin-Brandenburg, Schiffshebewerk Niederfinow, A-Modell A 8 Augsburg-Ulm. Er ist Honorarprofessor für Bau- und Vergaberecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin und (Mit-)Herausgeber u. a. der Zeitschriften VergabeNews und NZBau. Seine bereits in mehreren Auflagen erschienenen Werke „Die Vergabe öffentlicher Aufträge“, „Die Bezahlung der Bauleistung“ und der von ihm herausgegebene VOB/B-Kommentar zählen zu den meistverbreiteten Werken im Vergabe- und Baurecht. Prof. Dr. Leinemann ist auch als Schiedsrichter in deutschen und internationalen Schiedsgerichtsverfahren tätig.

Stellvertretende Arbeitskreisleiterin

Justiziarin Silvia Koenigsmann-Hölken, Gelsenkirchen

Silvia Koenigsmann-Hölken ist als Justiziarin für den Landesbetrieb Straßenbau NRW tätig. Sie berät diesen in vergaberechtlichen Fragen und übernimmt die Vertretung in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und dem Vergabesenat beim OLG Düsseldorf. Sie hält regelmäßig Vorträge zu vergaberechtlichen Fragestellungen und arbeitet derzeit an einer Kommentierung zum Vergaberecht mit.

Referenten

Richterin am Oberlandesgericht Anne-Christin Frister, Düsseldorf

Anne-Christin Frister ist seit 2006 Mitglied des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Infolge der ausschließlichen Zuständigkeit des Senats für Beschwerden gegen die in Nachprüfungsverfahren ergangenen Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen ist sie ständig mit einer Vielzahl vergaberechtlicher Fragestellungen befasst. Frau Frister ist Mitautorin der Werke „Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar zur VOB A und B“ sowie „Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht“.

Rechtsanwalt Dr. Matthias Krist, Koblenz

Dr. Matthias Krist absolvierte zunächst einen Diplomstudiengang an der FH des Bundes für öffentliche Verwaltung und studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Köln und Mainz. Er hat sich an der Universität zu Köln (Lehrstuhl Prof. Dr. Jürgen F. Baur) zu einem vergaberechtlichen Thema promoviert. Seit 1995 ist er als Rechtsanwalt zugelassen, seit 1998 Fachanwalt für Verwaltungsrecht. Mit dem nationalen und europäischen Vergaberecht befasst er sich seit 16 Jahren. Herr Dr. Krist berät bundesweit und im angrenzenden EU-Ausland. Er leitet das vergaberechtliche Team seiner Kanzlei, ist Lehrbeauftragter für Vergaberecht an der FH Koblenz und Mitglied des Fachbeirats der Zeitschrift "Vergaberecht".

Thema des Arbeitskreises

Effizienz und Rechtssicherheit bei Vergaben – Brauchen wir veränderte Regeln?

Einführung in das Thema

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann

Vergaberecht ist Beschaffungsrecht. Hier werden Richtlinien aufgestellt, an die sich die öffentliche Hand halten muss, wenn sie ihr Steuergeld in den Wirtschaftskreislauf zurückführt. Diese Regeln dienen zugleich der anbietenden Wirtschaft als Orientierung über das Verfahren, mittels dessen der Staat zur Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots und damit seiner Vertragspartner gelangt. Dies ist Ausdruck des oft betonten Grundsatzes der Transparenz eines Vergabeverfahrens, dessen korrekte Regelbeachtung ebenso die Gleichbehandlung der partizipierenden Bieter gewährleistet.

Im Spannungsfeld von knappen Haushaltskassen und Erfahrungspräferenzen einerseits und von Transparenz und Gleichbehandlung andererseits kennt man je nach Interessenlage mehr oder weniger schwungvoll vorgetragene Argumente für Änderungswünsche am Vergaberecht. Unter dem Oberbegriff der Vereinfachung der komplizierten Rechtsmaterie unterbreitete Reformvorschläge sind oft recht gut danach zu sortieren, ob sie aus der Perspektive der Beschaffer oder der Bieter unterbreitet werden. Heißt Vereinfachung im Sinne des Beschaffers meist freie Verfahrenswahl, freie Ausschreibungsgestaltung, freie Kriterienwahl und beliebiges Nachfordern fehlender Angebots Elemente

Arbeitskreis II – Vergaberecht

Einführung

bei maximalem Ermessensspielraum, so wünscht im Gegensatz dazu die Bieterseite kalkulierbare Risiken, die weitgehende Eliminierung von Dialogverfahren, die transparente Strukturierung von Verhandlungsverfahren, die Einhaltung gesetzter Verfahrensfristen und eine klare Sanktionierung ihrer Überschreitung und im Sinne einer Nichtdiskriminierung möglichst klare Grenzen für nachträgliche Heilungsmöglichkeiten defizitärer Angebote sowie einfach strukturierte, klare Wertungsmaßstäbe mit möglichst geringen Ermessensspielräumen.

Mit der VOB –Ausgabe 2009 schuf man bereits gewisse Lockerungen, indem etwa die Möglichkeit zur Nachforderung von Unterlagen oder zur Ergänzung eines einzelnen Einheitspreises nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 c) und § 16 Abs. 3 VOB/A eingeführt wurde. Zur Diskussion stehen nicht erst seit Vorlage des Grünbuchs der EU-Kommission¹ Vorschläge, die weitere Flexibilisierungen ermöglichen sollen. Allerdings werden durch die Erweiterung von Korrektur- und Ergänzungsmöglichkeiten von Angeboten die offenen und nichtoffenen Verfahren immer stärker an das Verhandlungsverfahren angenähert. Wer immer wieder und immer mehr Unterlagen zu einem bereits abgegebenen Angebot nachreichen lässt, führt letztlich ein Verhandlungsverfahren oder schafft damit letztlich de facto eine freie Verfahrenswahl. Es wird zu erörtern sein, ob die jetzige Fassung von § 16 Abs. 1 und 3 VOB/A nicht vielleicht schon die Grenze darstellt, an die in einem offenen und nichtoffenen Verfahren maximal gegangen werden kann, bevor das Stadium eines Verhandlungsverfahrens erreicht ist.

Der diesjährige Arbeitskreis II des Deutschen Baugerichtstages stellt die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs in den Vordergrund. Ist diese Wirtschaftlichkeit aber gerade durch das Vergaberecht oder seine künftige Modifizierung zu verbessern oder kann nicht der Auftraggeber durch geschickt gewählte Wertungskriterien und Ausschreibungsgestaltung viel eher die Betonung auf Wirtschaftlichkeit legen? Oft wird das Vergaberecht als kompliziert und bürokratisch kritisiert und deshalb als Hemmschuh für eine wirtschaftliche Beschaffung bezeichnet. Noch immer werden Anwälte nach der Möglichkeit von Umgehungsstrukturen gefragt, ganz zu schweigen von bereits bekanntgewordenen Entscheidungen zu rechtswidrigen Vergaben ohne vorherige Ausschreibung, die immer wieder rufbar werden. Es wird zu erörtern sein, ob Problemlösungen durch weitere Reformen des Vergaberechts oder nicht eher durch sachgerechtere Anwendung bestehender Vorschriften und den bewussteren Umgang damit gefunden werden können, um so das Problem mangelnder Wirtschaftlichkeit in manchem Beschaffungsvorgang zu lösen.

Nicht zuletzt der Umgang mit Nebenangeboten und die hierzu vielfältig und teilweise auch widersprüchlich ergangene Rechtsprechung illustriert dieses Spannungsfeld auf anschauliche Weise. Dass Gerichte ihre Meinung ändern und verschiedene Gerichte zu gleichen Rechtsfragen unterschiedliche Ergebnisse finden, kennen wir als ebenso ärgerlichen wie unvermeidlichen Begleitumstand, seit es Gerichte gibt. Es mag sein, dass sich dieses Symptom im Vergaberecht in den letzten Jahren in unerfreulicher Weise verstärkt gezeigt hat. Daran ist freilich nicht allein das Vergaberecht schuld, sondern vielleicht auch ein politischer Trend auf der Richterbank, der weg von dem hergebrachten Grundsatz des „*judicial self-restraint*“ führt. Auch dies ist eine Facette der Rechtssicherheit bei Vergabeverfahren, die diskussionswürdig erscheint. Manche Entscheidung der jüngeren Vergangenheit ist erkennbar von dem Willen beseelt, einem Beschaffungsvorgang eine destruktive Wendung zu ersparen, auch um den Preis rechtsdogmatisch inkonsistenter Ergebnisse.

Bei allem Lamento über die sich verkomplizierende oder vertiefende Rechtsprechung wird die vergaberechtliche Praxis sich aber auch an die eigene Nase fassen müssen. Wenn in einigen Gerichtsbezirken bei einem Wertungsgewicht von 100 % für den Preis Nebenangebote nicht gewertet werden können², so kann sich das Thema schon einfach dadurch erledigen, dass 5 % der Gewichtung auf ein anderes Wertungskriterium entfallen und „nur“ 95 % auf den Preis. Auch wenn nicht alle von der vergaberechtlichen Rechtsprechung aufgeworfenen oder geschaffenen Probleme so leicht lösbar sind wie dieses, so ist doch manchmal festzustellen, dass schon eine gute Idee ausreichen kann, um

¹ Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens - Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge KOM (2011) 15 vom 27.01.2011

² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2010, Verg 10/10; vgl. Kues/Kirch, NZBau 2011, 335.

ein Problem elegant und rechtskonform zu umschiffen. Viele Vergabestellen und insbesondere ihre vorgesetzten Ministerien müssen sich fragen, ob sie nicht, anstatt nach festgefahrenen Formblättern und Handbüchern zu verfahren, individueller und sachbezogener beschaffen sollten. Dazu gehört natürlich und vor allem eine gute Definition oder mindestens Kenntnis dessen, was beschafft werden soll und welchem Zweck es dient. Ausfluss dieser Vorgabe an den Auftraggeber ist § 7 VOB/A.

Die (Mit-)Verfolgung politischer Ziele bleibt ein Trend im Vergaberecht, der unter dem Aspekt der „vergabefremden Kriterien“ oder neudeutsch als „strategische Beschaffung“ erörtert wird. So sollen etwa die Regeln zur Teil- und Fachlosvergabe nach § 97 Abs. 3 GWB den Mittelstand schützen und fördern. Sie sind ein schon traditioneller politischer Aspekt im Vergaberecht, der nicht vordringlich der wirtschaftlichen Beschaffung, sondern eher strukturpolitischen und wettbewerbspolitischen Aspekten dient. Weitere politische Aspekte sind aktuell über die jüngsten vergaberechtlichen Neuregelungen im August 2011 aus Anlass der Umsetzung der Energieeffizienzrichtlinie³ in das Vergaberecht aufgenommen worden.⁴ Im Bauwesen finden sich keine aktuellen Entscheidungen, bei denen Gesamtvergaben selbst völlig unterschiedlicher Leistungsbilder von den Gerichten als Verstoß gegen § 97 Abs. 3 GWB untersagt wurden. Selbst fernliegende Losverbindungen, wie etwa der Bau von Lärmschutzwänden als Mischlos gemeinsam mit Asphaltarbeiten, wurden von den Vergabesenaten wiederholt gebilligt.⁵ Der gerade vom Gesetzgeber verstärkte Grundsatz des § 97 Abs. 3 GWB ist damit faktisch nahezu bedeutungslos geworden. Vor diesem Hintergrund muss die Frage diskutiert werden, ob Regeln, die sich – gleich aus welchem Grund – als nicht durchsetzbar erweisen, nicht entweder gleich wegfallen oder so klar vorgegeben werden müssen, dass ihre Einhaltung unausweichlich ist. Lippenbekenntnisse braucht auch das Vergaberecht nicht.⁶

In diesem Spannungsfeld bewegt sich auch die Diskussion über einen gesetzlichen Mindestlohn. Eine solche Regelung würde in vergaberechtlicher Hinsicht einen klar definierten, sozialen Mindeststandard für die Vergütung der Arbeitskräfte der anbietenden Wirtschaft setzen, was gerade in tariflich wenig durchdrungenen Branchen wie Call-Center, Postdienstleistungen, Personenbeförderung, Kurierdienste usw. konkrete Auswirkungen, hätte, weil dort bisweilen prekäre Beschäftigungsverhältnisse festzustellen sind. Viele Niedriglohnbranchen kennen - anders als das Bauhauptgewerbe - kein Entsendegesetz, so dass eine Tariftreueerklärung mangels verbindlicher Tarifsetzung nicht gefordert werden kann.⁷ Wer hier soziale Mindeststandards schaffen will, wird durchaus einer gesetzlichen Regelung zuneigen, weil weder das Vergaberecht, noch die Nachprüfungsinstanzen hier ohne solche Grundlagen ordnungspolitisch wirken können.

Schließlich befasst sich die Vergaberechtspraxis auch mit dem Umstand, dass die Zahl der Nachprüfungsverfahren - jedenfalls nach der amtlichen Statistik⁸ - spürbar zurück geht. Hinzu kommt die statistische Feststellung, dass mittlerweile - im Jahr 2010 - nur noch 13,7 % der Nachprüfungsanträge mit Erfolg abgeschlossen wurden. Dieser Umstand wird begleitet durch den Effekt, dass unter der Vorreiterrolle der Vergabekammern des Bundes die Gebühren für die Tätigkeit der Vergabekammern sich seit Einführung des Vergabenachprüfungsverfahrens um ein Mehrfaches erhöht haben. Auch die letzte Anhebung des Gebührenrahmens durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz nutzte die VK Bund dazu, um aus dem erhöhten Gebührenrahmen die maximal mögliche Gebührenerhöhung zu generieren. Richtig teuer wird es für den erstinstanzlich unterlegenen Antragsteller vor den Vergabe-

³ Richtlinie 2006/32/EG vom 05.04.2006, 6, ABI L 114 vom 27.04.2006, Seite 64.

⁴ 4. Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 16.08.2011, BGBl I, Seite 1724.

