

## 2. Deutscher Baugerichtstag - Einführung und Thesen-

---

### Vorwort

Von Prof. Dr. Rolf Kniffka

Der Deutsche Baugerichtstag e.V. veranstaltet vom 13. bis 14. Juni 2008 den 2. Deutschen Baugerichtstag in Hamm/Westf. Er lädt hierzu alle ein, die auf dem Gebiet des Vergabe- und Baurechts in Praxis, Wissenschaft und Rechtspflege tätig und an der rechtspolitischen Entwicklung dieses Rechtsgebiets interessiert sind.

Die Auswahl der Themen erfolgte nach einer regen Diskussion vor allem auch mit den Mitgliedern des neu gebildeten Beirats des Deutschen Baugerichtstags e.V.. Dem Beirat gehören nicht nur die maßgeblichen Fachorganisationen und Interessenverbände der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite an, sondern auch alle wichtigen unabhängigen, mit der Entwicklung des Bau- und Vergaberechts befassten Organisationen sowie nicht zuletzt das Bundesministerium der Justiz, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung an. Weitere Informationen über die Zusammensetzung des Beirats erhalten Sie auf unserer Homepage [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de).

Gleich zwei Arbeitskreise beschäftigen sich mit Nachträgen in Bausachen. Der Arbeitskreis I wird allgemein die Frage behandeln, inwieweit die Nachtragsproblematik einer gesetzlichen Regelung bedarf. Die Problematik beherrscht nicht nur die akademische, sondern vor allem die praktische Diskussion. Können Aufträge durch den Auftraggeber nahezu beliebig geändert werden? Auf welcher Grundlage wird dann eine Vergütung berechnet? Stellt das Gesetz ausreichend Leitbilder zur Verfügung um Vertragsbedingungen mit genügender Sicherheit formulieren zu können? Das sind nur einige Fragen aus dem Themenkomplex, die aber für jeden einzelnen Fall aus der Praxis von elementarer Bedeutung sein können. Gesetzliche Regelungen können empfehlenswert sein, auch um Regelungen der VOB/B mehr Sicherheit zu geben.

Im Arbeitskreis II wird die Nachtragsproblematik unter einem ganz besonderem Gesichtspunkt erörtert werden. Es geht um die praktisch bedeutsame Möglichkeit eines Auftragnehmers, dem Auftraggeber Mehrkosten seiner Leistung in Rechnung zu stellen, die dadurch entstanden sind, dass die Vergabe durch ein Nachprüfungsverfahren oder aus anderen Gründen verzögert wurde. Tendenziell unterschiedliche Gerichtsentscheidungen der Oberlandesgerichte, Konflikte zwischen Vergabe- und Vertragsrecht und eine heftige wissenschaftliche Diskussion sind Anlass, dieses Thema auf die Agenda zu nehmen.

Der Arbeitskreis IV packt ein heißes Eisen an. Es geht zunächst darum, welche Veränderungen die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit sich bringen wird. Diskussionsgrundlage wird ein voraussichtlich bald vorliegender Referentenentwurf zur Änderung der HOAI. Es ist abzusehen, dass das neue Regelwerk heftige Diskussionen auslöst und ein Nachbesserungsbedarf angemeldet wird. Neben Änderungsvorschlägen wird es aber vor allem um die grundsätzliche Frage gehen, inwieweit die Dienstleistungsrichtlinie, die bis zum 29. Dezember 2009 umgesetzt sein muss, überhaupt noch Mindestsätze in einer HOAI zulässt.

Der Arbeitskreis VI befasst sich mit ganz aktuellen Problemen der Sachverständigen. Er stellt die Frage, ob die Gesetzgebung die Zulässigkeit von Gemeinschaftsgutachten neu zu regeln hat, weil möglicherweise dafür ein Bedürfnis besteht. Auch wird der nachvollziehbaren Forderung von Sachverständigen nachgegangen, sich ausreichend auf einen Gerichtstermin vorbereiten zu können, indem sie vor diesem Termin darüber informiert werden, welcher Aufklärungsbedarf noch besteht. Praktisch sehr wichtig ist

## 2. Deutscher Baugerichtstag - Einführung und Thesen-

auch die Frage, inwieweit ein Sachverständiger vom Gericht verpflichtet werden kann, Bauteile zu öffnen und fachgerecht wieder zu verschließen. Sehr unterschiedliche Gerichtsurteile dazu lassen vermuten, dass hier Regelungsbedarf entsteht.

Der 2. Deutsche Baugerichtstag wird sich in zwei Arbeitskreisen mit Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung beschäftigen. Diese Möglichkeiten rücken zunehmend in den Blickpunkt der Diskussion. Es ist daher an der Zeit, Rahmenbedingungen zu entwickeln, die eine geeignete Grundlage für gesetzgeberische Tätigkeiten sind. Im Arbeitskreis VII geht es darum, ob der Gesetzgeber aufgefordert ist, ein Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung bereit zu stellen, das auf Antrag einer Partei dem Gerichtsverfahren vorgeschaltet ist und dass den baurechtlichen Konflikt zeitnah, zügig und kostengünstig mit der Entscheidung eines Adjudikators beendet. Erfahrungen in anderen Ländern belegen, dass mit einem solchen Verfahren teure und lang dauernde Gerichtsprozesse deutlich zurückgehen. Die durch mehrere Unterarbeitskreise mit großem Engagement sorgfältig und aufwändig vorbereitete Diskussion wird zeigen, wie ernst es den Bauvertragsparteien mit dem vielfach geäußerten Wunsch ist, den Nachteilen eines gerichtlichen Verfahrens zu entgehen und damit auch Abstriche der rechtsstaatlichen Garantien in Kauf zu nehmen. Einen Überblick über die bisherige Arbeit des Arbeitskreises erhalten Sie übrigens in verschiedenen Beiträgen, die in der Zeitschrift Baurecht 2007, 1950 ff. veröffentlicht worden sind.

Im Arbeitskreis III geht es um eine besondere Form der Mediation. An vielen Gerichten ist die Möglichkeit vorgesehen, auf übereinstimmenden Antrag der Parteien eine Sache an einen Richter desselben Gerichts zu verweisen, der eine Mediation vornimmt. Dieses Verfahren scheint insbesondere in schwer justiziablen Sachen erfolgversprechend angewandt zu werden. Es wundert also nicht, dass es auch für Bausachen besonders empfohlen wird, so dass der Arbeitskreis III sich legitimiert sieht, diese Frage aufzugreifen. Das Mediationsverfahren vor staatlichen Gerichten ist nicht unumstritten. Es stellt sich nicht nur die Frage, ob der Justizgewährungsauftrag eine Mediation erfasst, sondern auch, ob und auf welche Weise dieses Verfahren in die Zivilprozessordnung eingebunden werden kann oder sogar muss. Dazu existieren Gesetzesentwürfe, die umstritten sind.

Dieser Strauß von Themen lässt eine sehr spannende Diskussion erwarten, an deren Ende interessante und wegweisende Empfehlungen an den Gesetzgeber zu erwarten sind. Zuvor besteht in der Plenarveranstaltung Gelegenheit, die Stellungnahmen von Herrn Dr. Hartmut Mehdorn, Vorsitzender des Vorstands der Deutschen Bahn AG, und Herrn Dr.-Ing. Hans-Hartwig Loewenstein, Präsident des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes, zu den aktuellen Problemen des Bau- und Vergaberechts zu verfolgen. Dabei wird eine gewisse Polarisierung nicht ausbleiben, denn Herr Dr. Mehdorn steht für einen der größten deutschen Bauauftraggeber, Herr Dr.-Ing. Loewenstein für das Deutsche Baugewerbe.

Arbeitskreisleiter: Vors. Richter am OLG **Karl-Heinz Keldungs**, Düsseldorf  
Stellv. Arbeitskreisleiterin: Vors. Richterin am OLG **Gundula Krüger-Doyé**, Braunschweig  
Referenten: Rechtsanwalt **Prof. Dr. Ralf Leinemann**, Berlin  
Rechtsanwalt **Dr. Burkhard Messerschmidt**, Bonn  
Betreuer des Arbeitskreises: Vors. Richter am OLG **Günther Jansen**, Hamm

## Thema

*Empfiehlst du eine gesetzliche Regelung für Nachträge?*

## I. Einführung

von Vors. Richter am OLG **Karl-Heinz Keldungs**

### Zur Person

*Karl-Heinz Keldungs ist Vorsitzender eines Bausenats beim Oberlandesgericht Düsseldorf. Seit 1991 ist er beim OLG Düsseldorf mit Bausachen befasst. Er ist Autor bei Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar. In diesem Kommentar kommentiert er u. a. die §§ 1 und 2 VOB/B. Ferner ist er Mitautor von Korbion/Hochstein/Keldungs, Der VOB-Vertrag. Er ist außerdem seit Jahren Referent bei zahlreichen Seminar-Veranstaltungen.*

Die Frage des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers beherrscht seit einigen Jahren die Diskussion in der Baurechtsszene. Dabei haben verschiedene Aufsätze, die zu dem Ergebnis kamen, dass § 1 Nr. 3 VOB/B einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht standhalte (was allerdings nur relevant wird, wenn die VOB als Ganzes wegen Änderungen einzelner Vorschriften nicht mehr gegeben ist) nicht unerheblich zur Verunsicherung beigetragen. Angesichts der enormen Bedeutung des § 1 Nr. 3 VOB/B für die gesamte Baukultur in Deutschland stellt sich die Frage, wie diese Baukultur weiterhin gewährleistet werden kann, wenn sich die Regelung des § 1 Nr. 3 VOB/B als nicht AGB-fest erweisen sollte. Bedarf es dazu einer gesetzlichen Regelung, um auch für den VOB-Bauvertrag ein gesetzliches Leitbild zu schaffen oder kann darauf vertraut werden, dass es dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss gelingen wird, § 1 Nr. 3 VOB/B so zu fassen, dass diese Vorschrift einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB in jedem Fall standhält. Das Ergebnis der Diskussionen um die Änderung der VOB 2006 zu dieser Frage stimmt nicht optimistisch.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es erforderlich ist, den Streit um den Bauentwurfsbegriff so zu lösen, dass ausdrücklich geklärt wird, in

welchen Bereichen ein Anordnungsrecht für den Auftraggeber geregelt werden soll. Soll sich das Recht des Auftraggebers, Änderungen des Bauentwurfs vorzunehmen, nur auf den technischen Entwurf beziehen (so die Vertreter des engen Bauentwurfsbegriffs) oder auch auf die Baumstände und die Bauzeit (so die Vertreter des weiten Bauentwurfsbegriffs) einschließlich des Rechts, im Rahmen des Zumutbaren Beschleunigungsmaßnahmen anzuordnen.

In der Praxis wird häufig beobachtet, dass die Bauvertragsparteien sich zwar über den Grund für die Beauftragung eines Nachtrags einigen, der Streit aber über die Höhe des Nachtrags entbrennt oder der Auftragnehmer damit getröstet wird, dass die Berechtigung der geltend gemachten Nachtragshöhe vor der Beauftragung nicht geprüft werden und man deshalb erst später zur Nachtragshöhe Stellung nehmen könne. Muss die Anordnung geänderter Leistungen deshalb mit der Beauftragung der Höhe der Vergütung einhergehen und muss dem Auftragnehmer für den Fall, dass es zur Einigung über die Höhe der Vergütung nicht kommt, ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt werden? Blockiert ein solches Leistungsverweigerungsrecht nicht die Bemühungen um eine Vorschrift, die klare und schnelle Lösungen ermöglichen soll?

