

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) Bauverfügung

- 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.