⁵ etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2009, VII Verg 27/09; OLG Celle, Beschl. v. 26.04. 2010, 13 Verg 4/10 für die Verbindung von Rechtsberatung, Finanzberatung und technischer Beratung in einem Los.

⁶ Pointiert Summa, Editorial zu NZBau Heft 11/2011, S. V.

⁷ EuGH, Urt. v. 03.04.2008, Rs. C-346/06 (Rüffert); dazu Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, 414ff.

⁸ zuletzt für das Jahr 2010 zusammengestellt durch das BMWI, abgedruckt z.B. in VergabeNews 2011, Seite 61.

Arbeitskreis II – Vergaberecht

Einführung

senaten, wo allein der einstweilige Beschluss nach § 118 GWB 3,0 Gerichtsgebühren zusätzlich (!) auslöst. Der Staat hingegen trägt aufgrund seiner Gebührenbefreiung kein Kostenrisiko für Kammer- und Gerichtsgebühren, die einen großen Teil des Gesamtkostenrisikos ausmachen. Die Effizienz vergaberechtlichen Rechtsschutzes kann auch durch prohibitive Verfahrenskosten konterkariert werden.

Als misslich zu beklagen ist auch die fehlende Kompetenz der Vergabekammern für einen Kostenfestsetzungsbeschluss. Der Obssiegende – also nach der Statistik der Auftraggeber und der Beigeladene – müssen ihre Kostenerstattungsansprüche im Streitfall vor dem Zivilgericht durchsetzen. Das sollte zur Entlastung der Gerichte und im Sinne einer zügigen sachnahen Entscheidung mit der nächsten GWB-Novelle wieder geändert werden.

Diese weite Spanne an Themen - und noch Einiges darüber hinaus - wird von den beiden Referenten des Arbeitskreises II mit unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen abgedeckt und soll den Rahmen für eine hoffentlich intensive Diskussion und anschließende Beschlussfassung geben. Die praktische Handhabung des Vergaberechts und seine Weiterentwicklung im Sinne sowohl der Wirtschaftlichkeit des Einsatzes öffentlicher Gelder wie auch der Transparenz und Fairness bei deren Verteilung auf dem Markt werden im Vordergrund der Diskussion im Arbeitskreis stehen.

Thesen

A. *Thesen von Richterin am Oberlandesgericht Anne-Christin Frister*

These 1

Im Vergaberecht darf das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Effizienz des Beschaffungsvorgangs nicht zugunsten einer rein wettbewerblich orientierten Sichtweise außer Betracht bleiben. Um dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs angemessen Geltung zu verschaffen bietet sich eine Korrektur einzelner Regelungsbereiche der VOB/A durchaus an; in erster Linie ist der vergaberechtliche Zweck einer haushalts- und aufgabengerechten Beschaffung aber bei der Rechtsanwendung und hier insbesondere bei der inhaltlichen Ausfüllung von Beurteilungsspielräumen öffentlicher Auftraggeber relevant.

Vergaberecht ist geprägt durch unterschiedliche Zielsetzungen: als Haushalts- und Beschaffungsrecht dient es den Belangen des Haushalts und der Beschaffung von Sachmitteln zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben; zugleich soll es den Wettbewerb im institutionellen Sinne fördern sowie durch die Gewährung subjektiver Bieterrechte Chancengerechtigkeit und damit einen fairen Wettbewerb zwischen den Bietern gewährleisten.

Die dem Vergaberecht damit zukommenden unterschiedlichen Funktionen eröffnen ein sehr spezifisches Spannungsfeld. Zu den Aufgaben eines modernen Vergaberechts gehört die Lösung der sich aus diesen unterschiedlichen Zielsetzungen zwangsläufig ergebenden Konflikte. Diesem Anspruch wird die Novellierung des Vergaberechts, mit der der Versuch unternommen wurde, durch eine Modernisierung, Straffung und Neugestaltung zahlreicher Vorschriften des GWB sowie der Vergabeordnungen eine Entformalisierung und Flexibilisierung zu erreichen, noch nicht vollständig gerecht.

Der Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs ist aber vor allem bei der Rechtsanwendung relevant: Dem Auftraggeber stehen bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens Beurteilungsspielräume zu. Für die Fragestellung, wie diese vergaberechtskonform auszufüllen sind, ist auch der Zweck einer haushalts- und aufgabengerechten Beschaffung maßgeblich. Eine Fokussierung auf die Perspektive und Interessen des Bieters und damit ein rein am Wettbewerbsgebot orientierter Maßstab verkompliziert, verteuert und verlängert Vergabeverfahren und steht somit dem Gebot, effizient und wirtschaftlich zu beschaffen, entgegen. Die Notwendigkeit, die an das Verhalten der Auftraggeber anzulegenden Überprüfungsmaßstäbe auch an den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Effizienz zu orientieren, ergibt sich bereits aus der vergaberechtlichen Zwecktrias. Einer expliziten Anordnung in den Vergabeordnungen, bei der Rechtsanwendung sämtliche Vergabezwecke in den Blick zu nehmen, bedarf es insoweit nicht.

These 2

Es bedarf einer Neuregelung zur Zulassung von Nebenangeboten, um Wirtschaftlichkeit und Innovation besser zu fördern.

Ein wichtiges Instrument zur Förderung der Wirtschaftlichkeit und Effizienz des Beschaffungsvorgangs stellt die – erleichterte – Zulassung von Nebenangeboten dar. In der vergaberechtlichen Theorie ermöglicht die Zulassung von Nebenangeboten den Bietern, eigene Erfahrungen und Ideen in den Wettbewerb einzubringen, was zu technischen Innovationen, erheblichen Einsparungen und Rationalisierungseffekten führen kann und damit dem Zweck einer möglichst wirtschaftlichen, effizienten Beschaffung dient. In der vergaberechtlichen Praxis scheitert die vergaberechtskonforme Zulassung von Nebenangeboten aber häufig an den mit dem Einsatz dieses Mittels verbundenen erheblichen rechtlichen Unsicherheiten.

Diese beruhen für den Bereich der VOB/A nicht zuletzt darauf, dass die klaren Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG (VKR) nicht umgesetzt worden sind. Entgegen dem Wortlaut von § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. e) VOB/A sind Nebenangebote nach Art. 24 Abs. 2 VKR (in der Terminologie der Richtlinie: Varianten) nur zugelassen, wenn der Auftraggeber dies in der Bekanntmachung angegeben hat. Ohne die Zulassung in der Bekanntmachung sind Nebenangebote unzulässig und dürfen nicht gewertet werden. Die Umsetzung der europäischen Vorgaben würde für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sorgen.

Art. 24 Abs. 1 VKR ermöglicht die Zulassung von Nebenangeboten zudem nur, wenn der Auftrag nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden soll. Die ausdrückliche Differenzierung zwischen den Zuschlagskriterien des wirtschaftlich günstigsten Angebots und des niedrigsten Preises in Art 53 Abs. 1 VKR spricht für die Annahme, dass die Richtlinie eine Zulassung von Nebenangeboten nur bei Aufträgen ermöglicht, bei denen der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Maßgabe verschiedener mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängender Kriterien erteilt werden soll. Auch insoweit ist eine Umsetzung der europäischen Vorgaben in der VOB/A bislang nicht erfolgt und wäre im Rahmen einer umfassenden Neugestaltung der Regelungen zu Nebenangeboten zur Beseitigung der derzeit herrschenden Rechtsunsicherheit veranlasst⁹.

Dagegen empfiehlt es sich nicht, angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Mindestanforderungen eine weitere Konkretisierung und Präzisierung der Vorschrift des § 16 a Abs. 3 VOB/A vorzunehmen. Eine abstrakte Regelung, welchen Voraussetzungen die vom Auftraggeber zu stellenden Anforderungen genügen müssen, stößt infolge der im Einzelfall von komplexen technischen Gegebenheiten abhängigen Entscheidung des Auftraggebers zur Gestaltung der Mindestanforderungen auf Grenzen.

These 3

Die Regelung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zur Nachforderung von Erklärungen/Nachweisen bedarf der weiteren Präzisierung.

Anders als nach dem bisherigen Recht führt die Unvollständigkeit eines Angebots nicht mehr zwingend zum Ausschluss. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verpflichtet vielmehr den Auftraggeber, fehlende Nachweise und Erklärungen nachzufordern. Durch diese Änderung wurde ersichtlich das Ziel verfolgt, eine „Reparaturmöglichkeit“ zu schaffen, um wirtschaftlich attraktive Angebote nicht wegen eines - häufig dem Zeitdruck oder praktischen Schwierigkeiten bei der Angebotserstellung geschuldeten - Versehens des Bieters ausschließen zu müssen. Angesichts des Normzwecks ist ein umfassendes und weites Verständnis des Begriffs der „geforderten Erklärungen und Nachweise“ angebracht. Darunter fallen auch Eignungsnachweise sowie Nachweise, deren Vorlage nicht der Auftraggeber sondern bereits die VOB/A selbst fordert – z.B. Gleichwertigkeitsnachweise, die gemäß §§ 7 Abs. 6 S. 2, 13 Abs. 2 S. 3 VOB/A mit dem Angebot vorzulegen sind. Dagegen erstreckt sich die Nachforderungspflicht nicht auf Nachweise/Erklärungen, deren Vorlage sich der Auftraggeber vorbehalten hat.

Die Vorschrift wirft aber weitere Fragen auf, die mit dem Hinweis auf den Normzweck nicht zweifelsfrei zu beantworten sind und hinsichtlich derer eine Klarstellung wünschenswert ist. So ist zweifelhaft, ob die Nachforderungspflicht auch im Teilnahme-wettbewerb gilt. Unklar ist ferner, ob für die Fristberechnung die Vorschriften der §§ 188, 193 BGB, die sich auf nach **Tagen** bemessene Fristen beziehen, Anwendung finden oder ob durch den in der VOB/A verwandten Begriff der **Kalendertage**

⁹ Vgl. zu dieser Problematik: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2010, VII-Verg 61/09; v. 18.10.2010, VII-Verg 39/10 ; v. 09.03.2011, VII-Verg 52/10 (Zulassung von Nebenangeboten *nur* beim Zuschlagskriterium des wirtschaftlichsten Angebots); so auch Egger, Europäisches Vergaberecht, Rdn. 1258; Stolz, VergabeR 2008, 322, 334 f.; Kues/Kirch, NZBau 2011, 335, 338 f.; dagegen OLG Schleswig, Beschl. v. 15.04.2011, 1 Verg 10/10 (Zulassung von Nebenangeboten auch beim ausschließlichen Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises); offengelassen von OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.12.2010, Verg W 16/10; Beschl. v. 17.05.2011, Verg W 16/10; OLG Koblenz, Beschl. v. 16.07.2010, 1 Verg 6/10; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.04.2011, 1 Verg 5/10.

die Regelungen des BGB nicht gelten sollen. Dieses Verständnis hätte zur Folge, dass die Nachforderungsfrist auf einem Samstag, Sonntag oder Feiertag enden kann, was in der Praxis eine weitere Verkürzung der ohnehin kurzen Frist bedeutet.

These 4

Mit der Regelung des § 97 Abs. 3 GWB hat der Gesetzgeber einen praxisgerechten Ausgleich zwischen den Interessen vornehmlich kleinerer und mittelständischer Bieterunternehmen an einer Teil- und Fachlosvergabe und dem Interesse des Auftraggebers, durch eine Gesamtvergabe einen möglichst reibungs- und komplikationslosen Bauablauf zu erzielen, geschaffen.

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB ist das Angemessenheitskriterium durch das strengere Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit ersetzt worden. Während es für § 97 Abs. 3 GWB a.F. für ausreichend erachtet wurde, dass bei einer Abwägung zwischen den für und gegen eine Losvergabe streitenden Aspekten vertretbare wirtschaftliche oder technische Gründe für eine Gesamtvergabe sprachen, ist die Erforderlichkeit einer Gesamtvergabe nur dann gegeben, wenn diese Gründe überwiegen.

Indem § 97 Abs. 3 S. 2 GWB das bieterschützende und justiziable vergaberechtliche Gebot an den öffentlichen Auftraggeber richtet, im Regelfall eine Losvergabe durchzuführen, werden die Belange und Interessen insbesondere kleinerer und mittelständischer Bieter¹⁰ geschützt. Da eine Gesamtvergabe nur im Ausnahmefall stattfinden darf, muss sich der öffentliche Auftraggeber, der eine Ausnahme aus wirtschaftlichen oder Gründen für möglich hält, in besonderer Weise mit dem Gebot der Losvergabe und den dagegen sprechenden Gründen auseinandersetzen. Die diesbezüglichen Anforderungen an den Auftraggeber sind hoch: Im Rahmen der ihm obliegenden Entscheidung bedarf es einer umfassenden Abwägung der konkreten widerstreitenden Belange. Die typischen Folgen einer Losaufteilung, wie der erhöhte Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand, die Erhöhung der Transaktionskosten sowie die erleichterte Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen bei einer Gesamtvergabe vermögen das Absehen von einer Losvergabe nicht zu rechtfertigen, weil es sich dabei um einen der Losvergabe immanenten, typischen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes hinzunehmen ist.

Allerdings trägt die Regelung auch den Interessen der öffentliche Auftraggeber und dem Gebot der effizienten und wirtschaftlichen Gestaltung des Beschaffungsvorgangs in angemessener Weise Rechnung. Der öffentliche Auftraggeber wird durch § 97 Abs. 3 S. 2 GWB nämlich nicht gehalten, seinen Beschaffungsbedarf an den Interessen und Belangen bestimmter Märkte und Marktteilnehmer zu orientieren. Er bestimmt im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf und ist nicht verpflichtet, Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass der Bedarf durch mittelständische Unternehmen gedeckt werden kann¹¹.

¹⁰ Es ist umstritten, ob sich auch Großunternehmen auf eine Verletzung der Pflicht zur Losaufteilung berufen können.