Wie soll in solchen Fällen der Preis gebildet werden? In Anlehnung an § 2 Nr. 3 VOB/B, § 2 Nr. 5 VOB/B oder § 2 Nr. 6 VOB/B? Oder bietet sich ein Rückgriff auf die übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB an?

Zu diesen Fragen haben Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin, und Rechtsanwalt Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn, Thesen entwickelt, die nachfolgend vorgestellt werden und vom Baugerichtstag diskutiert werden sollen.

## II. Thesen

### 1. Thesen von Prof. Dr. Ralf Leinemann

#### Zur Person

*Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Gründer der Bau- und Vergaberechtssozietät Leinemann & Partner Rechtsanwälte. Er ist vor allem in der anwaltlichen Begleitung großer Bauvorhaben und Vergabeverfahren tätig, daneben auch als Schiedsrichter für Bausachen. Professor Leinemann ist Autor und Herausgeber u.a eines Kommentars zur VOB/B, des Handbuchs „Die Vergabe öffentlicher Aufträge“ sowie Herausgeber der Zeitschrift VergabeNews. In seinen Seminar - und Lehrveranstaltungen befaßt er sich ebenso wie in der Neuauflage seines VOB/B-Kommentars besonders mit Rechtsfragen der Nachträge im Pauschalvertrag. Die Fachhochschule für Wirtschaft in Berlin hat ihm 2007 die Honorarprofessur für Bau- und Vergaberecht verliehen. Prof. Dr. Leinemann gehört dem Fachwaltsausschuss der Rechtsanwaltskammer Berlin an.*

#### Thesen:

1. Es gibt keine zwingenden Vorgaben, Bauwerke so abschließend zu planen, dass Änderungen nach Ausführungsbeginn ausgeschlossen sind. Zwar empfiehlt es sich, dem Bauvertrag eine möglichst vollständige Planung zugrunde zu legen. Ein Ausschluss der Möglichkeit des Auftraggebers zur Veränderung der Bauleistung noch während ihrer Errichtung wäre jedoch auch der Sache nach unangemessen. Nachträge bleiben daher prägender Bestandteil des Bauvertragsrechts. Änderungen und Zusatzleistungen sollten indes nach Art und Umfang begrenzt werden und nicht beliebig einseitig anzuordnen sein.
2. Die VOB/B enthält praktikable Regelungen zu Nachträgen, die freilich verbessert werden können. Ihre Anpassung scheiterte bislang an den Interessengegensätzen der Vertreter im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss. Aufgrund der großen Verbreitung der VOB/B reicht es aus, dort Anpassungen vorzunehmen. Erst wenn dies auch mittelfristig strukturell nicht möglich wäre, kann eine Aktualisierung auch durch eine Ergänzung des BGB erfolgen.
3. Es bedarf einer Klarstellung, dass die Anordnungsbefugnis des Auftraggebers auch eine Verzögerung der Bauausführung oder Verschiebung auf einen späteren Zeitpunkt umfasst. Eine beschleunigte Ausführung durch den Auftragnehmer kann dagegen nicht einseitig gefordert werden. Sie bedarf einer ausdrücklichen Vereinbarung hinsichtlich ihres Leistungsinhalts und der Vergütung. Der Auftragnehmer ist dabei nicht an die Urkalkulation gebunden.
4. Bei großer Verzögerung der Ausführung sollte dem Auftragnehmer ein Kündigungsrecht wie bei einer Unterbrechung nach § 6 Nr. 7 VOB/B zustehen. Die Kündigung kann bei Verzögerungen von mehr als 3 Monaten oder 1/3 der vertraglichen Bauzeit ermöglicht werden. Die Abrechnung erfolgt dann wie im Fall des § 6 Nr. 7 VOB/B.
5. Eine Anordnung zusätzlicher oder geänderter Leistungen muss mit einer Beauftragung auch der Höhe nach einhergehen. Der Auftragnehmer kann nicht zur Ausführung solcher Nachtragsleistungen verpflichtet sein, wenn der Auftraggeber nicht den Vergütungsanspruch der Höhe nach im Wesentlichen bestätigt bzw. beauftragt.
6. Die Vergütung von Nachträgen darf - insbesondere wenn die Leistung bereits erbracht wurde - dem Grunde nach nicht von der Einhaltung von Formalien, wie etwa einer schriftlichen Anmeldung oder der rechtzeitigen Unterbreitung eines Nachtragsangebots oder einer Auftragsbestätigung des Auftraggebers abhängig gemacht werden.
7. Ändert sich eine Leistung nach Vertragsschluss über ein gewisses Maß hinaus, sind die Preisgrundlagen des Vertrags insgesamt berührt, weil der Auftragnehmer damit nicht rechnen musste.

Die Bindung an die Urkalkulation muss daher entfallen, wenn der Wert der vom Auftraggeber geforderten zusätzlichen oder geänderten Leistungen 15 % der Gesamt-Auftragssumme überschreitet. Hinsichtlich aller Bauleistungen, die von den Nachtragswünschen des Auftraggebers betroffen sind, kann der Auftragnehmer anstelle eines Preises nach Kalkulationsfortschreibung dann die Erstattung seiner daraus entstehenden Kosten zuzüglich des Zuschlags für Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten verlangen.

8. Abschlagszahlungen auf Nachträge sollten eine widerlegbare Vermutung dafür begründen, dass die Vertragsparteien sich auf eine Vergütung der abgerechneten Leistung in der gezahlten Höhe geeinigt haben.
9. Grundsätzlich: Bei allen Reformbestrebungen muss eine dem Werkvertragsrecht eigentümliche Verschiebung der „Machtverhältnisse“ zwischen den Vertragsparteien je nach Vertragscharakter beachtet werden: Es ist sorgfältig zwischen dem kommerziellen Baugeschäft einerseits und den mit Verbrauchern zu schließenden Bau(träger-)verträgen andererseits zu differenzieren. Während bei dem letzteren Vertragstyp der Verbraucher (Besteller) die schwächere Vertragspartei ist, kehrt sich diese Situation im kommerziellen Baugeschäft ins Gegenteil: Dort dominiert der Besteller den Vertrag, was sich nachhaltig auf die Vertragsgestaltung auswirkt. Die Schutzbedürfnisse der Vertragsbeteiligten sind daher bei beiden Typen von Verträgen gegenteilig zu bewerten. Würde das BGB-Bauvertragsrecht insbesondere hinsichtlich der Nachträge gesetzlich näher ausgestaltet, wird eine Differenzierung nach diesen ganz unterschiedlichen Schutzbedürfnissen der Vertragsparteien unerlässlich.

## 2. Thesen von Dr. Burkhard Messerschmidt

### Zur Person

*Dr. Messerschmidt ist Rechtsanwalt und Partner der national und international tätigen Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier (Bonn, Berlin, Brüssel, Karlsruhe, Leipzig, London). Seine Tätigkeit als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht erstreckt sich auf das gesamte außergerichtliche und gerichtliche Bauvertrags- und Architektenrecht einschließlich der Durchführung von Schiedsgerichtsverfahren.*

*Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Beratung von Bauherren, Bauunternehmen und Planern bei Großbaumaßnahmen und im Anlagenbau. Dr. Messerschmidt ist Mitherausgeber des Messerschmidt/Voit, Kommentar zu §§ 631 ff BGB (2008), des Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar zur VOB Teile A und B (2007) sowie Mitverfasser der Beck'schen VOB-Kommentare zur VOB/A und VOB/C. Ferner ist er Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau). Dr. Messerschmidt ist im Übrigen Lehrbeauftragter für Bau- und Architektenrecht an den Fachhochschulen Wiesbaden und Bochum.*

### These 1:

*Vor dem Hintergrund der zentralen Bedeutung der Nachtragspraxis am Bau sowie AGB-bezogener Unwägbarkeiten bei Vereinbarung und Auslegung der Vorschriften der VOB/B empfiehlt es sich, ergänzend zu den in § 2 VOB/B enthaltenen Nachtragsregelungen eine gesetzliche Nachtragsbestimmung mit Leitbildcharakter in die §§ 631 ff BGB einzufügen.*

Die vertraglich vereinbarte Vergütung bezieht sich nach §§ 631, 632 BGB auf die nach Vertrag und Leistungsbeschreibung vom Unternehmer geschuldeten Bauleistungen. Zu den am Bau typischen Änderungs- und Zusatzleistungen enthält das gesetzliche Werkvertragsrecht keine speziellen Regelungen. Ergänzend hierzu sieht § 2 VOB/B weitgehende und spezielle Regelungen für Mehr- und Minderleistungen sowie für geänderte und zusätzliche Leistungen vor. Für die Baupraxis und -abwicklung zentrale vergütungsbezogene Problemstellungen werden deshalb nicht gesetzlich, sondern lediglich bei Vereinbarung der VOB/B qua vertraglicher Geschäftsbedingungen geregelt. Da die VOB/B in der Praxis nur selten als Ganzes vereinbart wird und bereits jede Änderung der VOB/B zum Verlust der Privilegierung führen soll, stellt sich in zunehmendem Maße die Frage nach der Wirksamkeit der einzelnen VOB-Bestimmungen vor dem Hintergrund des jeweiligen, gesetzlichen Leitbildes aus dem Werkvertragsrecht. Aufgrund der hiermit verbundenen AGB-rechtlichen Unwägbarkeiten bei Vereinbarung und Auslegung des § 2 VOB/B sowie unter Berücksichtigung fehlender gesetzlicher Leitbildvorschriften zur Modifizierung

des Grundsatzes pacta sunt servanda empfiehlt sich deshalb eine an § 2 VOB/B angelehnte gesetzliche Nachtragsbestimmung in den §§ 631 ff BGB.

## These 2:

*Die gesetzliche Nachtragsbestimmung sollte sich auf die bei der Abwicklung von Bauvorhaben regelmäßig vorkommenden Nachträge zu Änderungen auszuführender Mengen sowie Änderungen der auszuführenden Leistungen bei Einheitspreis- und Pauschalpreisverträgen erstrecken.*

In der Baupraxis vorherrschend sind bei Einheitspreis- und Pauschalpreisverträgen Veränderungen im Umfang der auszuführenden Mengen einerseits und in den auszuführenden Leistungen andererseits. Die Vergütungsfolgen derartiger Veränderungen sind vorrangig in § 2 Nr. 3 - 7 VOB/B geregelt. Die dortige Differenzierung zwischen Einheitspreis- und Pauschalpreisverträgen entspricht bauüblichen Verhältnissen und hat sich vom Grundsatz her bewährt. Dementsprechend sollte eine gesetzliche Bestimmung vergütungsbezogen jedenfalls den Einheitspreis- und den Pauschalpreisvertrag zum Gegenstand haben. Bezogen auf diese unterschiedlichen Vertragstypen empfehlen sich gesetzliche Regelungen für Mengenänderungen - insbesondere beim Einheitspreisvertrag - sowie für sonstige Änderungen der auszuführenden Leistungen.