Bejahend: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2007, VII-Verg 10/07 mit der Begründung, dass durch die Losaufteilung der Kreis der in Betracht kommenden Bieter vergrößert und für den Wettbewerb geöffnet werde, so dass § 97 Abs. 3 S. 2 GWB auch nicht mittelständische Bieter schütze; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rdn. 74; verneinend: Diehr in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB Rdn. 61; Kus in Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97 GWB Rdn. 97; Bungenberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 97 GWB, Rdn. 39; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 647. In der Baupraxis profitieren aber insbesondere kleinere und mittlere, auf ein Gewerk spezialisierte Unternehmen von einer Teil- und Fachlosvergabe.

¹¹ Vgl. dazu und zum Folgenden: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.09.2011, VII-Verg 48/11; Beschl. v. 23.03.2011, VII-Verg 63/10; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rdn. 68.

Bei der Frage, ob von einer Gesamtvergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen abgesehen werden darf, bedarf das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit einer wertenden Ausfüllung¹², die Raum lässt für auftraggeber- und auftragsbezogene Umstände, insbesondere für die Berücksichtigung unverhältnismäßiger Kostennachteile¹³ oder maßgeblicher Verzögerungen des Gesamtvorhabens.

B. Thesen von Rechtsanwalt Dr. Matthias Krist

I. Vorbemerkung zum Generalthema – Schutz vor Bieterrechten statt Bieterrechtsschutz?

Der „Arbeitskreis II – Vergaberecht“ des diesjährigen Deutschen Baugerichtstages fragt nach (mehr) Effizienz und Rechtssicherheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch veränderte Regeln. Dem nähern sich die folgenden Thesen mit einer zentralen Vorbemerkung. Mehr Effizienz und gerade auch mehr Rechtssicherheit im öffentlichen Auftragswesen geht nicht - gleichsam naturgegeben - einher mit der Beschränkung des Bieterrechtsschutzes. Gefordert ist ein effektiver Bieterrechtsschutz, nicht ein effektiver Schutz vor Bieterrechten.¹⁴ Das ist ein Irrweg, vermutlich ein verfassungswidriger dazu.¹⁵ Ähnlich, wie das System eines fortentwickelten Verwaltungsrechtsschutzes nach der VwGO nicht zu einer Lähmung etwa der öffentlichen Infrastrukturplanung geführt, sondern durch Erkenntnisgewinnung zu deren Weiterentwicklung beigetragen hat, fördert ein moderner Vergaberechtsschutz die Effektivierung des öffentlichen Auftragswesens.

II. Unterthemen

1. Sollte die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs stärker betont werden? Wenn ja, auf welche Weise?

Darauf gerichtete Initiativen sind überflüssig. Das geltende Vergaberecht stellt den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz vielfach in den Mittelpunkt der Beschaffungen. Damit verbunden sind ebenso zahlreiche Entscheidungsfreiräume der öffentlichen Auftraggeber im Verfahren, so dass weitere gesetzliche oder untergesetzliche Ausformungen des ohnehin zentralen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes letztlich zu mehr Intransparenz und zu deutlichen Einbußen im Bieterrechtsschutz führen würden.

Was zunächst die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsergebnisses anbetrifft, heben sowohl das Richtlinienrecht (Art. 53 Abs. 1 VKR) als auch das nationale Umsetzungsrecht (§ 97 Abs. 5 GWB) das Wirtschaftlichkeitsprinzip als (mögliches) zentrales Zuschlags- und Vergabekriterium prominent hervor. Das untergesetzliche Regelwerk gibt den Auftraggebern eine Fülle von Kriterien an die Hand, mit deren Hilfe die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes konkret bemessen werden kann (§ 16 Abs. 6 Nr. 1-3 VOB/A, § 16 Abs. 8 VOL/A, § 19 Abs. 9 EG VOL/A, § 29 Abs. 2 SektVO). Eine von internen Organisations- und Vergabestrukturen unabhängige, gewissermaßen externe Steuerung der Wirtschaftlichkeit von Beschaffungsvorgängen durch eine Verflachung der rechtlichen Verfahrensanforderungen oder deren Überprüfbarkeit ist nur auf dem Rücken und damit auf Kosten der Wirtschaftsteilnehmer (Bieter) möglich, etwa durch eine gezielte Überbetonung des auftraggeberseitigen Leistungsbestimmungsrechts¹⁶ oder einer faktischen Beschränkung der Überprüfung der in § 97 GWB

¹² So auch Kus, NZBau 2009, 21, 22.

¹³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.09.2011, VII-Verg 48/11; Beschl. v. 23.03.2011, VII-Verg 63/10.

¹⁴ So aber Frister, VergabeR 2011, 295

¹⁵ vgl. dazu Antweiler, VergabeR 2011, 306, 317 ff.

¹⁶ OLG Düsseldorf, B. v. 17.2.2010 – Verg. 42/09 (Sickerwassermessstellen) und B. v. 3.3.2010 – Verg. 46/09 (Lysimeter), alle ibr-online; vgl. auch OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 718 für den Fall der „Überprüfung“ des Gebotes der Fachlosvergabe

bzw. in § 2 VOB/A niedergelegten vergaberechtlichen Grundsätze.¹⁷ Damit einher geht der Appell an die Nachprüfungsinstanzen, sich den ihnen zugewiesenen Aufgaben nicht dadurch zu entziehen, dass sie neben der bereits für die Bestimmung und Wertung ausgeschriebener Leistungen bestehenden Regelungsdichte neue Begrifflichkeiten schaffen, die es den Auftraggebern ermöglichen sollen, weitgehend nachprüfungsfrei vergeben zu können.¹⁸

2. Sollten unterhalb der Schwellenwerte vereinfachte Regeln für die Bauvergabe gelten?

Zur Vereinfachung der Bauvergaben unterhalb der Schwellenwerte ist die Schaffung eines gewerkunabhängigen Auftragsschwellenwertes (Vorschlag: EUR 150.000), bis zu dessen Erreichen die Auftraggeber in der Verfahrensart frei sind, zu empfehlen.

Die generelle Vereinfachung der Bauvergaben unterhalb der Schwellenwerte ließe außer Betracht, dass davon nicht nur Bagatellvergaben, sondern vielfach auch Maßnahmen betroffen wären, die wertmäßig nahe bei dem EU-Auftragsschwellenwert liegen und deshalb insbesondere für die mittelständischen Anbieter von erheblicher Bedeutung sind. Außerdem ist für Unternehmen, die nicht ständig mit öffentlichen Vergabeverfahren umgehen, die Dauerhaftigkeit und Verlässlichkeit eines fest gefügten Korsetts an Verfahrensvorschriften von eminent praktischer Wichtigkeit. Aus Sicht der Auftraggeber lässt sich zu diesem Aspekt immerhin anmerken, dass es gerade Verfahrensvereinfachungen bei wertmäßig niedrigen Ausschreibungen sein können, die wegen ihrer hohen Zahl zu einem spürbaren Effektivitätsgewinn führen können. § 3 Abs. 3 VOB/A ist insoweit ein erster Schritt in die richtige Richtung. Deutlicher dürfte die administrative Entlastung namentlich kleinerer öffentlicher Auftraggeber jedoch dann ausfallen, wenn anstelle des § 3 Abs. 3 VOB/A (c. p.) generell in einem letzten Absatz des § 3 VOB/A geregelt wäre, dass die öffentlichen Auftraggeber bis zu einem geschätzten Auftragswert von TEUR 150 gewerkunabhängig die Verfahrensart frei zu wählen berechtigt sind.

3. Bedarf es einer Neuregelung zur Unterbreitung und Wertung von Nebenangeboten, um Wirtschaftlichkeit und Innovation besser zu fördern?

Es ist zu empfehlen, für die Wertung von Nebenangeboten insbesondere im Auftragsbereich unterhalb der Schwellenwerte klare und berechenbare Kriterien zu schaffen und / oder der (teil-)funktionalen Ausschreibung mehr Raum zu geben.

Die deutsche Vergabepaxis und nicht minder Teile der Rechtsprechung hadern teilweise noch immer mit den Folgen der *Traunfellner*-Entscheidung des EuGH¹⁹. In der seither verstrichenen Zeit entwickelten sich diese nicht zur befürchteten Innovationsbremse. Vielmehr war damit ein Gewinn an Transparenz und Berechenbarkeit der Angebotswertung verbunden, dies jedenfalls für den Bereich der europaweiten Vergabeverfahren.²⁰ Wenn Auftraggeber aus dem Umstand, zur Berücksichtigungsfähigkeit von Varianten darauf gerichtete Mindestanforderungen aufstellen zu müssen, die Konsequenz ziehen, Nebenangebote nicht zuzulassen, so liegt darin die eigentliche Innovationsbremse begründet. Im Auftragsbereich unterhalb der Schwellenwerte hat der BGH die Chance vertan, für

¹⁷ dafür plädiert Frister, aaO., 302

¹⁸ vgl. z. B. OLG Düsseldorf, B. v. 17.2.2010 und vom 3.3.2010, aaO.; weitere Nachweise bei Antweiler, aaO., 317

¹⁹ EuGH, NZBau 2004, 279; vgl. zum Überblick Dicks, Die mangelhafte, insbesondere unvollständige Leistungsbeschreibung und die Rechtsfolgen im Vergaberecht, Langaufsatz ibr-online, Rn. 78 ff.; Kues/Kirch, NZBau 2011, 335

²⁰ so auch Dicks, aaO., Rn. 8; Frister, aaO., 303 ff.

eine Weiterentwicklung des Rechts zu sorgen.²¹ Demnach besteht weder für binnenmarktrelevante Vergaben noch für solche unterhalb der Schwelle einer Binnenmarktrelevanz die Verpflichtung, aus Gründen der Transparenz oder der Bietergleichbehandlung inhaltlich-materielle Mindestanforderungen an die Wertbarkeit von Nebenangeboten zu stellen. Ganz offensichtlich geht der BGH aber davon aus, dass es jedenfalls in diesem Auftragsbereich auf eine Gleichwertigkeit der Nebenangebote ankommt, die im Rahmen der Wertung zu prüfen und positiv festzustellen ist.²² Wie diese Prüfung vergaberechtskonform erfolgen soll²³, lässt der BGH unentschieden. Ohne eine klare Regelung gehört somit die Gleichwertigkeitsprüfung von Nebenangeboten auch künftig zu den Mysterien des nationalen Vergaberechts. Effektiv wäre eine Lösung dahingehend, dass der (teil-)funktionalen Ausschreibung nach § 7 Abs. 13 – 15 VOB/A mehr Raum verschafft wird, die Vergabestellen mehr als bisher dazu ermutigt und im Anwendungsbereich der zahlreichen Verwaltungsvorschriften und/oder der Landesvergabegesetze dazu angehalten werden, weitaus mehr als bisher von diesem Instrumentarium Gebrauch zu machen. Soweit erforderlich, wäre der Wortlaut des § 7 Abs. 13 VOB/A entsprechend anzupassen, um der Vorschrift den ihr bisweilen anhaftenden Ausnahmecharakter zu nehmen.²⁴

4. Müssen Möglichkeiten, Rechte und Pflichten zur Nachforderung von Unterlagen neu, anders oder präziser definiert werden?

Die neu geschaffene Regelung über die Nachforderung von Unterlagen nach der VOB/A sollte an die wesentlich flexiblere Fassung der VOL/A angepasst werden.

Dem ist im jedenfalls im Kern zu widersprechen. Der Neuregelung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gingen die Diskussionen, die jetzt, nach nur kurzer Anwendungszeit, geführt werden, bereits voraus. Es fehlt an hinreichend belastbaren Erfahrungen, um die Neuregelung konsistent ändern zu können. Dass mit der Nachforderungspflicht ein erheblicher Mehraufwand für die Vergabestellen verbunden sein würde, war ebenfalls sicher; die damit verbundenen Effizienzverluste wurden bewusst in Kauf genommen. Schon versuchen Teile der Auftraggeberseite, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A durch gegenläufige Verwaltungsvorschriften ohne Rechtsgrundlagen und unter Verstoß gegen höherrangiges Recht wieder abzuschaffen.²⁵ Die Parallelvorschrift in § 16 Abs. 2 S. 1 VOL/A erweist sich als wesentlich flexibler. Aus deren praktischer Anwendung werden auch bei weitem nicht die Vollzugsprobleme berichtet, welche § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (vorhersehbar) mit sich bringt. Es ist zu empfehlen, die Nachforderungsregelung der VOB/A an diejenige der VOL/A anzupassen.

5. Ist die Regelung des § 97 Abs. 3 GWB zur Losvergabe praxis- und interessengerecht?

Hinsichtlich der losweisen Vergabe von Aufträgen klaffen Anspruch und Wirklichkeit sehr weit auseinander. Änderungen im bestehenden Regelwerk bedarf es nicht, wohl aber einer (Rück-) Besinnung der Nachprüfungsinstanzen auf den Willen des Gesetzgebers.

²¹ BGH, U. v. 30.8.2011 – X ZR 55/10; z. Z. nur ibr-online

²² aaO., Rz. 17; a. A. wohl OLG Koblenz, B. v. 26.7.2010 – Verg. 6/10 (Straßenlaternen), ibr-online

²³ Dicks spricht aaO., Rn. 86, von einer „verschwommenen Gleichwertigkeitsprüfung“

²⁴ vgl. dazu Kratzenberg in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, 17. A., § 7 Rn. 123

²⁵ vgl. Abschnitt 2.4 (25) des „Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA B-StB)“, herausgegeben durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)

Obwohl der Gesetzgeber mit der in 2009 in Kraft getretenen Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB das Gebot der losweisen Vergabe bewusst verschärft hat, handelt es sich bei dieser Regelung um „totes Recht“. Zwar kommt der Gesetzgeber der Sache nach nicht umhin, die Zusammenfassung mehrerer Teil- oder Fachlose zu gestatten, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Gelingt es jedoch einem Auftraggeber auch nur im Mindesten, einen derartigen Grund nachvollziehbar darzulegen, trägt die Vergaberechtsprechung jede Gesamtvergabe nahezu uneingeschränkt mit.²⁶ So wurde gar argumentiert, dass § 97 Abs. 3 GWB nicht verletzt sei, wenn „vornherein eine Losaufteilung dort ausscheiden muss, wo sie schlechterdings für das Projekt keinen Sinn mehr macht.“²⁷ Kommt hinzu, dass die Dokumentation der Gründe für eine Gesamtvergabe ebenso nachgeholt werden kann, wie die materielle Begründung für die unterlassene Losaufteilung als solche,²⁸ dann wird offenbar, dass der von einer unterbliebenen Losaufteilung nachteilig betroffene Bieter trotz der klaren Vorgaben in § 97 Abs. 3 und Abs. 7 GWB diesen Punkt noch nicht einmal mit Aussicht auf Erfolg nachprüfen lassen kann. Gefragt ist also keine weitere, mutmaßlich ebenfalls ins Leere gehende Anpassung des § 97 Abs. 3 GWB, sondern gefragt sind ein echter Gesetzesvollzug und eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende gerichtliche Überprüfung dieses Vollzugs.

6. Bedarf es einer kritischen Rezeption der Tätigkeit von Vergabekammern und Vergabesenaten vor dem Hintergrund, dass nur noch 13,7 % der Nachprüfungsanträge Erfolg haben?

Es ist nicht Aufgabe der Nachprüfungsinstanzen, allgemeinpolitischen Forderungen nach mehr Wirtschaftlichkeit in den Beschaffungsprozessen und nach mehr Rechtsschutzbeschränkung durch eine beständige Rückführung der Kontrolldichte zu entsprechen. Vergabenachprüfungsinstanzen haben effektiven Bieterrechtsschutz zu gewähren, nicht aber effektiven Schutz vor Bieterrechten.

Aus Sicht der Bieter wird der Vergaberechtsschutz zunehmend als stumpfes Schwert wahrgenommen, als kostspielige, aber inhaltlich äußerst begrenzte und vor allem als verwaltungsnahe Verfahrensüberprüfung. Statistische Zahlen alleine sind gewiss kein Beleg für einen ineffektiven Vergaberechtsschutz. Nicht nur die Bieterseite, sondern auch die Auftraggeberseite lernt hinzu und ist, weit mehr als noch zu Beginn der Einführung des Vergaberechtsschutzes, dazu in der Lage, rechtssichere Vergabeverfahren durchzuführen. Damit einher geht nahezu zwangsläufig der Rückgang der Erfolgsquote von Bietern in Nachprüfungsverfahren. Ausgesprochen kritisch zu begegnen ist jedoch den teilweise offen proklamierten Bemühungen der dritten Gewalt, sich zunehmend unter durchaus fragwürdigen Effizienz- und Kostengesichtspunkten aus einer effektiven Nachprüfung zurückzuziehen.²⁹ An die klar verfassungswidrige Handhabung der Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB sei ebenso erinnert wie daran, dass dies der Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht bedurfte.³⁰ Nicht minder kritische Tendenzen zeichnen sich mit der zunehmenden Begründung übergesetzlicher Antragserfordernisse, wie etwa ungeschriebener Kausalitätserwägungen zwischen Rechtsverstoß und Bieterrechtsverletzung³¹ oder der „mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragsstellers“, ab³². Hier ist keine Gesetzesänderung nötig, sondern eine Rückbesinnung auf die gesetzlichen Vorgaben der Vergabenachprüfung und deren Verankerung im Gefüge der Gewaltenteilung.

²⁶ zur beispielhaften – unveränderten – Rechtsprechung vgl. OLG Brandenburg, VergabeR 2011, 652, 657; OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 718, 720; OLG Karlsruhe, VergabeR 2011, 722, 727/728

²⁷ OLG Celle, VergabeR 2010, 661, 664

²⁸ OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 718, 721

²⁹ so Frister, aaO.; kritisch dazu Antweiler, aaO.

³⁰ BVerfG, VergabeR 2004, 597

³¹ OLG Düsseldorf, B. v. 17.02.2010, aaO.

³² OLG Düsseldorf, VergabeR 2010, 84

Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Einführung

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn

Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt ist Partner der Redeker Sellner Dahs Partnerschaftsgesellschaft und seit mehr als 25 Jahren bundesweit im Bereich des Bau-, Anlagenbau- und Architektenrechts außergerichtlich wie auch gerichtlich tätig. Darüber hinaus ist er Honorarprofessor an der Hochschule Bochum, Vorstandsmitglied des Deutschen Baugerichtstages, Leiter des dortigen AK IV zum Architekten- und Ingenieurrecht und Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht sowie der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht beim BMJ. Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt ist ferner Autor und Mitherausgeber verschiedener namhafter Publikationen zum Bau- und Architektenrecht.

Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Koeble, Reutlingen

Dr. Wolfgang Koeble ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Reutlingen. Das dortige Büro Koeble, Donus, Fuhrmann, Locher, Schotten und Zahn ist nahezu ausschließlich bau- und immobilienrechtlich ausgerichtet. Es befasst sich bundesweit mit allen Arten von baurechtlichen Streitigkeiten, aber auch mit der außergerichtlichen Streiterledigung, der Projektentwicklung sowie der Baubegleitung. Dr. Koeble selbst war und ist bei bundesweit herausragenden Projekten mit der Abwicklung der Bauphase und Streitsachen nach Beendigung der Bauphase sowie mit zahlreichen Schiedsgerichtsverfahren im Bau- und Anlagenbau befasst. Er ist Gründungsmitglied der ARGE Baurecht im DAV sowie Mitglied zahlreicher baurechtlicher Vereinigungen. Ferner ist er Herausgeber und Autor zahlreicher Bücher und als Referent für viele Akademien und Institute tätig.

Referenten

Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Dammert, Leipzig

Prof. Dr. Bernd Dammert ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und seit mehr als 20 Jahren als Rechtsanwalt im Bau-, Architekten-, Vergabe- und Verwaltungsrechtssachen in Leipzig tätig. Als Honorarprofessor vertritt er die Bereiche öffentliches und privates Baurecht; seit 1998 ist er ehrenamtlicher Beisitzer der 1. Sächsischen Vergabekammer; 1990 bis 2010 war er Syndicus einer Architektenkammer. Prof. Dr. Dammert ist als Mitherausgeber und Autor an einer Reihe baurechtlicher Publikationen beteiligt. Darüber hinaus ist er Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht sowie der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht beim BMJ.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach

Rechtsanwalt Dr. Heiko Fuchs ist Partner der bundesweit und international tätigen Kanzlei Kapellmann & Partner sowie Lehrbeauftragter für das Bauvertragsrecht an der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sein Arbeitsschwerpunkt als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht liegt neben den forensischen - insbesondere auch (international) schiedsgerichtlichen - Tätigkeiten in der auftragnehmer- und auftraggeberseitigen Beratung zu großen nationalen und internationalen Bau- und Anlagenbauprojekten. Dr. Fuchs ist Verfasser regelmäßiger Veröffentlichungen zum Bau- und Architektenrecht, Mitautor der "Einführung in die HOAI-Basis des Architektenrechts" sowie Mitherausgeber und Autor eines in der Entstehung befindlichen Kommentars zur HOAI und zum Architektenrecht.

Architekt Dipl.-Ing. Klaus Dieter Siemon, Vellmar

Dipl.-Ing. Klaus Dieter Siemon ist Architekt und von der IHK Kassel öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Architektenleistungen und Honorarrecht. Der Schwerpunkt seiner Sachverständigentätigkeit liegt in den Bereichen Honorare, Architektenleistungen und Baukosten. Er ist durch zahlreiche Fachbeiträge hervorgetreten. Von ihm liegen u.a. Publikationen zur HOAI-Praxis bei Architektenleistungen, Baukosten bei Neu- und Umbauten sowie zur HOAI 2009 vor.

Mitwirkende an der Podiumsdiskussion

Rechtsanwalt Prof. Dr. Mathias Preussner, Konstanz

Prof. Dr. Mathias Preussner ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und seit mehr als 30 Jahren in Konstanz als Rechtsanwalt in Bausachen und Verwaltungsrechtssachen tätig. Darüber hinaus lehrt er als Honorarprofessor an der Hochschule für Technik, Wirtschaft und Gestaltung Konstanz die Fächer "Baurecht" und "Architektenrecht". Prof. Dr. Preussner ist ständiger Mitarbeiter der Zeitschriften "Baurecht" und "IBR". Für Beck-online gibt Prof. Dr. Preussner zusammen mit Rechtsanwalt Kandel den Online-Kommentar zur VOB/B heraus. Ferner hat Prof. Dr. Preussner im C.H. Beck-Verlag einen Kommentar zur HOAI verfasst. Des Weiteren sind Monografien zur "Haftung des Architekten" und zur "Baukostenplanung" erschienen, an denen Prof. Preussner als Mitherausgeber und Autor beteiligt ist.

Rechtsanwalt Friedrich-Karl Scholtissek, Hamburg

Friedrich-Karl Scholtissek ist Gründungspartner der Sozietät SK-Rechtsanwälte in Hamburg, Lehrbeauftragter für Bau- und Architektenrecht an der HafenCity Universität Hamburg (HCU), Vertrauensanwalt des BDA, Mediator und Arbeitskreisleiter für das Architekten- und Ingenieurrecht der Deutschen Gesellschaft für Baurecht. Rechtsanwalt Scholtissek ist seit über 20 Jahren ausschließlich im Bau- und Architektenrecht tätig und berät große und mittelständische Architekturbüros im In- und Ausland, Bauunternehmen sowie institutionelle und private Bauherren. Er ist ferner Autor zahlreicher Fachaufsätze; von ihm ist u.a. der HOAI 2009-Kommentar im C.H. Beck Verlag erschienen.

Thema des Arbeitskreises:

Empfehlen sich gesetzliche Regelungen für das Architektenvertragsrecht?

Einführung

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt

Die Diskussion um die Novellierung des Werkvertragsrechts befindet sich in vollem Gange. Sie erfasst zugleich und automatisch auch die Frage nach ergänzenden gesetzlichen Regelungen für das Architektenvertragsrecht. Der Arbeitskreis IV zum Architekten- und Ingenieurrecht hat sich daher anlässlich des 3. Deutschen Baugerichtstages am 7./8.5.2010 mit den Grundfragen dahingehend befasst, zu welchen architektenrechtlichen Themen spezielle Regelungen über das allgemeine Werk- und Bauvertragsrecht hinaus gesetzlicher Kodifizierung zugeführt werden sollten.

Gegenstand der Diskussion und Abstimmung anlässlich des 3. Baugerichtstages waren insgesamt 5 einzelne Themen, nämlich die vertragsrechtliche Einordnung des Architekten- und Ingenieurvertrages nach eher werk- bzw. dienstvertraglichen Kriterien, die strukturelle Behandlung der vertragsprägenden Beschaffenheits- und Leistungskriterien vor dem Hintergrund der Leistungsbilder der HOAI, die Auswirkungen der dynamischen Fortentwicklung der planerischen Leistungen von Architekten und Ingenieuren unter Berücksichtigung eines Anordnungsrechts des Auftraggebers, die Behandlung der Abnahme der Planungsleistungen einschließlich des hierfür angezeigten Zeitpunktes sowie schließlich die Frage nach dem Haftungsverhältnis zwischen Planer einerseits und ausführendem Unternehmer andererseits.

Die hierzu anlässlich des 3. Baugerichtstages gewonnenen Diskussionserkenntnisse sowie die hierzu ausgesprochenen Empfehlungen sind in der Folgezeit eingegangen in die laufenden Diskussionen um eine mögliche Novellierung des Bauvertrags- und Architektenrechts in der seit Frühjahr 2010 regelmäßig tagenden Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz. Aus den Themen und Thesen des 3. Baugerichtstages aus Mai 2010 hat die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht sich schwerpunktmäßig zunächst mit den allgemeinen bauvertragsrechtlichen Fragestellungen - geschuldete Leistung, Baubeschreibungspflicht, Prüf- und Hinweispflicht, Anordnungsrecht - befasst, jedoch ergänzend hierzu in einer eigens 2011 eingerichteten Unterarbeitsgruppe die zusätzlichen und komplementären, das Architektenvertragsrecht betreffenden Themen aufgegriffen. Diese Themen haben sich dabei durchaus inhaltlich an den beim 3. Baugerichtstag behandelten Fragestellungen orientiert. Gegenstand der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht waren in mehreren Sitzungen 2011 die rechtliche Qualifizierung des Architekten- und Ingenieurvertrages, der Bedarf an Sonderregelungen für Planungs- und Überwachungsleistungen innerhalb des Werkvertragsrechts, die Art und Weise des Vertragsschlusses und der vertragstypischen Pflichten sowie die Besonderheiten zur Abnahme und gesamtschuldnerischen Haftung zwischen Architekten und Ingenieuren im Verhältnis zu den bauausführenden Unternehmen.

Im Herbst 2011 hat die Unterarbeitsgruppe ihre komplementäre und der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zuarbeitende Tätigkeit in Bezug auf die speziellen Gegebenheiten des Architekten- und Ingenieurrechts vorläufig beendet. Aufgrund des in der Unterarbeitsgruppe erreichten Diskussionsstandes erscheint es deshalb angebracht, die beim 3. Baugerichtstag behandelten Grundfragen noch einmal aufzugreifen und anhand des mittlerweile erreichten Diskussionsstandes in der Unterarbeitsgruppe Architektenrecht konkreter und vertiefter Erörterung im Arbeitskreis IV des Deutschen Baugerichtstages zuzuführen. Abweichend von den vorausgegangenen Baugerichtstagen wird es anlässlich des 4. Baugerichtstages im Arbeitskreis IV nicht vorrangig darum gehen, durch Thesenbildung und ihre Behandlung einschließlich ausgesprochener Empfehlungen grundlegende Neuanstöße für die Rechtsdiskussion auszusprechen; im Arbeitskreis IV wird es nunmehr darum gehen, die bereits vorliegenden (Zwischen-) Ergebnisse näher zu beleuchten und im Plenum zu diskutieren.