## These 3:

*Die in § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B vorgezeichneten Rechte des Bestellers zur Änderung der vertraglich geschuldeten Leistungen und zur Anordnung nicht vereinbarter, jedoch erforderlicher ergänzender Leistungen sind aufgrund regelmäßig festzustellender Verknüpfung im Rahmen der danach auszuführenden Leistungen zusammenzufassen und zu einem einheitlichen gesetzlichen Anordnungsrecht des Bestellers auszugestalten.*

Die nachtragsbezogenen Vergütungsansprüche nach § 2 VOB/B stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit den sich aus § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B ergebenden Anordnungsrechten des Auftraggebers. Die Anordnungsrechte erstrecken sich nach § 1 Nr. 3 VOB/B auf Änderungen der auszuführenden Leistungen und nach § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B auf das Verlangen nicht vereinbarter Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen erforderlich werden. Die vorgenannte Differenzierung zwischen Änderungs- und Zusatzleistungen ist in der Baupraxis zumeist nicht klar und eindeutig vorzunehmen. Änderungen an den geschuldeten Leistungen stellen häufig zusätzliche, bislang nicht geschuldete Leistungen dar; zusätzliche Leistungen führen vielfach in der Bauabwicklung zu Änderungen bei den bis dahin vom Auftragnehmer geschuldeten Bauleistungen. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, bei gesetzlicher Kodifizierung eines entsprechenden Anordnungsrechtes des Bestellers auf eine Unterscheidung zwischen geänderten und zusätzlichen Leistungen zu verzichten.

## These 4:

*Das gesetzlich zu begründende Anordnungsrecht des Bestellers sollte neben rein leistungsbezogenen Änderungen auch in erforderlichem und angemessenem Umfang Anordnungen des Bestellers zu den zu beachtenden Bauumständen und zu zeitlichen Vorgaben der Bauausführung durch den Unternehmer enthalten, dem Besteller jedoch nicht das einseitige Recht zur Anordnung von Beschleunigungsmaßnahmen gegenüber dem Unternehmer gewähren.*

Die Anordnungsrechte der § 1 Nr. 3 bzw. § 1 Nr. 4 VOB/B werden häufig als rein leistungsbezogen qualifiziert. Inwieweit sich hierunter auch Anordnungsrechte fassen lassen, die unmittelbar oder mittelbar durch entsprechende Vorgaben des Auftraggebers auf die Bauumstände und die Bauzeit Einfluss neh-

men, wird kontrovers diskutiert. Allerdings ist in der Baupraxis festzustellen, dass leistungsbezogene Anordnungen vielfach unmittelbare Auswirkung auf die vertraglich vereinbarte oder aber die zu erwartende Bauzeit haben können. Die Ausführung geänderter und/oder zusätzlicher Leistungen ist nicht anders als die Ausführung ursprünglich beauftragter Leistungen mit bestimmtem Zeitaufwand verbunden. Wenn derartige zeitliche Auswirkungen geänderter und/oder zusätzlicher Leistungen vom Anordnungsrecht des Bestellers (mit-) umfasst sind, liegt es nahe, dem Besteller auch in Bezug auf sonstige Bauumstände und die Bauzeit selbst ein gesetzlich begründetes Anordnungsrecht einzuräumen. Allerdings muss die Ausübung eines derartigen Ausübungsrechts die Tatbestandsmerkmale der Erforderlichkeit (etwa zwangsläufige Notwendigkeiten aus dem Bauablauf) und Angemessenheit (etwa Ausführungserschwernisse des Unternehmers in der Winterzeit) berücksichtigen. Ihre Grenzen sollte ein derartiges Anordnungsrecht dort finden, wo vom Besteller einseitig Beschleunigungsmaßnahmen gefordert werden, da diese dem Unternehmer in der Praxis häufig nicht möglich sein werden (etwa aufgrund unzulänglicher personeller Kapazitäten).

## These 5:

*Bei fehlender Einigung der Parteien über ein vom Unternehmer vorgelegtes Nachtragsangebot steht diesem - außerhalb des § 648 a BGB - kein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht zu. Für geänderte und/oder zusätzliche Leistungen hat der Besteller in Höhe des vom Unternehmer geforderten Nachtragsbetrages auf dessen Verlangen und auf eigene Kosten Sicherheit gemäß § 648 a BGB zu erbringen. Sofern sich im Zuge der nachtragsbezogenen Schlussabrechnung der Parteien ergibt, dass eine überhöhte Sicherheit beansprucht und gestellt wurde, hat der Unternehmer dem Besteller die bei diesem entstandenen Kosten der Sicherheitsleistung einschließlich etwaiger entstandener Zwischen- und Nachfinanzierungskosten zu erstatten.*

Das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers würde in vielen Fällen in der Praxis unterlaufen werden, wenn dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht für den Fall eingeräumt wird, dass kein abschließendes Einvernehmen zu Grund und Höhe der unternehmerischen Nachtragsforderung erzielt ist. In derartigen Fällen entspricht es dem werkvertraglichen Kooperationsprinzip, die Bauleistungen unbeschadet bestehender Vergütungsdifferenzen fortzuführen und den Unternehmer im Gegenzuge auf die Stellung angemessener Sicherheit nach § 648 a BGB zu verweisen. Wird die nach § 648 a BGB geschuldete Sicherheit nicht erbracht, steht dem Unternehmer das in § 648 a Abs. 1 BGB vorgesehene Leistungsverweigerungsrecht zu.

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit sollte an der Vergütung orientiert werden, die sich aus dem Nachtragsangebot des Unternehmers ergibt. Da Nachtragsleistungen regelmäßig ihren Ausgang aus der Sphäre des Bestellers nehmen, sollte insoweit abweichend von § 648 a Abs. 3 BGB vorgesehen werden, dass die Kosten der entsprechenden Sicherheit grundsätzlich vom Besteller zu übernehmen sind. Damit keine überhöhten Nachtragsforderungen und damit auch kein überhöhtes Sicherungsverlangen gestellt wird, empfiehlt es sich ergänzend, eine Regelung vorzusehen, wonach die Kosten der Sicherheit und auch die Kosten einer etwaig vom Besteller aufzunehmenden Zwischen- und Nachfinanzierung dann und insoweit vom Unternehmer zu tragen sind, wie sich im Zuge der Schlussabrechnung zu den Nachtragsforderungen ergibt, dass diese vom Unternehmer überhöht gestellt wurden. Dadurch ist sichergestellt, dass der Unternehmer aufgrund drohender, möglicherweise nicht unbeträchtlicher Kostenerstattungsansprüche von vornherein dazu angehalten ist, sein Nachtragsangebot vertrags- bzw. gesetzesangemessen vorzulegen und zu kalkulieren.

## These 6:

*Die Vergütung für die vom Unternehmer auszuführenden geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen richtet sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung, sofern der Unternehmer nicht übliche Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB beansprucht.*

Die geänderten und/oder zusätzlichen Leistungen gehen ihrem Wesen nach über den ursprünglichen Umfang der vertraglich geschuldeten und vom Unternehmer kalkulierten Leistung hinaus. Es stellt sich deshalb die Frage, ob derartige Leistungen - entsprechend § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B - eher nach den Grundlagen der Preisermittlung für die ursprüngliche vertragliche Leistung oder aber eher nach der in § 632 Abs. 2 BGB vorgesehenen üblichen Vergütung abzurechnen sind. Dem Unternehmer wird es vielfach - zumal bei umfangreichen Änderungs- und Zusatzleistungen - nicht zumutbar sein, an der für eine bestimmte Leistung aus dem ursprünglichen Vertrag anknüpfenden Preisermittlung festzuhalten. Dementsprechend empfiehlt es sich, dem Unternehmer in Bezug auf die vom Besteller ausgelösten Änderungs- und Zusatzleistungen ein Wahlrecht dahingehend einzuräumen, entweder an den vertraglichen Preisermittlungsgrundlagen festzuhalten oder aber auf eine Abrechnung nach üblicher Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB überzugehen.



Arbeitskreisleiter: Ministerialdirektor **Michael Halstenberg**, Berlin  
Stellv. Arbeitskreisleiter: Ministerialrat **Dr. Rüdiger Kratzenberg**, Berlin  
Referenten: Vors. Richter am OLG **Heinz-Peter Dicks**, Düsseldorf  
Rechtsanwalt **Prof. Dr. Klaus Kapellmann**, Mönchengladbach  
Betreuer des Arbeitskreises: Regierungsdirektor **Herbert Göbbeln**, Bochum

## Thema

*Empfehlen sich Regelungen zur verzögerten Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen?*

## I. Einführung

von Ministerialdirektor **Michael Halstenberg**

### Zur Person

*Studium der Rechtswissenschaften in Köln, 2. Staatsexamen am OLG Düsseldorf, anschließend Eintritt in die Finanzverwaltung des Landes Nordrhein Westfalen.*

*1988 Referent im Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr NRW.*

*1993 Referatsleiter im Ministerium für Bauen und Wohnen NRW.*

*1995 Gruppenleiter im Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport NRW, zuständig u. a. für die Bereiche „Volkswirtschaftliche Grundsatzfragen, Koordinierungsstelle für Mittelstandsangelegenheiten, Bauwirtschaft, Vergaberecht, Europäische Angelegenheiten und Auswärtiges“.*

*1999 bis Juni 2004 zugleich EU-Referent der deutschen Bauministerkonferenz.*

*Seit Juli 2004 Leiter der Abteilung Bauwesen, Bauwirtschaft und Bundesbauten im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung. Vorsitzender des Vorstandes des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA).*

Kann in einem Vergabeverfahren die ursprüngliche Zuschlagsfrist (§ 19, § 28 Nr. 1 VOB/A) insbesondere wegen eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens nicht eingehalten werden, geraten die Beteiligten in ein Dilemma, wenn ein Ablauf der Zuschlagsfrist droht:

1. Der Zuschlag darf i. d. R. nicht vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist erteilt werden (§ 115 Abs. 1 GWB). Daher kann ein Vertragschluss durch Zuschlag (§ 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A) nicht erreicht werden.
2. Der Bieter ist zunächst nur bis zum Ablauf der Zuschlags-/Bindefrist an sein Angebot gebunden (§ 19 Nr. 4 VOB/A). Dies entspricht dem Regelungsinhalt der Bestimmungen zur Annahmefrist (§§ 146, 148 BGB). Ein nach Ablauf der Bindefrist erteilter „Zuschlag“ gilt gem. § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag des öffentlichen Auftraggebers, der naturgemäß nicht akzeptiert werden muss.
3. Der Auftraggeber ist unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten daran interessiert, dass insbesondere der Anbieter sein Angebot über den Ablauf der ursprünglichen Bindefrist (unverändert) aufrechterhält, der den Zuschlag erhalten hätte (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A). Andernfalls müsste er den Zuschlag auf ein anderes Angebot erteilen, das nach Wertung der Angebote zunächst nicht an erster Stelle lag, mit dem im Zweifel also ein höherer Preis verlangt wird. Zudem will der Auftraggeber Verzögerungen oder gar eine Aufhebung der Vergabe tunlichst vermeiden. Daher fordert der Auftraggeber die Anbieter regelmäßig auf, der erforderlichen Verlängerung der Bindefrist zuzustimmen.
4. Dieses Begehren bringt die Anbieter wiederum in eine unangenehme Situation. Denn sie haben ihr Angebot oftmals im Hinblick auf bestimmte Zeitabläufe kalkuliert. Mit der Verschiebung des Zuschlags geht aber nicht selten auch eine Verschiebung der angenommenen oder ausgeschriebenen Ausführungsfristen einher. Eine Verzögerung der Ausführung kann zu erheblichen Mehraufwendungen führen, sei es dass Rohstoffpreise steigen, sei es dass Nachunternehmer nicht mehr zum kalkulierten Preis zur Verfügung stehen oder schlicht die Witterungsbedingungen schlechter werden. Der Anbieter darf sein Angebot auch bei Verlängerung der Bindefrist aber nicht mehr ändern, will er nicht Gefahr laufen, wegen Verstoßes gegen das Nachverhandlungsverbot ausgeschlossen zu werden (§ 24 Nr. 3 VOB/A). Daher hat er die Wahl, sein Angebot unverändert auf-

recht zu halten und die Bindefrist zu verlängern, oder den Auftrag zu verlieren. Deshalb wird dem Anbieter regelmäßig empfohlen, den Ablauf seiner Bindefrist unbedingt zu verhindern und damit den Zuschlag – ungeachtet möglicher finanzieller Mehraufwendungen – auf das unveränderte Angebot zu ermöglichen.