Zu diesem Zweck wird es zu den zu behandelnden Zwischenergebnissen zunächst einleitende Statements geben: Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Dammert wird als Mitglied der Arbeitsgruppe Bauver-

Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Einführung

tragsrecht und insbesondere auch der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht die derzeitigen (Zwischen-) Ergebnisse der dortigen Diskussion vorstellen, Rechtsanwalt Dr. Heiko Fuchs wird aus der Sicht des an der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht nicht beteiligten Architektenrechtlers rechtliche Gedanken zu dem Diskussionsstand beitragen, ergänzend wird der Honorarsachverständige Dipl.-Ing. Klaus Dieter Siemon aus Sicht eines Architekten und Honorarsachverständigen eine kurze Beurteilung zu den leistungs- und honorarrechtlichen Auswirkungen des erreichten Standes der (Zwischen-) Ergebnisse beisteuern. Unter Einbeziehung der am Podium Beteiligten wird anschließend Gelegenheit bestehen, den derzeitigen Zwischenstand der Reformbemühungen zu diskutieren. Vor allem soll es dabei darum gehen, aus dem Erkenntnis- und Meinungsbild des Auditoriums weitere Anregungen für die Fortsetzung der Arbeiten in den Arbeitsgruppen beim Bundesministerium der Justiz zu gewinnen.

Der 3. Baugerichtstag hat empfohlen, in einem gesetzlich neu zu gestaltenden Bauvertragsrecht die Besonderheiten der Architekten- und Ingenieurverträge zu berücksichtigen und entsprechend zu regeln. Ferner wurde empfohlen, in einem neu zu gestaltenden Bauvertragsrecht - vorbehaltlich einer besonderen vertraglichen Regelung - vorzusehen, dass die Architekten und Ingenieure die jeweils im konkreten Planungs- und/oder Überwachungsprozess erforderlichen Leistungen zu erbringen haben, um die vereinbarten Planungsziele zu erreichen. Schließlich wurde empfohlen, in ein neues gesetzliches Architektenvertragsrecht auch ein Anordnungsrecht des Bestellers - vorbehaltlich etwaiger urheberrechtlicher Belange - aufzunehmen, sofern die sich hieraus ergebenden Leistungen für den Architekten und/oder Ingenieur zumutbar sind.

Die Unterarbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium hat diese Anregungen aufgegriffen und ist nach ergänzender Diskussion zu der Einschätzung gelangt, dass der Architekten- und Ingenieurvertrag grundsätzlich als werkvertraglich zu qualifizieren sei, den Besonderheiten dieses Vertragstypus im Vergleich mit dem allgemeinen Werkvertragsrecht jedoch durch ergänzende Regelungen Rechnung getragen werden sollte. Besondere Bedeutung soll dabei der Definition des architektenrechtlich geschuldeten Erfolgs beigemessen werden, wobei folgende Kriterien Beachtung finden sollten:

- Unterscheidung zwischen Planungserfolg und Planungsschritten/Leistungsschritten
- Verdichtung/Konkretisierung der Planung als längerer dynamischer Prozess sowie
- Pflicht des Architekten zur Konkretisierung des (Planungs-) Erfolgs sowie Mitwirkungspflicht des Auftraggebers einschließlich eines Rechts zur Erteilung von Vorgaben für die auszuführenden Leistungen.

Die vorgenannten Kriterien sollen dabei insbesondere ergänzend auch dazu beitragen, die im Laufe des dynamischen Planungsprozesses notwendigen Konkretisierungen des Planungserfolges von solchen Änderungsleistungen abzugrenzen, die eine Mehr- oder Mindervergütung auslösen können. Vor allem soll auch erreicht werden, dass Änderungswünsche des Auftraggebers, die bereits früher getroffene, verbindliche Festlegungen betreffen, dann nur noch über einseitige Anordnungsrechte und entsprechende Vergütungsfolgen geltend gemacht werden können.

Von Prof. Dr. Bernd Dammert (Leipzig) und Prof. Dr. Wolfgang Voit (Marburg) wurde hierzu ein gesetzliches Regelungskonzept in Form einer ergänzenden Vorschrift als § 631 a BGB - E vorgeschlagen und wie folgt formuliert:

"Der Unternehmer eines Architekten- oder Planervertrages schuldet, sofern nichts anderes vereinbart ist, die Umsetzung der vereinbarten Planungsvorgaben und die Überwachung der Ausführung der vom Besteller genehmigten Planung. Stehen die Ziele und Grundlagen der geschuldeten Planung noch nicht fest, ermittelt der Unternehmer diese nach den Vorgaben des Bestellers und legt sie ihm einschließlich einer Kostenschätzung zur Zustimmung vor. Der Unternehmer kann dem Besteller eine angemessene Frist zur Zustimmung setzen. Verweigert der Besteller die Zustimmung, so kann der Unternehmer den Vertrag kündigen."

Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Einführung

Die vorgeschlagene Regelung eines neu einzufügenden § 631 a BGB - E schließt zunächst hinsichtlich Satz 1 unmittelbar an die wiedergegebenen Empfehlungen der Unterarbeitsgruppe an, gleichermaßen aber auch an die Empfehlungen des 3. Baugerichtstages, indem - für den Fall keiner anderslautenden ausdrücklichen Vereinbarung - einerseits angeknüpft wird an die zu vereinbarenden Planungsziele/Planungsvorgaben und andererseits die (schrittweise) zu diesem Zweck auszuführenden (Teil-) Leistungen. Die Parteien des Architekten- und Ingenieurvertrages sollen dadurch angehalten werden, sich bereits frühzeitig und konkret auf die für den werkvertraglichen Erfolg maßgebenden Planungsziele und die zu diesem Zweck durchzuführenden Planungs- und Leistungsschritte zu verständigen. Der werkvertragliche Erfolg wird damit zugleich an die Erreichung der Planungsziele wie auch die Durchführung der Planungs-/Leistungsschritte gebunden.

Mit den nachfolgenden Sätzen des § 631 a BGB - E soll dem Umstand ergänzend Rechnung getragen werden, dass regelmäßig zu Beginn der Planungsleistungen überhaupt noch nicht feststeht und auch nicht feststehen kann, welche Planungsziele und welche Planungsgrundlagen für die Planungstätigkeit und ihren Erfolg von ausschlaggebender Bedeutung sind. Aus diesem Grunde werden vielfach die angesprochenen Planungsziele und Planungsgrundlagen heute in einer vertraglich so nicht vorgesehenen Null-Phase oder überhaupt erst - entsprechend den Vorstellungen der Leistungsphase 1 der HOAI - nach Zustandekommen des Vertrages gewonnen. Nicht zuletzt hieraus ergeben sich häufig erhebliche Probleme im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen unentgeltlicher Akquisitionslieferung einerseits und entgeltlicher Architektenleistung andererseits. Um diese tatsächliche wie rechtliche Problematik in den Griff zu bekommen, wird nun angeregt, den Architektenvertrag quasi zweistufig auszubilden und zwar in der Form, dass einer "Konzeptionsphase" nach abschließender Entscheidung des Auftraggebers die "Umsetzungs- und Realisierungsphase" nachfolgt. In der Konzeptionsphase sollen die vom Auftraggeber vorgegebenen und mit ihm abzustimmenden Planungsziele und Planungsgrundlagen so weit entwickelt werden, dass anhand einer vorzulegenden Kostenschätzung der durch das Planungsvorhaben zu erwartende Kostenrahmen eingegrenzt werden kann. Bezogen auf diesen Zeitpunkt sieht § 631 a Satz 3 und 4 BGB - E vor, dass der Auftraggeber sich innerhalb angemessener Frist zur Zustimmung des entwickelten Planungskonzeptes zu äußern hat; verweigert der Auftraggeber die Zustimmung, so wird dem Architekten die Möglichkeit zur Kündigung des Vertrages hinsichtlich der nachfolgenden Leistungen eingeräumt. Ergänzend hierzu schlagen Dammert/Voit vor, die Bestimmung des § 649 BGB zu ergänzen und zwar um § 649 Satz 4 und 5 BGB - E in Bezug auf eine korrespondierende Kündigungsmöglichkeit des Auftraggebers sowie die sich ergebenden Kündigungsfolgen:

"Die Vergütungspflicht nach Satz 2 beschränkt sich auf die erbrachten Leistungen, wenn der Besteller den Vertrag nach der Vorlage der Planungsgrundlagen nach § 631 a Satz 2 kündigt. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Planungsgrundlagen, jedoch bei Verbrauchern nur dann, wenn der Unternehmer auf das Kündigungsrecht und die Frist bei der Vorlage der Planungsgrundlagen hingewiesen hat."

Danach hat es der Auftraggeber in der Hand, nach Kenntnisnahme der entwickelten Planungsziele, Planungsgrundlagen und der für die Planungsentscheidung maßgebenden Kostenschätzung den mit dem Architekten abgeschlossenen Vertrag - innerhalb einer Frist von zwei Wochen - einseitig durch Kündigung zu beenden. Soweit es sich bei dem Auftraggeber um einen Verbraucher handelt, soll die befristete Möglichkeit zur Kündigung aber davon abhängig gemacht werden, dass der Auftraggeber von Seiten des Architekten sowohl auf das Kündigungsrecht wie auch auf die Kündigungsfrist ausdrücklich bei Vorlage der Planungsgrundlagen hingewiesen hat. Hierdurch wie auch durch § 631 a BGB - E soll erreicht werden, dass sich unter den genannten Voraussetzungen Lösungsmöglichkeiten von dem Planungsvertrag ergeben und zwar nach Durchführung der Konzeptionsphase. Soweit danach der Auftraggeber die Kündigung ausspricht, soll sich seine Vergütungspflicht gegenüber dem Architekten auf die in der Konzeptionsphase erbrachten Leistungen beschränken, also von § 649 Satz 2 BGB mit den dort gesetzlich vorgegebenen weiteren Vergütungsansprüchen Abstand genommen werden.

Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Einführung

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit stellen sich zu diesem in Diskussion befindlichen zweistufigen Architektenvertragsmodell eine Reihe von Fragen, die bislang auch von der Unterarbeitsgruppe beim BMJ noch nicht abschließend diskutiert und mit einer konkreten Empfehlung versehen werden konnten:

- Ist das zweistufige Vertragsmodell mit dem Grundsatz pacta sunt servanda in Übereinstimmung zu bringen?
- Ist ein zweistufiges Modell eher als Zwei-Phasen-Vertrag mit Abrufmöglichkeit oder aber als einheitlicher Vertrag mit Kündigungsmöglichkeit auszugestalten?
- Wie gehen die erarbeiteten Planungsziele und Planungsgrundlagen in den konkreten Vertragsinhalt hinein?
- Bestehen weitere Anforderungen an die Beschreibung der Planungsziele und Planungs-/Leistungsschritte?
- Bedarf ein derartiger Vertrag bestimmter Form?
- Ist eine unterschiedliche Handhabung zwischen Verbraucherverträgen und b-to-b-Verträgen erforderlich bzw. angebracht?
- Wie könnte die Schnittstelle zwischen den Phasen sinnvoll unter Berücksichtigung der Belange beider Vertragspartner gezogen werden?
- Wie würde sich ein solches Modell in die HOAI-Leistungsbilder und -phasen einordnen?
- Ist ein Zustimmungszeitraum von (lediglich) zwei Wochen ausreichend?
- Welche Hinweispflichten treffen den Architekten in welcher Form?
- Ist es richtig, dass sich die Vergütungspflicht nach Kündigung des Bestellers auf die erbrachten Leistungen beschränkt?
- Soll auch dem Architekten ein entsprechendes Kündigungsrecht zustehen?
- Welche finanziellen Folgen sollen durch ein derartiges Kündigungsrecht des Architekten ausgelöst werden?

Die vorgenannten Punkte und möglicherweise eine Reihe weiterer bedürfen kritischer Betrachtung und eingehender Diskussion während des 4. Baugerichtstages. Gegenstand wird dabei einerseits die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit eines zweiphasigen Vertragsmodelles, andererseits aber auch seine konkrete etwaige Ausgestaltung sein. Aus diesem Grunde wird es auch und gerade darum gehen, anhand der in der Praxis gewonnenen Erfahrungen eine Aussage dazu zu treffen, welche rechtlichen und tatsächlichen Vor- und Nachteile mit einem entsprechenden gesetzlichen Lösungsmodell verbunden wären. Die vorgenannten Fragen und die einführenden Statements werden Grundlage für die breit angelegte Diskussion auf dem Podium und im Auditorium sein. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse und Empfehlungen sollen nach den Vorstellungen des Vorstandes des Deutschen Baugerichtstages sowie der Arbeitskreisleitung in die weitere Diskussion beim BMJ um Spezialregelungen zum Architekten- und Ingenieurrecht eingehen.

Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

Einführung

Arbeitskreisleiter

Prof. Jürgen Ulrich, Dortmund

Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund
Honorarprofessor an der Hochschule Bochum
Mitglied des Landesjustizprüfungsamtes NRW
Autor des Buches 'Der gerichtliche Sachverständige'
Autor des Buches 'Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen'
Verfasser diverser Aufsatzveröffentlichungen zum Prozess-, Bau- und Sachverständigenrecht

Dipl.-Ing. (FH) Architekt Werner Seifert, Würzburg

öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger
Mitautor des HOAI-Kommentars Korbion/Mantscheff/Vygen
Mitautor des Handbuchs für den Bausachverständigen
Verfasser diverser weiterer Fachveröffentlichungen
Mitherausgeber der Zeitschrift IBR - Immobilien- und Baurecht
Mitarbeiter für ziviles Baurecht bei der Zeitschrift BauR
Leiter des Bundesfachbereichs „Architekten- und Ingenieurhonorare“ des Bundesverbands öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger (BVS) Mitglied des Fachausschusses Honorare für Leistungen der Architekten der IHK Region Stuttgart
Mitglied in weiteren Gremien und Fachausschüssen.