5. Nach Zuschlag und Vertragschluss hat der Anbieter ein Interesse daran, sein Angebot entsprechend den veränderten Gegebenheiten neu zu kalkulieren und zugleich eine Anpassung der Vergütung zu verlangen. Weist der öffentliche Auftraggeber dieses Begehren mit der Begründung zurück, dass der Zuschlag auf das unveränderte Angebot erfolgt sei, der Auftrag mithin zu diesen Konditionen abgewickelt werden müsse, ist der Konflikt programmiert.

6. Festzuhalten ist zunächst, dass der Vertrag bei vorbehaltloser Zustimmung der Verlängerung der Bindefrist durch Zuschlag selbst dann zustande kommt, wenn die Ausführungsfristen abgelaufen sind. Denn die Unmöglichkeit der Erfüllung hindert nicht den Vertragschluss (§ 311 a Abs. 1 BGB). Zudem wollten beide Parteien den Vertragschluss und die Erfüllung des Vertrages nach wie vor herbeiführen.

Anders ist freilich zu entscheiden, wenn der Bieter einer Verlängerung der Bindefrist nicht vorbehaltlos zustimmt. Dann gilt die Modifizierung des Antrags gem. § 150 Abs. 2 BGB als neues Angebot, das der öffentliche Auftragnehmer annehmen kann. Allerdings wird er im Hinblick auf § 24 Nr. 3 VOB/A an der Annahme regelmäßig gehindert sein, so dass der Vertrag eben nicht zustande kommt. Nimmt der Auftraggeber trotz zusätzlicher Forderungen oder Erklärungen des Bieters das Angebot an, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts der genaue Inhalt des Vertrages zu ermitteln.

Streitig bleiben aber vor allem die Fälle, in denen der Zuschlag auf das ursprüngliche Angebot erfolgt, weil der Bieter sich eben nicht traut, bereits vor Zuschlag Nachforderungen zu stellen und der Auftraggeber diese nach Vertragsabschluss zurückweist. Angesichts der prekären Situation des Auftragnehmers, den Auftrag zu verlieren, wenn er sein Angebot schon vor dem Zuschlag modifiziert, wird die Erfüllung des Vertrages zu den „vereinbarten“ Konditionen überwiegend als unbefriedigend empfunden, weil der Auftraggeber damit das mit einer Verzögerung verbundene wirtschaftliche Risiko dem Auftragnehmer aufbürdet. Dieser sei faktisch in einer Zwangslage, weil sein Angebot nur zu den alten, eigentlich überholten Konditionen oder eben gar nicht berücksichtigt werden könne. Im Ergebnis wird dem Auftragnehmer daher überwiegend ein Anspruch auf zeitliche und auch finanzielle Anpassung des Vertrages grundsätzlich zugebilligt.

Unabhängig von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Anspruch besteht, ist eine dogmatisch überzeugende Begründung für eine Anpassung des Vertrages noch nicht gefunden: zum Teil wird eine Lösung darin gesehen, den Vertrag entsprechend auszulegen, zum Teil wird dem Bieter das Recht zugestanden, eine nachträgliche Anpassung des Vertrages zu verlangen.

Unterschiedlich wird schließlich auch die Frage beantwortet, ob aus Gründen der Rechtsicherheit eine gesetzliche Regelung - z.B. durch Änderung des GWB - dieser Fälle in Betracht zu ziehen ist, ob eine Änderung der VOB/A in Betracht kommt, oder ob die zahlreichen Fallkonstellationen sich einer solchen Lösung entziehen und daher - wie bisher - auf der Grundlage des allgemeinen Vertragsrechts zu lösen sind.

Die wesentlichen Lösungsansätze:

1. Unter Hinweis, dass eine Unmöglichkeit der Leistung nicht vorliegt, wenn die Leistung in anderer Weise als ursprünglich vorgesehen erfüllbar und dies dem Schuldner auch zumutbar ist, wird vorgeschlagen, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung „nach Treu und Glauben“ eine Erfüllung des Vertrages zu neuen Konditionen zu ermöglichen. Dementsprechend seien Ausführungszeit und Vergütung zugunsten des Bieters entsprechend anzupassen.

Der Einwand hiergegen lautet, dass dem Auftraggeber diese einseitige Änderung des Vertrages jedenfalls insoweit nicht zumutbar sei, als es zu einer preislichen Anpassung komme. Der Bieter habe in dem Bewusstsein dem Vertragsschluss zugestimmt, dass sein Preisangebot unverändert weiter gelte (vgl. Kniffka in IBR-online, § 631 BGB, Rn. 31 und 34, Stand 15.11.2007). Jedenfalls habe der Auftraggeber darauf vertrauen dürfen. Außerdem müsse ansonsten auch der Auftraggeber ein Recht auf Anpassung haben, falls der Auftrag durch die zeitliche Verzögerung nunmehr günstiger abzuwickeln sei. Auch liege in einem solchen Anspruch eine Umgehung des Nachverhandlungsverbots, da die Verlängerung der Bindefrist gleichsam unter einem allgemeinen Preiskalkulationsvorbehalt erfolge. Zudem sei die Erfüllung des Auftrages zu den alten Preisen - anders

als bei abgelaufenen Fristen - ja nicht unmöglich, sondern für den Auftragnehmer allenfalls unwirtschaftlich.

2. Vielfach wird daher ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages nach Vertragschluss befürwortet. Dabei wird eine analoge Anwendung des § 2 Nr. 5, § 6 VOB/B vorgeschlagen und/oder auf die Grundsätze des Wegfalls bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) verwiesen. Der Bieter dürfe das berechnete Vertrauen auf einen Zuschlag nicht mit einer Bindung an die ursprüngliche Kalkulation bezahlen müssen. Daher müsse der Auftraggeber eine Anpassung des Preises im Hinblick auf das vertragliche Vertrauensverhältnis akzeptieren, wenn er keine triftigen Gründe der Ablehnung habe (OLG Hamm, IBR 2007, 179; vgl. Kniffka, IBR-online, § 631 BGB, Rn. 36, vgl. auch OLG Jena BauR 2005, 564).

Dagegen wird - auch unter Verweis auf den Rechtsgedanken des § 116 BGB - eingewandt, dass es gerade umgekehrt treuwidrig sei, einen Vorbehalt, den man bei Vertragschluss nicht haben machen dürfen, unmittelbar nach Vertragsschluss zum Anlass für eine Preisänderung zu nehmen, die der Auftraggeber nicht erkennen können (LG Essen, Urteil vom 15.11. 2007, 4 O 168/07 n. v.). Auch § 2 Nr. 5 VOB/B greife zumindest in den Fällen nicht, in denen die Ausführungsfrist nach Vertragsschluss überhaupt nicht geändert werde. Eine „analoge Anwendung“ dieser Vorschrift sei schon im Hinblick auf deren mangelnde Rechtsnormqualität zweifelhaft. Auch dürften die wirtschaftlichen Konsequenzen in der Regel nicht ausreichend sein, die Voraussetzungen des § 313 BGB zu bejahen.

3. Zum Teil wird ein Anspruch aber auch gänzlich verneint: schließlich habe es der Bieter in der Hand, sich einer Verlängerung der Bindefrist zu verweigern. Er allein könne ermessen, ob er zu dem angebotenen Preis auch dann leisten könne, wenn sich die Ausführung verzögere. Zudem habe er bei Kalkulation und Abgabe des Angebots gewusst, dass es zu Verzögerungen des Vergabeverfahrens kommen könne. Insofern bestehe gar kein berechtigtes Vertrauen, den Zuschlag auch tatsächlich zu dem angenommenen Zeitpunkt zu erhalten. Das damit verbundene Risiko könne er zudem einkalkulieren und/oder durch Ablehnung der Verlängerung der Bindefrist sogar gänzlich vermeiden. Umgekehrt sei zu fragen, warum sich der Auftraggeber in die Situation einer unkalkulierbaren Nachforderung begeben solle, die er im Zweifel ebenfalls nicht herbeigeführt habe. Berücksichtigt man das weitere, dass die anderen Bieter ihre Angebote auch nicht nachbessern dürften, stelle sich die Frage warum das zunächst (!) wirtschaftlichste Angebot später zulasten des Auftragnehmers nachgebessert werden solle.

Daneben können weitere Aspekte in die Diskussion einbezogen werden:

So könnte bezweifelt werden, ob die Ausgewogenheit der fraglichen Bestimmungen der VOB/A unter dem Aspekt der unangemessenen Benachteiligung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 307, 308 Nr. 1 BGB) gegeben ist, sofern man die Anwendung dieser Bestimmungen überhaupt bejaht.

Von Interesse könnte auch die Frage sein, wie zu entscheiden ist, wenn auf Grund der zeitlichen Verzögerung das Angebot unauskömmlich wird und daher ein Zuschlag eigentlich gar nicht mehr erteilt werden dürfte (vgl. § 25 Nr. 3 VOB/B).

Generell begegnen die Vergabestellen auf die Problemlage dadurch, dass die Zuschlags- und Bindefristen deutlich über die Regelfrist der VOB/A hinaus verlängert werden.

Zu erwägen ist auch, ob die Lösung in einer Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens mit den Bietern der engeren Wahl oder die Überführung in ein Verhandlungsverfahren liegen könnte, um allen Bietern eine „Nachbesserungsmöglichkeit“ zu geben und dem Auftraggeber eine bewusste Entscheidung über die drohenden Mehrkosten zu ermöglichen. Die Gefahr liegt dann freilich in weiteren Verzögerungen durch erneute Nachprüfungsverfahren.

Zu diskutieren sind in diesem Zusammenhang auch Vorschläge für eine automatische Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist bis zur Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens durch Gesetz oder die VOB/A.

## II. Thesen

### 1. Thesen von Vors. Richter am OLG Heinz-Peter Dicks

#### Zur Person

*Von 1993 bis 1997 Mitglied in einem Bausenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf, seit 1997 Mitglied im Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf und in einem mit Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes befassten Zivilsenat, seit 1999 stellvertretender Vorsitzender des Vergabesenats des OLG Düsseldorf, 2004 stellvertretender Vorsitz im u.a. für Energierecht zuständigen 2. Kartellsenat des OLG Düsseldorf sowie gleichzeitige Übertragung der Leitung des 2. Kartellsenats und des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf, seit 2005 Vorsitzender des 2. Kartellsenats und des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf, Mitautor des Kartellrechtskommentars von Loewenheim/Meessen/Riesenkampff und des Kommentars zur VOL/A von Kulartz/Marx/Portz/Prieß.*

#### Ausgangslage:

Bei Zuschlagsverzögerungen durch Nachprüfungsverfahren ist einem Dilemma kaum zu entgehen: Einerseits ist die Zuschlagsfrist (und mit ihr die Bindefrist) so kurz wie möglich und nicht länger zu bemessen, wie für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote benötigt wird (§ 19 Nr. 2, 3 VOB/A). Andererseits verhindern Nachprüfungsverfahren zu Lasten von Auftraggebern und Bietern in der Regel, dass Zuschlags- und Bindefristen eingehalten werden können. Dabei handelt es sich um keinen spezifischen, gerade Bauvergaben betreffenden Widerspruch, aber um einen, der mit Blick auf Ausführungsfristen und Mehrkosten bei VOB-Vergaben eine besondere wirtschaftliche und daher rechtliche Relevanz aufweist.

Grundlage der folgenden Darstellung ist: Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsbedingungen die konkrete Ausführungszeit, Bindefrist und Zuschlagsfrist festgelegt.<sup>1</sup>

#### These 1:

*Preissteigerungs- und sonstige Risiken sind von Bietern nur bis zum Ablauf der Bindefrist zu tragen. Bei nachprüfungsbedingten Zuschlagsverzögerungen gehen - communis opinio - Verfahrens-, Bauzeit- und Preisrisiken grundsätzlich auf den Auftraggeber über.*

Nachprüfungsverfahren bewirken aber keine automatische Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist. Droht die Bindefrist abzulaufen, obliegt dem Auftraggeber, den Bietern eine Verlängerung der Bindefrist anzutragen. In Abgrenzung dazu: Bei Verzögerungen aus Haushaltsgründen oder wegen nicht vorliegender öffentlich-rechtlicher Genehmigung oder Zustimmung ist - und zwar per se und von Anfang an vom Auftraggeber zu vertreten - im Allgemeinen schon Ausschreibungsreife zu verneinen (§ 16 Nr. 1 VOB/A).

#### These 2:

*Die rechtliche Konstruktion und Auslegung eines bei Zuschlagsverzögerungen zu begründenden Bauvertrags sollte eine Domäne des Bauvertragsrechts sein. Dem Vergaberecht kommt an der Schnittstelle des Zuschlags die unterstützende Funktion zu, Auftraggebern und Bietern unter den Geboten des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz nach Möglichkeit diejenigen Instrumentarien zur Verfügung zu stellen, die bei nachprüfungsbedingten Verzögerungen einen*

<sup>1</sup>

Die nachstehenden Ausführungen orientieren sich in der Sache und in der Terminologie an den Bauauftragsvergaben „oberhalb“ der Schwellenwerte. Sie können sinngemäß aber auch auf Unterschwellenwertvergaben sowie auf Auftragsvergaben durch private Auftraggeber übertragen werden, sofern diese sich bei der Auftragsvergabe an eine Anwendung der VOB/A gebunden haben; vgl. BGH, Urt. v. 21.2.2006 - X ZR 39/03, VergabeR 2006, 889 sowie § 2 Nr. 1, 2 VOB/A.

*raschen und reibungslosen, d.h. im Effekt bestandskräftigen, Vertragsschluss erlauben.*

Die typischen Fallgruppen einer nachprüfungsbedingt verzögerten Auftragsvergabe:

Variante 1 - Der Auftraggeber fragt während des Nachprüfungsverfahrens bei allen Bietern eine Verlängerung der Bindefrist ab. Die Bieter verlängern die Bindefrist nach Antrag. Der Zuschlag wird, nachdem die Ausführungsfrist teilweise oder vollständig abgelaufen ist, innerhalb der verlängerten Bindefrist erteilt:

Bei der rechtlichen Konstruktion des durch Zuschlag begründeten Vertragsschlusses sind das vergaberechtliche Nachverhandlungsverbot (§ 24 Nr. 3 VOB/A) und - um der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz willen - die Bindung des Auftraggebers an die den Bietern bekannt gegebenen Ausschreibungsbedingungen zu beachten. In der Phase zwischen Ablauf der Angebotsfrist und Zuschlag ist jedwede inhaltliche Änderung am Angebot (in zeitlicher und preislicher Hinsicht) unstatthaft. Die bloße Bindefristverlängerung stellt keine inhaltliche Änderung des Angebots dar; oder es handelt sich um eine zugelassene Angebotsänderung (arg. § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A). Genauso wenig dürfen beim Zuschlag (in puncto Bauausführungsfrist) die Ausschreibungsbedingungen geändert werden. Der Zuschlag darf nur auf das in der Sache unveränderte (bis dahin wirtschaftlichste) Angebot ergehen.<sup>2</sup>

Jede - notwendig bereits an den Willenserklärungen ansetzende - Auslegung (§§ 133, 157 BGB), wonach ein Vertrag mit Blick auf die Zuschlagsverzögerung unter geänderten zeitlichen und/oder preislichen Konditionen gewissermaßen „automatisch“ zustande kommen soll, ändert im Rechtssinn den Inhalt des Angebots ab und verstößt gegen das vergaberechtliche Nachverhandlungsverbot sowie ggf. auch gegen das Gleichbehandlungsgebot.

Durch Zuschlag kommt innerhalb der verlängerten Bindefrist der Vertrag zu den zeitlichen und preislichen Konditionen des ursprünglichen Angebots zustande. Der Vertrag ist - auch wenn die Ausführungsfrist nicht mehr einzuhalten ist - nicht wegen subjektiver oder objektiver Unmöglichkeit unwirksam (§ 311 a Abs. 1 BGB).

Vertragsanpassungen verlagern sich in die Zeit nach Zuschlagserteilung. Auf der Grundlage der Risikozuweisung und Kooperationsverpflichtung haben die Vertragsparteien über eine Anpassung der Leistungszeit und der Vergütung zu verhandeln. Dabei können ihrem Rechtsgedanken nach § 2 Nr. 5 und § 6 Nr. 1, 6 VOB/B oder § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) herangezogen werden.

Das Konzept von Nachverhandlungen nach Zuschlagserteilung ist vergaberechtlich riskant. Würde mit allen in die engere Wahl ziehenden Bietern nachverhandelt, kann sich die Angebotsrangfolge verschieben. Unabhängig von einer nach § 13 VgV erforderlichen Bieterinformation können von Nachverhandlungen ausgeschlossene Mitbieter eine Verletzung der Gebote von Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz rügen und ein neues Nachprüfungsverfahren anstrengen.

Der davon ausgehenden weiteren Verzögerungsgefahr kann der Auftraggeber begegnen, indem er den in die engere Wahl (d.h. in die Wertungsphase nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A) gelangten Bietern nach Beendigung des Nachprüfungsverfahrens, zulässig aber auch schon unterdessen, in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren Gelegenheit gibt, die Angebote einer geänderten Ausführungsfrist und der Preisentwicklung anzupassen. Rechtlich handelt es sich um eine teilweise Rückversetzung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber.

Variante 2 - Der Auftraggeber trägt während des Nachprüfungsverfahrens allen Bietern eine Verlängerung der Bindefrist an. Die Bieter erklären sich nicht, sie verlängern die Bindefrist nicht im angetragenen Umfang oder sie verweigern eine Zustimmung. Ein Zuschlag soll außerhalb der Bindefrist erteilt werden:

Der Ablauf der Bindefrist führt zivilrechtlich, nicht aber vergaberechtlich zum Erlöschen des Angebots (§§ 146, 148 BGB). Der Auftraggeber ist nicht gehindert und unter der Geltung öffentlichen Haushaltsrechts sogar gehalten, ein verfristetes Angebot nach Maßgabe von § 150 Abs. 1 BGB zu bezuschlagen, es sei denn, die Verdingungsunterlagen schreiben vor, verfristete Angebote (zwingend) von der Wertung auszuschließen (Bindung des Auftraggebers daran). Ein Zuschlag unter sachlichen Änderungen am ursprünglichen Angebot (§ 150 Abs. 2 BGB) scheidet aus. Der ausgewählte Bieter kann den als neues Angebot zu wertenden Zuschlag annehmen (arg. § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A), muss dies aber nicht tun. Da das Vergabeverfahren erst mit dem Vertragsschluss endet, sind bis dahin inhaltliche Änderungen am Angebot (durch Annahmeerklärung des Bieters) und an den Ausschreibungsbedingungen unstatthaft. Ein Vertrag kommt zu den Konditionen des Ursprungsangebots zustande. Über eine Anpassung der Ausfüh-

<sup>2</sup> Vgl. zu allem auch BGH, Urt. v. 28.10.2003 - X ZR 248/02, NZBau 2004, 166 = VergabeR 2004, 190 = ZfBR 2004, 290.

rungsfrist und der Vergütung kann erst nach Vertragsschluss verhandelt werden. Den vergaberechtlich sichersten Weg bildet eine Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens wie nach Variante 1.

Variante 3 - Die „vergessene“ Bindefristverlängerung - Der Auftraggeber trägt ungeachtet seiner Obliegenheit keine Verlängerung der Bindefrist an, und die Bieter geben auch von sich aus keine dahingehenden Erklärungen ab:

Sofern nach den Ausschreibungsbedingungen verfristete Angebote nicht unbedingt auszuschließen sind, darf der Auftraggeber das Angebot weiterhin annehmen, wobei die Annahmeerklärung (der Zuschlag) als neues Angebot zu verstehen ist (§ 150 Abs. 1 BGB). Der Bieter kann dieses Angebot annehmen. Mithin ist wie nach Variante 2 vorzugehen.

Im Fall von Zuschlagsverzögerungen ist Bietern nicht nur mit Rücksicht auf Gründe einer Herstellungsverteuerung, sondern auch auf eine Bindung ihrer Kapazitäten nach allen drei Varianten ein Prüfungsrecht daran zuzubilligen, ob sie den Vertrag schließen wollen oder nicht. Eine Zuschlags- oder Vertragsschluss-„Automatik“ sollte ausgeschlossen sein. Sie stünde auch im Widerspruch zu vergaberechtlichen Prinzipien.

### These 3:

*Bei der Vielgestaltigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Gründe, auf denen eine Zuschlagsverzögerung beruhen kann, ist eine materiell-gesetzliche Regelung nicht zu empfehlen.*

Abstrakte Regelungen stoßen infolge einzelfallabhängig komplex und wertungsbesetzt zu treffender Entscheidungen auf Grenzen. Neben Kostensteigerungen müssten generell auch mögliche Kostenverringernungen berücksichtigt werden. Eine Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe erbringt keinen Rechtssicherheitsgewinn. Derzeitige Unsicherheiten müssen bis zu einer Klärung durch die Rechtsprechung vorläufig hingenommen werden.