Referenten

Prof. Dr.-Ing. Rolf Katzenbach, Frankfurt/Main

Direktor des Institutes und der Versuchsanstalt für Geotechnik der Technischen Universität Darmstadt, öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger, Geschäftsführender Gesellschafter der Ingenieursozietät Professor Dr.-Ing. Katzenbach GmbH, Frankfurt am Main, Darmstadt, Weinheim, Moskau, Kiew
Mitherausgeber des Beck'schen VOB/C-Kommentars
Mitherausgeber der Fachzeitschrift Bauingenieur
Vorsitzender der Prüfungskommission zur fachlichen Anerkennung der Prüfsachverständigen für Erd- und Grundbau nach Bauordnungsrecht, Bundesingenieurkammer, Berlin
Mitglied des Lenkungsgremiums im Normenausschuss Bauwesen im DIN
Direktor des TU Darmstadt Energy Center
Vorsitzender des Hessen RIC im Climate KIC des European Institute of Innovation and Technology (EIT; Brüssel, Budapest)
Vorsitzender des internationalen Technischen Komitees TC 212 „Deep Foundations“ der International Society for Soil Mechanics and Geotechnical Engineering (ISSMGE)

Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Katrin Meins, Kiel

Vorsitzende Richterin am Landgericht
Mediatorin
Referentin für Sachverständigenangelegenheiten
z.Zt. Vorsitzende einer großen Strafkammer
mehrjährige Mitarbeit in einer Spezialkammer für Bausachen
Mitglied des Sachverständigenprüfungsausschusses der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein
Ausbildlerin im Sachverständigenlehrgang der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein
Mitglied des Sachverständigenausschusses der Industrie- und Handelskammer zu Kiel
Referentin auf Seminaren und Fortbildungen u.a. der Dachdeckerinnung Schleswig-Holstein

Thema

Bedarf es im Baurecht gesetzlicher (Neu-)Regelungen betreffend die Verwendung von Gerichts- und/oder Privatgutachten?

Einführung

Einige zu Beginn des 19. Jahrhunderts, also vor der im Jahre 1877 erstmals veröffentlichten Zivilprozessordnung, in dem Archiv für civilistische Praxis (AcP) gebrachte Fachaufsätze befassten sich schon sehr vertiefend mit dem Sachverständigenbeweis: So lieferte Mittermaier in dem im Jahre 1819 erschienen 2. Band dieser Zeitschrift seine „Beiträge zur Lehre vom Beweis durch Sachverständige“. Er goutierte da recht vehement „die Analogie zum Zeugenbeweis, der Richter prüft die Aussagen der

Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

Einführung

Sachverständigen nach den Regeln, welche bei dem Widerspruche der Zeugen entscheiden.“ Gemäß dieser Darstellung sollte in erster Linie die Beibringung privater Gutachten gelten, wobei der Richter von Amts wegen Gutachten erst dann einholen konnte, wenn er Lücken in diesen Gutachten erkannte. Rudolfstadt führte in seinem 24 Jahre später im Band 26 dieser AcP veröffentlichten Text „Zur Lehre vom sogenannten Beweis durch Kunst- und Sach-Verständige, insbesondere über deren von Amtswegen verfügte Beziehung im Civilprozeß“ ähnliches aus.

Diese Vorstellungen dahin, dass die Parteien private gutachterliche Äußerungen zu bringen haben und der Richter allenfalls zur Prüfung deren Richtigkeit bzw. bei Vorhandensein eigener Verständnis- bzw. Wissenslücken - nachfolgend von Amts wegen - weitere gutachterliche Angaben einholen kann, haben sich in der deutschen ZPO dann so nicht durchgesetzt: Im Streit privat besorgte Gutachten haben gegenwärtig jedenfalls durchweg gar keinen eigenständigen Beweiswert. Der Sachverständigenbeweis wird von vorneherein nur über gerichtlich beauftragte Sachverständige organisiert; der Richter formuliert die konkreten Fragen, er sucht - i.d.R. autonom - die Person des gerichtlichen Sachverständigen aus, der dann das Wissen über die vom Richter als streitentscheidend eingestufte nicht-juristische Technik beizusteuern hat.

Indes ist in den vergangenen Jahrzehnten dieser Primat des gerichtlichen Sachverständigen in den kritischen Fokus geraten: Eine 1982 veröffentlichte Untersuchung (Pieper/Breunung/Stahlmann, Sachverständige im Zivilprozess - Theorie und Dogmatik des Sachverständigenbeweises, 1982) hat für die Zeit der damaligen Erhebung offenbart, dass Richter in beinahe 95% der Fälle den von ihnen eingeholten Gutachten folgen. Jüngere Arbeiten zu diesem Thema fehlen zwar; indes kann, zumal die den Gegenstand insbesondere von Bauprozessen ausmachende Technik komplizierter und komplexer sowie die tatsächlichen fachlichen Erkenntnismöglichkeiten vielfältiger geworden sind, davon ausgegangen werden, dass die gegenwärtige Faktizität sich nicht wesentlich anders darstellt. Eben weil die für die Be- und Verwertung der Gutachten erforderliche Sachkunde allein aus dem Gutachten abgeleitet werden kann und der Verfasser des Gutachtens - auch aus Gründen vermeintlicher Ökonomie (er unterliegt der von den nachfolgend tätig werdenden Kostenbeamten/Bezirksrevisoren bisweilen überpeinlich wahrgenommenen Pflicht zur Kosten einsparenden Arbeit) - durchweg bloß diejenige Sachkunde mitliefert, die er für die Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit seiner konkreten, fachlichen Äußerung für erforderlich und erstattungsfähig erachtet, entwickelt sich i.d.R. eine richterliche „Überzeugung“ von der Richtigkeit des erhaltenen gerichtlichen Gutachtens, die sich „bei Licht“ allenfalls als die (laienhafte) Vorstellung von einer gewissen Schlüssigkeit der produzierten fachliche Äußerung des Sachverständigen entpuppt. Bereits vor mehr als einem Jahrzehnt hat Quack (BauR 1993, 161) zu dieser beweisrechtlichen „Vermutung der Richtigkeit des eingeholten gerichtlichen Gutachtens“ den - noch immer aktuellen - Satz geprägt: „Verlorene Gutachten sind ... verlorene Prozesse.“

Bezeichnenderweise scheint die Strafjustiz bereits kapituliert zu haben: Für Strafsachen hat der BGH schon einige Male herausgestellt, dass der Richter sich sogar einem Gutachten anschließen dürfe, welches er gar nicht verstanden habe; er müsse das Gutachten in den Urteilsgründen nur so wiedergeben, wie dies zum Verständnis der Schlüssigkeit und sonstigen Rechtsfehlerfreiheit erforderlich sei.

Eröffnet der gegenwärtige Zivilprozess Möglichkeiten, sich gegen diese „Übermacht“ der gerichtlichen Sachverständigen zu wehren? § 412 ZPO eröffnet zwar den Weg zu der Einholung eines neuen Gutachtens; die Praxis zeigt aber, dass diese Vorschrift eher selten zur Anwendung kommt. Für die Parteien und ihre Rechtsanwälte, die durchweg nicht die Qualifikation eines technischen Sachverständigen besitzen und dennoch neuen Sachverstand einbringen wollen, bleibt allein der Einsatz von Privatgutachten. Insoweit müssen sie aber feststellen, dass Privatgutachten im streitigen Prozess nach aktueller Einschätzung das gerichtlich eingeholte Gutachten grundsätzlich nicht zu ersetzen vermögen. Denn weiterhin stuft die Rechtsprechung die im Verlauf des Rechtsstreits gelieferten Privatgutachten bloß als urkundlich belegten („qualifizierten“) Parteivortrag ein, den der Richter zwar erkennbar zur Kenntnis zu nehmen hat, dem er aber - jedenfalls im Streit - nicht ohne weiteres folgen kann.

Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

Einführung

Das Privatgutachten hat als solches - jedenfalls bisher - keine gewichtige Beweismittel-Qualität. In Betracht kommen soll die Verwertung der schriftlich vorliegenden privaten Begutachtung im Urkundenbeweis, mithin dergestalt, dass ein Fachmann diese Erklärung abgegeben hat; beachtlich ist insoweit aber, dass Beweis durch Urkunde kein Surrogat für Beweis durch Sachverständigen sein kann.

Der Arbeitskreis VI „Sachverständige“ des 4. Deutschen Baugerichtstages erörtert etwaige Empfehlungen zur Verbesserung des Rechts über den Beweis durch Sachverständigengutachten; insbesondere: Bedarf es im Baurecht gesetzlicher (Neu-)Regelungen zu Gerichts- und/oder Privatgutachten?

- Immerhin gehen auf anderen rechtlichen Bereichen moderne Gesetze betreffend Auswahl, Einsatz und Funktion des Sachverständigen beachtliche neue Wege: § 163 Abs. 2 des am 1.9.2010 in Kraft getretene FamFG lässt - indes nur für Kindschaftssachen - eine über die herkömmliche Statusdiagnostik, will heißen: über die bloße psychologische Begutachtung als Entscheidungshilfe für das Gericht, hinausgehende und dann auf die einvernehmliche Konfliktlösung abzielende Tätigkeit des gerichtlich bestellten Sachverständigen ausdrücklich zu. Dieser darf - Voraussetzung ist eine besondere richterliche Anordnung - eine „erfolgsorientierte Begutachtung“ durchführen. Bereits im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens ist diese neue Vorschrift heftig kritisiert worden: Gerügt wurde in erster Linie, dass diese Vermischung von Diagnose und Therapie jedenfalls bei einem Scheitern der Einigung dazu führe, dass demselben Sachverständigen das Zurückgehen vom einigungsfördernden Akteur zum distanzierten Diagnostiker nicht mehr gelingen könne. § 329 Abs. 2 FamFG erfasst die Autonomie des Gerichts bei der Auswahl eines Sachverständigen betreffend die Unterbringung einer Person: Der behandelnde Arzt darf im Unterbringungsverfahren zum Sachverständigen bestellt werden, solange es sich nicht um Unterbringung mit einer Gesamtdauer von mehr als vier Jahren handelt; der Verwertung des Sachverständigengutachtens des behandelnden Arztes steht nicht entgegen, dass der Betroffene diesen nicht von der Verschwiegenheitspflicht befreit hat.
- Von einigen wird jetzt vorgeschlagen, § 406 Abs. 1 ZPO um einen Satz 3 dahin zu komplettieren, dass sich die Befangenheit eines gerichtlichen Sachverständigen noch nicht allein daraus ergebe, dass dieser zuvor betreffend denselben Gegenstand als privater Gutachter tätig war; immerhin wird in dieser Vorschrift ja schon ausgeführt, dass bisherige Zeugeneigenschaft nicht zu Befangenheit führt.
- Andere wollen Privatgutachten in ihrer Bedeutung jedenfalls dann gesetzlich aufwerten, wenn die ihnen zugrunde liegenden tatsächlichen Ermittlungen aufgrund einer den gerichtlichen Betätigungen ähnlichen Weise abliefen und insbesondere die Sachverständigen eine den gerichtlichen gleichkommende Qualifikation vorweisen.
- Letztendlich wird die schon vor Jahren gebrachte Empfehlung wiederholt, durch Veränderung des Rechts über die Gerichtsverfassung technischen Sachverstand vergleichsweise den Kammern für Handelssachen oder den mit Patentsachen befassten Gerichten unmittelbar auf die Richterbank zu bringen.

Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

Thesen

Thesen:

A. *Thesen von Vorsitzende Richterin am LG Dr. Katrin Meins*

1. Der gerichtliche Sachverständige ist der Gehilfe des Richters.
2. Auftraggeber des Sachverständigen muss daher das Gericht und nicht eine Partei sein.
3. Der Sachverständigenbeweis ist von anderen Beweismitteln wie Urkunden und Zeugen klar abzugrenzen und bedarf klarer Regeln, wie damit zu verfahren ist.
4. Von Anfang an muss das Auftragsverhältnis in einem öffentlich-rechtlichem Vertrag bestehen und den Regeln der §§ 404 ff. ZPO folgen.
5. Aus diesem Grund muss es auch dabei bleiben, dass der Privatgutachter nur als sachverständiger Zeuge zu Tatsachen und Wahrnehmungen befragt werden kann, nicht aber als Sachverständiger zu seinen fachlichen Beurteilungen. Dies muss dem gerichtlichen Sachverständigen vorbehalten bleiben.
6. Im Zivilprozess besteht kein Bedürfnis für eine Stärkung des Privatgutachters. Es ist angemessen und ausreichend, dass der gerichtliche Sachverständige sich im Rahmen seiner Tätigkeit mit dem Privatgutachten auseinandersetzen und das Gericht es ebenfalls würdigen muss.
7. Eine Gleichstellung von Privat- und Gerichtsgutachten im Beweismittelrecht würde zu Machtungleichgewichten führen, weil der Partei, die sich einen Privatgutachter leisten kann, gleichsam ein zusätzliches Beweismittel zur Verfügung stünde.
8. Fragerechte des Privatgutachters bedürfen keiner gesetzlichen Grundlage, weil bereits nach geltendem Recht der Richter nach seinem Ermessen dem Privatgutachter einer Partei ein Fragerecht zubilligen kann. Das Fragerecht muss auch weiterhin im Ermessen des Richters stehen, damit er Machtungleichgewichte verhindern kann.
9. Ein Bedürfnis, einvernehmlich ein bereits erstelltes Privatgutachten als Gerichtsgutachten vereinbaren zu können, besteht nicht. Ein Privatgutachten, das von beiden Seiten als richtig angesehen und vorgelegt wird, wäre ohnehin als – unstreitiger – Parteivortrag zugrunde zu legen.
10. Unbedingt erforderlich ist eine Erhöhung der Sachverständigenvergütungen, damit die Tätigkeit als gerichtlicher Sachverständiger nicht (noch mehr) an Attraktivität gegenüber der als Privatgutachter verliert. Schon jetzt ist ein Mangel an gerichtlichen Sachverständigen für Bau- und Architektensachen spürbar.

B. *Thesen von Prof. Dr.-Ing. Rolf Katzenbach,*

- 1.a) Alle im Rahmen eines Gerichtsverfahrens involvierten Sachverständigen der Parteien müssen – unabhängig vom Auftragsverhältnis – beim Gericht gleiches Gehör finden und gleiche Würdigung erfahren wie der vom Gericht bestellte Sachverständige, wenn die von den Parteien beauftragten Sachverständigen die gleiche Qualifikation wie der vom Gericht bestellte Sachverständige besitzen, und wenn die von den Parteien beauftragten Sachverständigen öffentlich bestellt und vereidigt sind.
- 1.b) Das Ringen um die Sache („Wettstreit der Edlen“) muss zwischen allen in einem Gerichtsverfahren tätigen Sachverständigen ohne Hierarchisierung der Akteure und der Sachbeiträge möglich, zulässig und gesetzlich vorgeschrieben sein. Die Inhalte und nicht die formalen Hierarchien, Zuordnungen bzw. Auftragsverhältnisse müssen maßgeblich sein.
- 2.a) Das Frage-/ Disputationsrecht der von den Parteien beauftragten Sachverständigen mit dem Gericht bzw. dem vom Gericht bestellten Sachverständigen muss gesetzlich verankert werden

Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

Thesen

und darf nicht im individuellen –zufälligen- Ermessen des Gerichts liegen; dies führt zum Teil zu absurden Situationen und erschwert per se die Wahrheitsfindung.

- 2.b) Die Sicherstellung des fachlichen, sachverständigen Disputes zwischen allen beteiligten Sachverständigen ist ein zentrales Element der Sachstandsaufklärung und eine wichtige Hilfe für das Gericht zur unabhängigen Vorbereitung seiner Entscheidung.
3. Die Prozeduren der Prüfung der Qualifikation der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen müssen
 - die Prüfung der fachlichen Kompetenz des zu bestellenden Sachverständigen
 - und die Prüfung der Kompetenz des Sachverständigen, einen schwierigen, ingenieurtechnischen bzw. ingenieurwissenschaftlichen Sachverhalt auch für in technischer Hinsicht fachliche Laien verständlich darzustellen,umfassen. Die diesbezüglichen Prüfungen müssen transparent und nachvollziehbar sein und sollten aus einer schriftlichen Prüfung und einer -der Realität vor Gericht geschuldeten- mündlichen Prüfung/ Anhörung bestehen.
4. Die Vergütung aller Sachverständigen und der sie unterstützenden, in der Regel sehr qualifizierten und fachlich spezialisierten Mitarbeiterschaft muss der Komplexität des technischen Sachverhaltes Rechnung tragen und angemessen und auskömmlich sein; in diesem Kontext sind Änderungen des JVEG unbedingt erforderlich.

Arbeitskreis IX – Bauversicherungsrecht

Einführung

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Dr. Florian Krause-Allenstein, Hamburg

Dr. Krause-Allenstein ist Partner der Baurechtskanzlei SK-Rechtsanwälte in Hamburg und seit über 10 Jahren als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht ausschließlich in diesen Rechtsgebieten sowie im Bauversicherungsrecht tätig. Er vertritt Architekten, Unternehmer, Bauträger sowie gewerbliche und private Bauherren außergerichtlich wie gerichtlich. Dr. Krause-Allenstein ist im Bereich des privaten Bau- und Architektenrechts sowie Bauversicherungsrechts als Autor zahlreicher Veröffentlichungen, wie z.B. als Alleinautor der zweiten Auflage des Buches „Berufshaftpflichtversicherung des Architekten und Bauunternehmers“ (C.H. Beck, Reihe NJW-Praxis) sowie als Co-Autor des IBR-Online-Kommentars Bauvertragsrecht 2010 und als Co-Autor des Handbuchs des Architektenrechts (Kohlhammer Verlag) und als ständiger Mitarbeiter der Fachzeitschriften Immobilie & Baurecht (IBR) und Baurecht bekannt. Darüber hinaus wird er in diesen Rechtsgebieten von Architektenkammern, Berufsverbänden und Seminaranbietern (unter anderem dem Deutschen Anwaltsinstitut) als Dozent gebucht.

Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Ulrich Langen, Düsseldorf

Ulrich Langen kann als Justiziar der AIA AG, einem internationalen Unternehmensverbund eines französischen Spezialversicherers der Bauwirtschaft, auf 25 Jahre Bauschadenpraxis zurückgreifen. Er ist gleichzeitig Geschäftsführer der Dienstleistungsgesellschaft für Architekten und Ingenieure mbH, die sich u. a. mit Rechtsdienstleistungen für Architekten und Ingenieure im Bereich des Honorarrechts befasst. Neben diversen Veröffentlichungen ist Herr Langen Co-Autor des Handbuchs des Fachanwalts für Versicherungsrecht. Zusätzlich engagiert er sich mit umfangreichen Aktivitäten zur Schadenvermeidung in zahlreichen Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen für Hochschulen, Kammern, Verbänden und Seminaranbietern (u. a. DeutscheAnwaltAkademie) und steht in Kontakt mit allen führenden Anbietern von Bauversicherungen.

Referenten

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Marburg

Prof. Dr. Wolfgang Voit ist verantwortlich für die Zusatzqualifikation „Privates Baurecht“ an der Philipps-Universität Marburg. Er ist Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im Bundesministerium der Justiz und Mitglied der Kernarbeitsgruppe Bauvertragsrecht des Deutschen Baugerichtstags. Gemeinsam mit Herrn Prof. Dr. Messerschmidt gibt er den Kommentar „Privates Baurecht“ im Beck-Verlag heraus und ist Mitherausgeber des Beck'schen VOB- und Vergaberechtskommentar. Im versicherungsrechtlichen Kommentar Pröls/Martin bearbeitet er unter anderem die technischen Versicherungen, die Produkthaftpflichtversicherung, die Umwelthaftpflichtversicherung und die D&O-Versicherung.

Neben seiner universitären Tätigkeit ist er als Gutachter für Öffentliche Auftraggeber, Unternehmen, Verbände und Versicherungen tätig.

Rechtsanwalt Wolfgang Lemke, Berlin

Wolfgang Lemke ist Fachanwalt für Versicherungsrecht und - einer kurzzeitigen Tätigkeit im Hause eines Versicherers nachfolgend - seit 15 Jahren beratend und forensisch im Versicherungsrecht, insbesondere im Haftpflichtversicherungsrecht für bzw. auf Empfehlung von derzeit 10 Versicherern tätig.

Thema

Ganzheitliche Ansätze der Versicherungswirtschaft (z.B. Multi-Risk-Versicherungen) zur Vermeidung von Baustreitigkeiten und besseren Konfliktlösung?

Einführung

von Rechtsanwalt Dr. Florian Krause-Allenstein

Treten bei Bauvorhaben Schadenfälle auf und steht der Verantwortliche nicht auf Anhieb fest, ist eine gerichtliche Auseinandersetzung zwischen den Baubeteiligten in der Regel unausweichlich, um die Haftungsfrage zu klären. Es ist bekannt, dass solche Gerichtsverfahren oft Jahre dauern und erhebliche Prozess- und Sachverständigenkosten verursachen, die die Schadenverursacher im Ergebnis zusätzlich tragen müssen. Da für die Dauer solcher Verfahren durch den Geschädigten häufig auch gegenüber Werklohnforderungen und Honoraransprüchen der vermeintlich Verantwortlichen das (doppelte) Zurückbehaltungsrecht wegen der bestehenden Schadensersatzansprüche ausgeübt wird, können die Baubeteiligten die Verfahren häufig wirtschaftlich nicht überstehen und müssen Insolvenz anmelden.

Arbeitskreis IX – Bauversicherungsrecht

Einführung

Die bestehenden Einzelversicherungen der Baubeteiligten, also insbesondere die Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Ingenieure sowie Betriebshaftpflichtversicherung der Bauunternehmer, sind nicht geeignet, um die beschriebenen Baustreitigkeiten zu vermeiden. Denn auch diese Versicherer treten für den Schadenfall nur dann ein, wenn die Verantwortlichkeit ihres Versicherungsnehmers (gerichtlich) eindeutig festgestellt wurde. Der Arbeitskreis IX setzt sich auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag 2012 daher mit der Frage auseinander, ob eine Lösung darin liegen könnte, dass man auch für mittlere und kleine Bauvorhaben den für Großbaustellen bereits teilweise angebotenen Versicherungsschutz der sog. Multi-Risk-Versicherung installiert.

Wenn man für sämtliche Risiken eines Bauvorhabens nämlich einen einheitlichen Versicherungsschutz anböte und der Versicherer zudem auf Regress gegenüber den für den Schadenfall Verantwortlichen verzichtete, könnten Gerichtsverfahren zur Klärung der Schadenursache entbehrlich sein, da der Versicherer den Schaden unabhängig von der Frage der Verantwortlichkeit regulieren müsste. Ferner könnte es denkbar sein, in eine solche ganzheitliche Versicherungslösung auch die bisher durch Vertragserfüllungs- und Mängelhaftungsbürgschaften abgesicherten Risiken zu integrieren, was zu einer geringeren wirtschaftlichen Belastung der Bauausführenden führte. Dies hätte den Vorteil, dass die bei mehrfach gestuften Bauverträgen auf den unterschiedlichen Ausführungsstufen mehrfach durch Bürgschaften abgesicherte Risiken durch eine einheitliche Versicherung gedeckt würden und hierdurch insgesamt erhebliche Bürgschaftskosten erspart werden könnten. Auf diesem Wege könnte es möglich sein, die für eine Multi-Risk-Versicherung gegenüber den Einzelversicherungen unter Umständen höhere Versicherungsprämie zu finanzieren.

Durch den erheblichen Umfang des Deckungsschutzes eines solchen ganzheitlichen Versicherungsschutzes erhöhte sich allerdings signifikant auch das Risiko des Schadenseintritts; die Bereitschaft der Versicherer, solche Produkte überhaupt oder aber zu Prämien in akzeptabler Höhe anzubieten, könnte daher gering sein. Aufgrund der bestehenden Einzelversicherungen der Baubeteiligten könnte es ferner zu Doppelversicherungen und damit zu einem insgesamt teureren Versicherungsschutz kommen. Im Schadenfall könnte dies, wenn eine realisierte Gefahr in mehreren Versicherungen versichert wurde, zu einer zeitlichen Verzögerung der Regulierung aufgrund der zwischen den einzelnen Versicherern notwendigen Abstimmungen kommen. Treten mehrere Schadenfälle im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben auf, könnte ein Risiko für die Versicherungsnehmer darin bestehen, dass die durch den einheitlichen Versicherungsschutz zur Verfügung gestellte Deckungssumme bereits verbraucht wurde und daher kein Deckungsschutz für zeitlich später auftretende Schadenfälle mehr besteht.

Auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag 2012 wird sich der Arbeitskreis IX mit dem Pro und Contra eines ganzheitlichen Ansatzes der Versicherungswirtschaft für Bauvorhaben beschäftigen und aus dem Ergebnis der intensiven Diskussion zu diesen Thema entsprechende Thesen verabschieden.

Thesen

A. *Thesen von Prof. Dr. Wolfgang Voit*

Warum brauchen wir eine umfassende bauwerksbezogene Versicherung?

Das derzeitige System zur Absicherung der Risiken von Bau- und Architektenverträgen zeichnet sich wegen der typischerweise mehrfach gestuften Vertragsbeziehungen durch eine Vielzahl von Sicherungen aus, die sich zum Teil überlagern. Damit werden nicht nur unnötige Kosten für die Sicherungen verursacht, sondern die Bürgschaften belasten zum Teil unnötig die Kreditlinie der Unternehmer. Bei Architekten steigt die Belastung durch die Prämien der Architektenhaftpflichtversicherung ständig. Große Belastungen und hohe Kosten durch Regressprozesse mit einer Vielzahl von Streitverkündungen kommen hinzu. Umgekehrt sehen die Auftraggeber ihre Ansprüche nicht ausreichend gesichert.

Die Versuche, umfassendere Versicherungslösungen zu entwickeln, stehen noch am Anfang. Ansätze zur Etablierung einer Baufertigstellungsversicherung und einer Baugewährleistungsversicherung haben sich bislang am Markt zumindest in der Breite nicht durchsetzen können. Als Grund wird vielfach die Kostenbelastung genannt. Angesichts der Kostenbelastung durch die sich überlagernden Absicherungen in den gestuften Vertragsverhältnissen muss die Frage diskutiert werden, ob eine umfassende bauwerksbezogene Versicherung nicht letztlich kostengünstiger und effektiver die Risiken abdecken kann.

1. Bei mehrfach gestuften Bauverträgen werden sowohl auf den unterschiedlichen Ausführungsstufen als auch beim Architekten teils identische Risiken durch Bürgschaften und Versicherungen mehrfach abgesichert.

Häufig setzt sich ein Mangel im Subunternehmerwerk in Mängel auf der Ebene der Hauptunternehmer fort. Kommt ein Überwachungsfehler der Architekten hinzu, so sind die Schäden, die dem Besteller infolge des Mangels entstehen, regelmäßig durch Bürgschaften in den einzelnen Vertragsverhältnissen und durch die Architektenhaftpflichtversicherung abgedeckt. Auch wenn der Besteller auf die Bürgschaften in den Verträgen zwischen Haupt- und Subunternehmern nicht zugreifen kann, finanziert er doch letztlich über die Vergütung die Kosten dieser Absicherungen. Die betragsmäßige Begrenzungen der Sicherheiten bei den Bauerrichtungsverträgen verlagert zudem betragsmäßig höhere Haftungsrisiken auf die Haftpflichtversicherungen der Architekten.

2. Eine umfassende bauwerksbezogene Versicherung kann diese Mehrfachsicherungen beseitigen. Die Prämien einer solchen Versicherung können zum Teil durch das Entfallen anderer und teilweise sich überlagernder Sicherungen gegenfinanziert werden.