Sofern eine normative Regelung der Problemstellung angestrebt wird, sollte diese primär in den Verdingungsordnungen und nur hilfsweise, wenn eine Geltung nur bei Auftragsvergaben „oberhalb“ der Schwellenwerte intendiert ist, in der Vergabeverordnung erfolgen. Im System des Vergaberechts scheint eine Ergänzung des GWB dafür ungeeignet.

## 2. Thesen von Prof. Dr. Klaus D. Kapellmann

### Zur Person

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

*Geboren 1942 in Mönchengladbach*

*Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Köln und der Universität Heidelberg 1961 bis 1965*

*Assistent am Lehrstuhl für Ausländisches und Internationales Strafrecht an der Universität Köln*

*Promotion mit einem Thema zur Strafrechtsdogmatik 1968*

*Rechtsanwalt seit 1969*

*Gründung von Kapellmann und Partner 1974*

*Honorarprofessor an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen seit 1994*

*Veröffentlichungen u.a. Kapellmann/Schiffers, Band 1 und 2, Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar zur VOB*

### Thesen:

#### Beispiel

Der öffentliche Auftraggeber schreibt Baulose eines Teilstücks einer Bundesautobahn aus, die Bindefrist für Angebote endet am 11.07.2003, die Fertigstellung ist für den 30.06.2004 vorgesehen. Der Auftraggeber teilt dem Bieter mit, er werde den Zuschlag erhalten. Der Auftraggeber sieht sich durch ein von einem Konkurrenten des Bieters eingeleitetes Vergabenaachprüfungsverfahren am Zuschlag gehindert. Auf

Wunsch des Auftraggebers verlängert der Bieter ohne Kommentar die Bindefrist mehrfach schließlich bis zum 30.07.2004. Die Stahlpreise steigen massiv ab November/Dezember 2003 und weiter bis zum Juli 2004. Am 20.07.2004 erteilt der Auftraggeber den Zuschlag ohne weiteren Erklärungen. Zu diesem Zeitpunkt ist die vorgesehene Ausführungszeit schon abgelaufen (Fall angelehnt an KG, Urteil vom 05.10.2007, 21 U 52/07; letzter Satz hinzugefügt).

1. Das Ziel des Vergabeverfahrens ist der Zuschlag. Demzufolge ist weder vergaberechtlich noch zivilrechtlich eine Lösung sachgerecht, bei der das erfolglose Nachprüfungsverfahren eines Konkurrenten dazu führt oder führen kann, dass der Auftraggeber dem Bieter, dem er ursprünglich den Zuschlag erteilen wollte, jetzt nicht mehr den Zuschlag – ohne neues Vergabeverfahren – erteilen kann. Umgekehrt darf auch der Bieter nicht die Möglichkeit haben, das Zustandekommen des Vertrages durch den „verspäteten“ Zuschlag zu verhindern, nachdem er der Bindefristverlängerung zugestimmt hatte.
2. Die Erklärung des Bieters, der Bindefristverlängerung zuzustimmen, enthält nichts anderes als die Erklärung, sich weiter am Verfahren zu beteiligen. Ein darüber hinausgehender Erklärungsinhalt wäre auch vergaberechtlich unzulässig.  
Überhaupt dürfen bis zum Zuschlag vergaberechtlich weder die Ausschreibungsbedingungen noch das Angebot verändert werden.
3. Sowohl die Ausführungszeit wie der Vertragspreis sind Essentialia des Angebots des Bieters; beide sind nach dem Zweck des Vertrages und der Interessenlage des Bieters so wesentlich, dass eine „verspätete Leistung“ ohne Vertragsanpassung für den Bieter nicht mehr „denselben Vertrag“ darstellen würde. Der („verspätete“) Zuschlag erfolgt auf ein Angebot, das überholt ist und so auch nicht erfüllt werden kann. § 271 BGB ist nicht anwendbar, weil er voraussetzt, dass gerade keine Zeit für die Leistung bestimmt ist.
4. Jedenfalls was die Vertragszeit angeht, ist der Zuschlag auf eine unmögliche Leistung gerichtet, denn Leistungen kann niemand in schon vergangener Zeit erbringen. Durch den Zuschlag kommt demnach ein Vertrag zustande: Der auf diese unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist wirksam (§ 311 a Abs. 1 BGB). Er würde aber keine primäre Leistungspflicht begründen, weil die Erbringung der versprochenen Leistungen für einen schon abgelaufenen Zeitraum für jedermann unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Sekundäre Pflichten (Ersatzpflichten) scheiden mangels Vertretenmüssens aus (§ 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB).
5. Die Unmöglichkeit der Leistungserbringung ist jedoch dann zu verneinen, wenn „die Verpflichtung des Schuldners in anderer Weise als ursprünglich vorgesehen erfüllbar ist und diese andere Art der Erfüllung dem Schuldner zugemutet werden kann“ (BGH NJW 1963, 49; OLG München NJW-RR 2005, 616; Unberath, in: Bamberger/Roth, BGB 2. Auflage 2008, § 275, Rdn. 24; Heinrichs, in: Palandt, BGB, 67. Auflage 2008, § 275, Rdn. 13). Die Bauleistung als solche ist möglich; die dann „andere Art der Erfüllung“ ist dem Bieter zumutbar, wenn Zeit und Werklohn angepasst werden. Diese Anpassung erfolgt im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung „nach Treu und Glauben“ ohne ergänzende Vertragserklärung der Vertragsparteien „automatisch“, weder Auftraggeber noch Bieter müssen oder dürfen zusätzliche Erklärungen abgeben, um den angepassten Vertrag herbeizuführen. Der Bieter hat durch die Bindefristverlängerung zu erkennen gegeben, dass er an dem Vertrag auch bei verspätetem Zuschlag grundsätzlich schließen und ausführen will. Eine Anpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) führt zu einem vergleichbaren Ergebnis.
6. Der Maßstab für die Vertragsanpassung ist die Risikoverteilung des ursprünglich vorgesehenen Vertrages: Das Risiko der Verzögerung ist allein Investitionsrisiko des öffentlichen Auftraggebers; es beruht allein auf seiner speziellen Verfahrensregelung. Es ist deshalb mit Recht einhellige Meinung aller Obergerichte und der Literatur, dass die Ausführungszeit und damit die Vergütung zugunsten des Bieters zwingend angepasst werden.  
Der Vertrag kommt daher zustande mit einem Anspruch des Bieters/Auftragnehmers dem Grunde nach auf zeitliche und finanzielle Anpassung.
7. Maßstab für die zeitliche und finanzielle Anpassung sind § 2 Nr. 5, § 6 VOB/B.
8. Ein Auftraggeber kann nicht durch Klauseln in seinen Vergabeunterlagen die oben genannten Rechtswirkungen ausschließen; solche Klauseln wären vergaberechtlich unzulässig, vor allem aber auch unwirksam wegen Verstoßes gegen die AGB-rechtlichen Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB.

9. Es empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung, dass dann, wenn der Bieter auf Wunsch des Auftraggebers die Bindefrist verlängert, durch den verspäteten Zuschlag ein Vertrag zustande kommt mit einem Anspruch des Bieters/Auftragnehmers dem Grunde nach auf Anpassung in zeitlicher und finanzieller Hinsicht. Richtiger Ort für diese Regelung ist das GWB. Es handelt sich nämlich um ein allgemeines und nicht nur um ein bauvertragliches Problem; eine Lösung nur durch Änderung der VOB/A ist daher nicht empfehlenswert.



Arbeitskreisleiter: **Prof. Dr. Reinhard Greger**, Erlangen-Nürnberg  
Stellvertreter: Präsident des Landgerichtes **Dr. Volker Brüggemann**, Paderborn  
Referenten: Staatssekretär **Dr. Jürgen Oehlerking**, Hannover  
Rechtsanwalt **Christof Wagner**, München  
Betreuer des Arbeitskreises: Vors. Richter am OLG **Dr. Wolfgang Gossmann**, Hamm

## Thema

*Empfiehlst sich eine gesetzliche Regelung der gerichtlichen Mediation ?*

## I. Einführung

von **Prof. Dr. Reinhard Greger**

### Zur Person

*Ordentlicher Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,*

*Mitvorstand des Instituts für Anwaltsrecht und Anwaltspraxis*

*Vor der Berufung an die Universität über 20-jährige Tätigkeit im bayerischen Justizdienst und als Richter am Bundesgerichtshof.*

*Forschungsschwerpunkte in den Bereichen Justizreform und außergerichtliche Streitbeilegung.*

*Zahlreiche Publikationen zum Haftungsrecht, zum Prozessrecht (u.a. Mitautor des ZPO-Kommentars von Zöller) und zu alternativen Formen der Konfliktlösung (zuletzt Greger/Stubbe, Schiedsgutachten)*

*Mehrere Forschungsaufträge des Bundesministeriums der Justiz und des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz zu den Themen außergerichtliche Streitbeilegung, obligatorische Schlichtung, Mediation und Güterichter.*

Gerichtliche Mediation, d.h. die Hinführung von Konfliktparteien zu einer konsensualen Konfliktlösung in bereits anhängigen Prozessen durch besonders ausgebildete Richterinnen und Richter, wird in zahlreichen Modellversuchen erprobt. Diese folgen unterschiedlichen Verfahrensmustern:

- Teilweise werden von den Prozessrichtern Mediationstechniken in den Zivilprozess integriert (vor allem im Rahmen der Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO),
- teilweise werden Mediations- oder Güterichter als ersuchte Richter i.S.v. § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO eingeschaltet ,
- bei anderen Projekten wird eine Mediationszuständigkeit von Richtern, Kammern oder Senaten begründet, denen bestimmte Verfahren nach einem Ruhens- oder Aussetzungsbeschluss des Prozessgerichts, teilweise auch unmittelbar aufgrund des Geschäftsverteilungsplans, in Analogie zur Regelung über die außergerichtliche Schlichtung (§ 278 Abs. 5 Satz 2, 3 ZPO) übertragen werden.

Von allen Modellversuchen werden gute Ergebnisse berichtet: Hohe Einigungsquoten, zügiger Verfahrensabschluss, große Zufriedenheit mit Ergebnis und Verfahren. Dies gilt ganz besonders auch für umfangreiche und schwierige Bauprozesse.

Es ist an der Zeit, die ausdrücklich als Übergangslösung bezeichnete Phase der Modellversuche abzuschließen und deren positive Ergebnisse allgemein nutzbar zu machen.

Die an § 278 Abs. 2 oder Abs. 5 Satz 1 ZPO anknüpfenden Verfahrensweisen erfordern lediglich Fortbildungs- und organisatorische Maßnahmen; es könnte allenfalls durch gesetzliche Regelungen auf einen stärkeren und einheitlicheren Einsatz und die Klärung der Vertraulichkeitsfrage hingewirkt werden. Dasselbe gilt für die sog. Gerichtsnahe Mediation, bei der die Parteien auf eine externe Schlichtungsinstitution verwiesen werden (§ 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO in unmittelbarer Anwendung).

Die Einrichtung einer besonderen Mediationszuständigkeit von Richtern oder Kollegialspruchkörpern würde dagegen eine gesetzliche Grundlage voraussetzen.

Bei der Entscheidung darüber sind folgende Fragen zu beachten:

Ist es unter den Aspekten des Subsidiaritätsprinzips, der Berufsfreiheit und des freien Wettbewerbs vertretbar, die in privatrechtlicher Form angebotene Dienstleistung der Mediation als Staatsaufgabe zu definieren?

Welche Kautelen, etwa gebühren-, dienst- oder berufsrechtlicher Art, müssten dabei beachtet werden?

Bedarf es, auch im Hinblick auf die künftige EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, besonderer Anforderungen an die Qualifizierung der Richtermediatoren?

Es wird auch zu überlegen sein, ob durch die gesetzliche Einführung einer gerichtlichen Mediation andere Formen der konsensualen Streitbeilegung, insbesondere durch Schlichtungs- und Evaluationsverfahren im vorprozessualen Raum, zurückgedrängt werden könnten und wie dies ggf. zu verhindern wäre (obligatorische Anrufung einer branchenspezifischen Schlichtungsstelle?)

### Neuere Aufsatzliteratur:

- Lambert Lör, Einbindung von Mediation in den Zivilprozess, ZKM 2005, 182
- Lambert Lör, Richterliche Mediation, ZZP 2006, 199
- Matthias Kilian, Erprobung der gerichtsnahen Mediation - Erfahrungen mit Pilotprojekten in den Niederlanden, ZKM 2005, 186
- Reinhard Greger, Güterichter - ein Erfolgsmodell, ZRP 2006, 229
- Reinhard Greger, Justiz und Mediation, NJW 2007, 3258
- Reinhard Greger, Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland, ZKM 2003, 240
- Reinhard Greger /Irmgard Gleussner/ Jörn Heinemann, Autonome Konfliktlösung innerhalb und außerhalb des Prozesses, in: Festgabe für Max Vollkommer 2006, S. 291
- Ernst Spangenberg, Mediative Ansätze bei Vergleichsverhandlungen über Unterhalt, ZKM 2006, 119
- Wolf-Dieter Treuer, Vergleichstechniken im Zivilrecht, DRiZ 2006, 151
- Gerhard Hückstädt, Gerichtliche Mediation beim Landgericht Rostock, NJ 2005, 289
- Jörg Risse/ Christof Wagner, Mediation im Wirtschaftsrecht, in: Risse Wirtschaftsmediation 2003
- Christof Wagner, Alternative Konfliktbehandlung im privaten Baurecht, in: Festgabe für Steffen Kraus 2003, S. 367
- Christof Wagner, Mediation im privaten Baurecht. Eine Alternative zum Bauprozess, BauR 2004, 221
- Hans-Georg Monßen, Die gerichtsnahen Mediation, AnwBl 2004, 7
- Hans-Georg Monßen, Anwaltsmediation und Richtermediation - ein ungleicher Wettbewerb, ZKM 2006, 83
- Kati Zenk/ Rainer Strobl/ Andreas Böttger, Sozialwissenschaftliche Aspekte der gerichtsnahen Mediation, ZKM 2006, 43
- Harald Koch, Gerichtliche Mediation - gerichtsverfassungs- und verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen, NJ 2005, 97
- Raimund Wimmer/ Ulrich Wimmer, Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Mediation, NJW 2007, 3243
- Peter Götz von Olenhusen, Gerichtsmediation-Richterliche Konfliktvermittlung im Wandel, ZKM 2004, 104
- Alexander Klose, Rechtliche Hürden auf dem Weg zur gerichtlichen Mediation, ZKM 2005, 146
- Abschlussbericht über den Modellversuch Güterichter des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz; [www.jura.uni-erlangen.de/aber/queterichter.htm](http://www.jura.uni-erlangen.de/aber/queterichter.htm)
- Projektabschlussbericht Gerichtsnahen Mediation in Niedersachsen; [www.mediation-in-niedersachsen.de/abschlussbericht.pdf](http://www.mediation-in-niedersachsen.de/abschlussbericht.pdf)
- Görres-Ohde zum Projekt Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein, SchlHA 2007, 142
- Hückstädt zum Projekt Gerichtliche Mediation in Mecklenburg-Vorpommern, NJ 2005, 289

## II. Thesen

### 1. Thesen von Christof Wagner

#### Zur Person

*Tätigkeit als Rechtsanwalt seit 1994 in der Sozietät Kraus, Sienz & Partner, München. Partner seit 1999. Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. Abgeschlossenes Studium als Dipl.-Sozialpädagoge. Ausbildung zum Wirtschaftsmediator u.a. bei Ponschab, Duve, Peter Grilli (gwmk). Gelisteter Wirtschaftsmediator EUCON (Europäisches Institut für Konflikt Management e.V.). Mitautor Handbuch Mediation, Beck-Verlag. Vorträge und Seminare in Mediation für Baukonflikte, u.a. Münchener Bauzentrum, Verband der Honorarsachverständigen, Netzwerk Bauanwälte, 2nd International Summer School on Business Mediation, Admont, Deutsche Gesellschaft für Baurecht, 57. Deutscher Anwaltstag usw. Gründungsmitglied und Vorstandsmitglied des Verband der Baumediatoren e.V., Berlin.*

#### These:

*Die Mediation soll von ihrem Ansatz her eine Alternative zum staatlichen Gericht darstellen. Sie hat deshalb zumindest in institutionalisierter Form innerhalb der Justiz nichts verloren. Es ist unlogisch und systemwidrig, eine Alternative in einen Rahmen implementieren zu wollen, zu dem sie gerade die Alternative darstellen soll.*

Das ist keine "ideologische" oder dogmatische Aussage, sondern eine praktisch begründbare These. Mit der Aussage, dass innergerichtliche Mediation in institutionalisierter Form systemwidrig und unlogisch ist, soll keineswegs eine Abschaffung dessen gefordert werden, was sich unter der Überschrift "Innergerichtliche Mediation" innerhalb der zahlreichen Modellversuche in den letzten Jahren in der Praxis bei den Gerichten entwickelt hat. Im Gegenteil.

Die innergerichtliche Mediation ist keine Mediation im herkömmlichen oder klassischen Sinne, jedenfalls dann nicht, wenn man sie mit dem vergleicht, was in Wissenschaft, Lehre und Praxis unter Mediation verstanden wird.

Um sich dies und die Funktion innergerichtlicher Mediation vor Augen zu führen, muss man sich zunächst der außergerichtlichen Mediation zuwenden und anschließend einen Vergleich mit dem anstellen, was in den Modellversuchen unter der Bezeichnung innergerichtliche Mediation betrieben wird.

Die Mediation tut sich hierzulande immer noch relativ schwer, sich am Markt als echtes alternatives Konfliktbehandlungsverfahren durchzusetzen. Gleichwohl gibt es beachtliche Fortschritte. Die großen Unternehmen setzen zunehmend auf Mediation und andere ADR-Verfahren, weil sie mit Bauprozessen schlimme Erfahrungen gemacht haben. Die (außergerichtliche) Mediation eignet sich besonders gut für komplexe Baurechtsstreitigkeiten. So können insbesondere in der Phase des Brainstorming und in der Phase der Suche nach Optionen die baustellenübergreifenden Interessen, also außerhalb des eigentlichen Konflikts liegende Themen und das Innovationspotenzial der beteiligten Führungskräfte für die Konfliktbewältigung nutzbar gemacht werden.<sup>1</sup> Deshalb ist es umso erstaunlicher, dass die (außergerichtliche) Mediation bei Baukonflikten in Deutschland im Gegensatz zu Österreich noch wenig verbreitet ist.<sup>2</sup>

Wir haben in den letzten Jahren eine vergleichsweise große Anzahl an Mediatoren, insbesondere Anwaltsmediatoren, aber auch Sachverständigenmediatoren ausgebildet, die sozusagen "Gewehr bei Fuß" stehen, um für außergerichtliche Mediationen in Baukonflikten zur Verfügung zu stehen.<sup>3</sup>

Es stellt sich also die Frage, ob es unter diesen Bedingungen sinnvoll und zweckmäßig ist, für Baukonflikte die innergerichtliche Mediation als eine Art Parallel-Institution zur immer noch nicht etablierten außergerichtlichen Mediation einzuführen.

<sup>1</sup> vgl. Wagner, Mediation im privaten Baurecht: Eine Alternative zum Bauprozess, BauR 1a, 2004, Seite 221

<sup>2</sup> In Österreich beschränkt man Mediation schon längst nicht mehr auf Konfliktmediation, sondern man beginnt sich mit Vertragsmediation, baubegleitender Mediation und partnerschaftlichen Bauvertragsmodellen zu beschäftigen, so etwa bei der 2<sup>nd</sup> International Summer School On Business Mediation 2006

<sup>3</sup> Im Rahmen einer kritischen Betrachtung der innergerichtlichen Mediation durch Richter ist das natürlich auch ein berufspolitisches Argument der Anwaltschaft, es schließt aber eine sachliche Betrachtung, ohne zwangsläufig den Geruch von Lobbyismus zu verbreiten, nicht aus.

Dazu muss man in einem zweiten Schritt einen Blick auf die innergerichtliche Mediation bei Baukonflikten werfen.<sup>4</sup>

Zur innergerichtlichen Mediation gelangen die Parteien erst dann, wenn der Streit zuvor beim Streitrichter war und mit der Durchführung einer innergerichtlichen Mediation bei einem anderen Richter, dem Güterichter, allseits Einverständnis besteht.

Was passiert also im Vergleich zur außergerichtlichen Mediation? Während bei der außergerichtlichen Mediation die Parteien anstatt das Gericht anzurufen, sich an einen Mediator wenden und die Konfliktbewältigung autonom in ihrer Hand behalten wollen, haben die Parteien der innergerichtlichen Mediation in der Vergangenheit den Streit bereits an den Streitrichter delegiert und in der Regel bereits Erfahrung mit dem staatlichen (Streit-) Gericht gemacht. In allen Fällen haben sie also bereits mehr oder weniger viel Geld ausgegeben, um einem Dritten – dem Richter – die Entscheidung zu überlassen und in vielen Fällen, so berichten jedenfalls Güterichter wie Streitrichter, sind sie damit nicht weit gekommen. Die betreffenden Richter sprechen teilweise davon, dass mit der innergerichtlichen Mediation langjährig anhängende (wörtlich: "uralte Kamellen") Prozesse beendet werden sollen, oder auch Bauprozesse, die – wie häufig – ganz einfach aufgrund ihrer Komplexität nicht justizierbar sind. Teilweise wird frustriert auch davon gesprochen, dass die Parteien sich mit der innergerichtlichen Mediation als eine Art "Flucht vor dem Streitrichter" bereit erklären.