Würden die durch den Mangel verursachten Kosten durch eine Versicherung übernommen, so entfielen das Bedürfnis für eine Absicherung durch Bürgschaften auf den unterschiedlichen Vertragsebenen. Gelingt es, die Versicherung so zu konzipieren, dass auf Bürgschaften verzichtet werden kann, so können die damit entfallenden Kosten die Prämienbelastung zum Teil ausgleichen. Auch wenn Bürgschaften in der Regel auf 5 oder 10 % der Auftragssumme beschränkt sind und die Prämien sich an dieser relativ geringen Absicherung orientieren, kann es durch die mehrfache Absicherung auf den unterschiedlichen Vertragsebenen zu einer nicht unerheblichen Einsparung von Bürgschaftskosten kommen. Hinzu kommen können Einsparungen bei den Finanzierungskosten der Bauunternehmer, wenn deren Kreditlinie nicht durch Bürgschaften belastet ist.

3. Die umfassende bauwerksbezogene Versicherung sollte neben der Architektenhaftpflichtversicherung auch Elemente der Bauleistungsversicherung, der Baufertigstellungsversicherung und der Baugewährleistungsversicherung enthalten.

Der Verzicht auf weitere Absicherungen, um die eingesparten Kosten mit zur Finanzierung der Prämie einzusetzen, ist nur dann denkbar, wenn die Erfüllungs- und Gewährleistungsrisiken gedeckt sind. Der Versicherungsschutz muss dabei über die derzeitige Form der Fertigstellungsversicherung und der Baugewährleistungsversicherung hinausgehen, weil dort wichtige Schadensposten, die über eine Erfüllungs- oder Gewährleistungsbürgschaft abgesichert sind, nicht gedeckt sind.

4. Auch Risiken, die auf einer vorgelagerten Stufe nicht versicherbar sind, können auf nachgelagerten Stufen versicherbar sein. So können die Eigenkosten der Mangelbeseitigung zwar derzeit nicht in der Baugewährleistungsversicherung gedeckt werden. Dies schließt nicht aus, sie in eine Versicherung des Hauptunternehmers wegen Ansprüchen des Bestellers einzubeziehen, die sich aus Mängeln des Subunternehmerwerks ergeben. Dem Grundsatz der Nichtversicherbarkeit des Erfüllungsschadens kann durch Regressansprüche des Versicherers Rechnung getragen werden.

Der Erfüllungsschaden ist in der Haftpflichtversicherung unversicherbar. Auch in der Baugewährleistungsversicherung sind die Kosten der Nacherfüllung als solche derzeit nicht gedeckt. Dennoch sind die Risiken als solche nicht unversicherbar. So findet in der Bauleistungsversicherung kein Abzug der Nachbesserungskosten statt. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, in der Baugewährleistungsversicherung das Risiko der Fehlleistungen durch einen Subunternehmer auch hinsichtlich der Mangelbeseitigungskosten zu versichern. Dem Einwand nicht unüberschaubarer und nicht kalkulierbarer Risiken steht der Befund gegenüber, dass diese Risiken (mit Ausnahme der Folgen der Bauzeitüberschreitung) im Fall eines Überwachungsfehlers bereits jetzt wirtschaftlich von der Architektenhaftpflichtversicherung getragen werden. Werden Fehlanreize befürchtet, weil der Unternehmer von den Konsequenzen eigener Fehlleistungen befreit wird, so kann mit Regressansprüchen des Versicherers gegen den Unternehmer gearbeitet werden, der den Schaden verursacht hat. Da dies bei komplexen Bauwerken häufig ein Subunternehmer sein wird, können selbst bei einem Regressanspruch in voller Höhe erhebliche Kosten dadurch eingespart werden, dass Rückgriffsketten verkürzt werden.

5. Schon jetzt wird ein Großteil der Risiken über die Haftpflichtversicherung des Architekten faktisch versichert und mit hohen Kosten auf andere Beteiligte rückverlagert. Bereits die Sicherung der Rückverlagerungsmöglichkeit führt wegen der Notwendigkeit der Streitverkündung zu einer erheblichen Belastung der Gerichte.

Angesichts der relativ kurzen Verjährungsfrist für Mängelansprüche müssen Maßnahmen zur Verjährungshemmung von Regressansprüchen ergriffen werden. Dabei ist eine auf den jeweiligen Mangel und die möglichen Verantwortlichen bezogene Streitverkündung erforderlich. Diese erheblichen Belastungen und Risiken können bei einer Versicherungslösung vermieden werden.

6. Ein solcher umfassender Schutz kann sich positiv auf den Wert der Immobilie auswirken. Da sich das Risiko für Darlehensgeber verringert, sind positive Auswirkungen auf die Darlehenskonditionen zu erwarten. Für die Bauunternehmer führt die Versicherung im Vergleich zu einer Absicherung durch eine Bürgschaft zu einer Entlastung der Kreditlinie.

Wie aus der Praxis berichtet wird, spielt in Ländern wie Frankreich der Abschluss einer umfassenden Versicherung für die Risiken bei der Errichtung eines Gebäudes eine erhebliche Rolle für den Verkaufswert der Immobilie. Es liegt nahe, dass sich vergleichbare Effekte auch in Deutschland einstellen werden. Eine solche Versicherung dient auch dem Verbraucherschutz des privaten Erwerbers, denn Gewährleistungsansprüche sind gerade beim Erwerb vom Bau-träger häufig nicht durchsetzbar. Auswirkungen sind auch auf die Darlehenskonditionen für den Erwerber zu vermuten, weil durch die Versicherung die mangelfreie Errichtung des Bauwerks, das in der Regel als Darlehenssicherheit eingesetzt wird, sichergestellt wird.

7. Ein Versicherungsmodell sollte in die Überlegungen zu einem gesetzlichen Bauvertragsrecht als Alternative immer dann einbezogen werden, wenn Ansprüche auf Sicherheitsleistung oder Bürgschaften gesetzlich geregelt werden.

Das geltende BGB kennt Ansprüche des Bestellers auf Stellung einer Sicherheit nur dann, wenn bei Verbraucherverträgen Abschlagszahlungen verlangt werden. Wurde für das Objekt eine Versicherung abgeschlossen, die die Fertigstellungsrisiken trägt, ist diese Sicherheit nicht erforderlich. Deshalb soll im Gesetz die Versicherung als Alternative zur Sicherheitsleistung verankert werden. Falls im Zuge einer Neuregelung weitere Sicherheiten für den Besteller geschaffen werden, sollte auch in diesen Fällen der Anspruch entfallen, wenn eine entsprechend ausgestaltete Versicherung abgeschlossen wurde.

8. Weiterhin kann die Absicherung der Vergütungsansprüche erwogen werden. Dies kann sich kostensenkend auswirken, wenn es gelingt, Sicherungen der Vergütungsansprüche durch Bürgschaften auf den unterschiedlichen Vertragsebenen entbehrlich werden zu lassen.

Die bisherigen Überlegungen beschränkten sich auf die Absicherung des Fertigstellungs- und des Mangelrisikos. Darüber hinaus kann die Absicherung der Vergütungsansprüche erwogen werden. Auch insoweit entstehen bereits heute in den jeweiligen Vertragsverhältnissen hohe Kosten. Obwohl diese im Fall des § 648a BGB vom Unternehmer zu tragen sind, gehen sie in die Preisbildung ein und fallen deshalb letztlich dem Besteller zur Last. Auch wenn sich die Vergütungsansprüche bei gestuften Vertragsverhältnissen gegen den jeweiligen Besteller richten, ist nicht zu verkennen, dass es sich letztlich um die Vergütung eines Bauwerks handelt. Soll deshalb eine einheitliche Absicherung geschaffen werden, so sind schwierige Fragen der Verteilung der Insolvenzrisiken und der Eingriffe in Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte in die Überlegungen einzubeziehen. Auf der anderen Seite führt die derzeitige Sicherung durch § 648a BGB zu hohen Kosten auf jeder Vertragsstufe, die sich möglicherweise durch eine Versicherung reduzieren lassen. Auch die Kritik am Bauforderungssicherungsgesetz zeigt, dass in diesem Bereich über neue Instrumente zur Sicherung der Vergütungsansprüche aller am Bauvorhaben beteiligter Unternehmer nachgedacht werden muss.

9. Wenn der Besteller Versicherungsnehmer und Prämienschuldner ist, sollte ein Anspruch auf Kostenbeteiligung gegen die versicherten Baubeteiligten verankert werden.

Die umfassende Bauwerksversicherung soll einerseits die Absicherung der Risiken verbessern und andererseits Mehrfachabsicherungen auf den verschiedenen Vertragsstufen beseitigen. Dort eingesparte Kosten sollten zur Finanzierung der erheblichen Prämien eingesetzt werden, die für eine solche Versicherung erforderlich sind. Aus der Bauleistungsversicherung sind Modelle bekannt, die eine Beteiligung aller mitgeversicherten Unternehmer an den Prämien vorsehen. In dieses Umlageverfahren müssen auch die Architekten einbezogen werden, die für derart abgesicherte Bauvorhaben keine Berufshaftpflichtversicherung benötigen.

B. Thesen von Rechtsanwalt Wolfgang Lemke

Durch objektbezogene Multi-Risk-Versicherungen

- entstehen zwangsläufig Doppelversicherungen, da die Baubeteiligten in der Regel bereits eigenständigen Versicherungsschutz unterhalten. Bei Versicherung des selben Interesses gegen die selbe Gefahr kann es daher z. B. zu verzögertem Regulierungsverhalten der Versicherer und Streit (wechselseitige Verweisung) oder einem Verstoß gegen das Bereicherungsverbot (im Bereich der Schadenversicherung) kommen. Ferner kann es zu nicht harmonisierten Versicherungsschutz aufgrund z. B. unterschiedlicher Bedingungen bei Ausschlüssen, Versicherungswerten, Entschädigungsberechnungen, versicherten Kosten etc. kommen, wodurch Folgestreitigkeiten entstehen können, soweit ein Mitversicherter auf Versicherungsschutz vertraute. Mehrkosten (Prämien) könnten zudem die Marktakzeptanz erschweren.

Arbeitskreis IX – Bauversicherungsrecht

Thesen

- entstehen Pflichten, Haftungsgefahren und Interessenkollisionen aufgrund der Versicherung (auch) fremder Interessen. Da Dritte und (auch) deren Interessen sowie die daraus folgenden Gefahren in einer objektbezogenen gebündelten Multi-Risk-Versicherung mitversichert sind, kann z. B. ein auf Versicherungsschutz Vertrauender bei z. B. einer Obliegenheitsverletzung des Versicherungsnehmers ohne Versicherungsschutz stehen oder aufgrund einer ungenügenden Geltendmachung durch den Versicherungsnehmer bei der Durchsetzung eines Anspruchs scheitern, mit der Folge einer Ingressnahme des Versicherungsnehmers.
- steigt die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens, wodurch die Bereitschaft von Versicherern sinkt, derartige Risiken im mittleren und kleineren Objektbereich in Deckung zu nehmen. Die Gefahren verschiedener Risiken verwirklichen sich in der Regel mit unterschiedlicher Wahrscheinlichkeit. Ein in jeder Hinsicht mangelfreier Bau ist selten, weshalb vermehrt Schadensrückstellungen zu bilden sein werden.
- steigt das Volumen der zu regulierenden Versicherungsleistungen infolge veränderter Parteilstellung / Passivlegitimation, was zu höheren Prämien und Selbsthalten führt. Aus der forensischen Tätigkeit ist bekannt, dass eine Zuordnung der Verantwortlichkeit für Mängel nicht immer einfach ist. Infolge dessen gerade bei Baurechtsstreitigkeiten häufig darum gestritten wird, ob der Richtige in Anspruch genommen wurde, Streitverkündungen zur Wahrung solcher Ansprüche oder zur Vorbereitung von Innenregressen ausgebracht werden. Es kommt daher regelmäßig zur Befriedung mittels Teilvergleichen, weshalb Versicherer häufig geringe Regulierungsleistungen erbringen.
- werden aufgrund des hohen Schadenbedarfs verhältnismäßig hohe Versicherungsprämien erforderlich, deren Umlage auf bzw. Übernahme von Baubeteiligten oder Bauherren auf Ablehnung treffen dürfte. Der Versicherungsnehmer wird bemüht sein prämiensbedingte Mehraufwendungen an den Auftraggeber bzw. mitversicherte Baubeteiligte weiterzugeben, wobei die Umlage dieser Kosten sich danach richten wird, mit welcher Marktmacht der Versicherungsnehmer welchem Beteiligten gegenübersteht. Dies kann z. B. dazu führen, dass der eigentlich mit geringerem Risiko tätige Bauunternehmer aufgrund eines nicht versicherungsmathematisch ermittelten Prämienanteils einen höheren Aufwand hat.
- wird Streit nur in begrenztem Umfang vermieden werden. Ergibt sich im Versicherungsfall eine Regressmöglichkeit gegen einen anderen Baubeteiligten, wird der Versicherer zur Beweissicherung auf entsprechende Maßnahmen nicht verzichten und seine Ansprüche gegen Mitversicherte (klageweise) durchsetzen. Nicht nur aus Wettbewerbsgründen (Prämien), sondern auch im Interesse der bei dem Versicherer versicherten Gemeinschaft der Versicherten wird die Mitversicherung fremder Interessen nicht dazu führen, dass ein Versicherer auf Regressmöglichkeiten verzichtet. Streit wird lediglich verlagert.
- können im Einzelfall Nachteile dadurch entstehen, dass bei Ausschöpfen der Deckungssummen durch einen Baubeteiligten für die weiteren Baubeteiligten kein Versicherungsschutz bzw. jedem Baubeteiligten nur anteiliger Versicherungsschutz zur Verfügung steht. Soweit ein mitversicherter Baubeteiligter auf Versicherungsschutz vertrauen durfte, welcher „durch“ den Versicherungsnehmer zu besorgen war, und der aufgrund einer Ausschöpfung der Deckungssummen nicht erreicht wird, sind Streitigkeiten vorprogrammiert.
- können aufgrund unterschiedlicher Verjährungsregelungen und der Bündelung verschiedener Deckungskonzepte, insbesondere im Bereich der Nachhaftung, Deckungslücken entstehen, woraus Auseinandersetzungen im Innenverhältnis folgen.