Was dann bei der innergerichtlichen Mediation passiert, ist keine Mediation, sondern eine "qualifizierte Güterverhandlung", bei einem anderen "neuen" Richter, der nicht umsonst Güterichter und nicht Mediator genannt wird. In der Praxis – so berichten die Beteiligten - nimmt sich der Güterichter, der eine Mediationsausbildung hinter sich gebracht hat, mehr Zeit für die Beteiligten und bekanntermaßen findet die Veranstaltung "Innergerichtliche Mediation" in einer wesentlich entspannteren Atmosphäre statt. Die Anwälte stehen nicht mehr unter dem enormen Druck, wie sonst bei Bauprozessen, in denen es um viel geht. Der Güterichter kann befreit von den Zwängen der ZPO vermitteln. Das ist deshalb noch keine Mediation. Nach den Beobachtungen und Befragungen in der Praxis erklären die Güterichter, dass sie in der innergerichtlichen Mediation "dasselbe" machen, wie in der langjährigen Berufspraxis zuvor in der Güterverhandlung gem. § 278 Abs. 2 ZPO. Praktiziert wird nicht ein Mediationsverfahren, das die bekannten vier oder fünf Stufen von der Eröffnungsphase bis zum Abschluss eines bindenden Vergleiches durchläuft, sondern eine Güterverhandlung, die unter wesentlich günstigeren und einigungsfördernden Umständen stattfindet, als die dem Streitverfahren vorgeschaltete Güterverhandlung gem. § 278 Abs. 2 ZPO. Das ist die eigentliche Ursache für die Erfolge der innergerichtlichen Mediation und dafür, dass es viele Befürworter gibt. Befragt man Richter und Anwälte, weshalb sie Verfechter der innergerichtlichen Mediation sind, hört man als Argument immer wieder, die innergerichtliche Mediation sei immer noch besser, als das Durchfechten eines komplexen Bauprozesses. Das ist allerdings ein ziemlich schwaches Argument, weil es für die Konfliktparteien praktisch nichts Schlimmeres gibt, als einen komplexen Baurechtsstreit durchfechten zu müssen. Die innergerichtliche Mediation, also ein spezielles Güterverfahren, hat dennoch ihre Berechtigung und ist eine begrüßenswerte Einrichtung.

Sie bewirkt aber anders als die außergerichtliche Mediation keine Entlastung der Justiz, sondern nur eine Verschiebung der Zuständigkeiten innerhalb der Gerichte. Es wäre ein fataler Fehler, die innergerichtliche Mediation quasi als Konkurrenzprodukt zur außergerichtlichen Mediation etablieren zu wollen mit der Folge, dass die "echte" Alternative zum Bauprozess sich noch schwerer tut. Ich qualifiziere daher die "innergerichtliche Mediation" nicht als Mediation, sondern als eine durchaus begrüßenswerte zusätzliche "Dienstleistung" der Justiz, die gekennzeichnet ist von einem Wechsel der Zuständigkeiten<sup>5</sup>. Es ist eine Art spezielle Güterverhandlung vor einem vom Streitrichter personenverschiedenen Güterichter.

Die innergerichtliche Mediation kann keine ernsthafte Konkurrenz zu einer professionellen außergerichtlichen Mediation von Baukonflikten darstellen und sie darf auch nicht so verstanden werden. Sie darf auch nicht die Möglichkeit verdrängen, dass der Streitrichter etwa zu Beginn der obligatorischen Güterverhandlung gemäß § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO auf die außergerichtliche Mediation verweist.

Die innergerichtliche Mediation kann eingesetzt werden, um bereits bei Gericht anhängige, oft hoffnungslos verfahrenre Bauprozesse zu beenden.

Die innergerichtliche Mediation als separates Güterverfahren verhindert im Gegensatz zur "echten" außergerichtlichen Mediation nicht die bei Gericht anfallenden Kosten.

<sup>4</sup> Ich tue das nicht anhand von statistischen Erhebungen oder ähnlichem, sondern anhand von zahlreichen Gesprächen, die ich mit Richtern, Anwaltskollegen und Sachverständigen-Mediatoren geführt habe. Es handelt sich also um eine Beobachtung vom Standpunkt des "Streitanwalts", des Anwalt-Mediators und des Anwalts als Parteivertreter in Mediationsverfahren.

<sup>5</sup> vom Streitrichter zum Güterichter

## 2. Thesen von Dr. Jürgen Oehlerking

### Zur Person

1979 – 1983 Richter am Verwaltungsgericht Hannover

1983 – 1985 Wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des Niedersächsischen Landtages

1985 – 1986 Leiter des Referats "Öffentliches Recht" im Niedersächsischen Ministerium der Justiz

1986 – 1989 Leiter des Referats "Medienrecht, Medienpolitik" in der Niedersächsischen Staatskanzlei

1989 – 1991 Leiter der Verwaltungsabteilung des Niedersächsischen Landtages

1991 – 1996 Leiter der Abteilung "Gesetzgebung, Ressortkoordinierung" in der Staatskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt

1996 – 2003 Leiter der Abteilung "Gesetzgebung" im Ministerium der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt  
Seit 04.03.2003 Staatssekretär im Niedersächsischen Justizministerium

### Thesen

#### 1. Kontext zum EU-Recht

Bei der Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen wird der nationale Gesetzgeber nicht bei einer eng begrenzten Regelung grenzüberschreitender Mediationen stehen bleiben können und wollen.

#### 2. Kontext zur außergerichtlichen Mediation

Die Gerichtsmediation ist im Zusammenhang mit der Mediation im Allgemeinen zu sehen. Die außergerichtliche Mediation als leistungsfähiges und innovatives Instrument der alternativen Streitbeilegung bedarf der Unterstützung und Etablierung. Der Gesetzgeber kann hierzu durch Schaffung der erforderlichen Rahmenbedingungen und durch Anreize beitragen.

#### 3. Rahmenbedingungen der Mediation

Die staatliche Anerkennung von Mediatorinnen und Mediatoren sichert Qualitätsstandards und kann das Image der Mediation fördern.

Basispflichten von Mediatorinnen und Mediatoren etwa zur Verschwiegenheit, Unabhängigkeit, Unbefangenheit, Dokumentation und Haftpflicht können in diesem Rahmen etabliert werden.

Zeugnisverweigerungsrecht und Beweisverwertungsverbot können die Mediation flankieren.

#### 4. Anreize für außergerichtliche Mediation

Ein Zwang zur vorgerichtlichen Mediation ist fragwürdig. Vorzuziehen sind Anreize wie etwa die Anrechnung von Kosten gescheiterter vorgerichtlicher Mediation auf spätere Gerichtskosten.

#### 5. Implementierung der Gerichtsmediation - Regelungsziele

Durch eine Implementierung in die Verfahrensordnungen kann erreicht werden:

- bruchlose Integration der Mediation als eine Möglichkeit zur gütlichen Einigung
- Beseitigung verfassungs-, wettbewerbs- und dienstrechtlicher Bedenken
- Beseitigung von Zweifeln zur Einordnung als Aufgabe der Rechtsprechung

#### 6. Implementierung der Gerichtsmediation – Rahmenbedingungen

Bei der Implementierung in die Verfahrensordnungen sollte beachtet werden:

- Inkompatibilität zwischen Spruchrichter- und Mediatorentätigkeit
- kein Zwang zur Mediation
- keine Verantwortung der Mediatorin / des Mediators für den Sach- und Streitstand

#### 7. Mediation als Pflichtaufgabe des Gerichts?

Das die Mediation allgemein beherrschende Prinzip der Freiwilligkeit könnte gegen die Einbeziehung auch solcher Gerichte sprechen, die organisatorische oder kapazitätsprobleme sehen, grundsätzlich skeptisch sind oder aber über geeignete Richterinnen und Richter nicht verfügen.

#### 8. Weiterer Regelungsbedarf zur gerichtsnahen Mediation

Beteiligung anwaltlicher Vertreter – Zuständigkeit für Entscheidungen zum Gegenstandswert, zur Prozesskostenhilfe und bei Erledigung

Arbeitskreisleiter: Rechtsanwalt **Peter Oppler**, München  
Stellvertreterin: Rechtsanwältin **Heike Rath**, Frankfurt  
Referenten: Rechtsanwalt **Dr. Thomas Wessely**, Brüssel  
Rechtsanwalt **Prof. Dr. Volkert Vorwerk**, Karlsruhe  
Rechtsanwalt **Dr. Wolfgang Koeble**, Reutlingen  
Betreuer des Arbeitskreises: Rechtsanwalt **Dr. Klaus Saerbeck**, Hamm

## Thema

*Wie viel HOAI erlaubt die Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union?*

*Was ändert sich durch die neue HOAI?*

## I. Einführung

von RA Peter Oppler

### Zur Person

*Rechtsanwalt Peter Oppler ist Partner der Kanzlei Böck Oppler Hering in München. Er ist Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht im Deutschen Anwaltverein und Autor in dem Kommentar von Ingenstau/Korbion zur VOB.*

Die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie) verfolgt eine Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes innerhalb der Europäischen Union zum Wohl der Europäischen Wirtschaft und der Verbraucher.

Wie sich aus dem 2. Erwägungsgrund der Richtlinie ergibt, ist nach Meinung ihrer Verfasser ein wettbewerbsfähiger Dienstleistungsmarkt für die Förderung des Wirtschaftswachstums und die Schaffung von Arbeitsplätzen in der Europäischen Union wesentlich.

Gegenwärtig hindert aber eine große Anzahl von Beschränkungen im Binnenmarkt Dienstleistungserbringer, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU), daran, über ihre nationalen Grenzen hinauszuwachsen und uneingeschränkt Nutzen aus dem Binnenmarkt zu ziehen. Dies schwäche, so die Richtlinie im 2. Erwägungsgrund weiter, die globale Wettbewerbsfähigkeit der Dienstleistungserbringer aus der Europäischen Union. Ein freier Markt, der die Mitgliedstaaten zwingt, Beschränkungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr abzubauen, bei gleichzeitiger größerer Transparenz und besserer Information der Verbraucher, würde für die Verbraucher größere Auswahl und bessere Dienstleistungen zu niedrigeren Preisen bedeuten.

Deshalb ist es nach der Richtlinie erforderlich (vgl. 3. Erwägungsgrund), die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern in den Mitgliedstaaten und des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen Mitgliedstaaten zu beseitigen und den Dienstleistungsempfängern und -erbringern die Rechtssicherheit zu garantieren, die sie für die wirksame Wahrnehmung dieser beiden Grundfreiheiten des (EU-)Vertrags benötigen.

Diese Beschränkungen können aber, wie sich aus dem 6. Erwägungsgrund der Richtlinie ergibt, nicht allein durch die direkte Anwendung der Artikel 43 und 49 des (EU-)Vertrags beseitigt werden, weil – insbesondere nach der Erweiterung – die Handhabung von Fall zu Fall im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren sowohl für die nationalen als auch für die gemeinschaftlichen Organe äußerst kompliziert wäre; außerdem könnten zahlreiche Beschränkungen nur im Wege der vorherigen Koordinierung der nationalen Regelungen beseitigt werden. Hierzu wurde nun mit der Dienstleistungsrichtlinie ein allgemeiner Rechtsrahmen geschaffen, den die Mitgliedsstaaten bis zum 28.12.2009 in nationales Recht umzusetzen haben.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang nationale Gebührenordnungen der Mitgliedsstaaten für Dienstleistungserbringer, wie etwa die HOAI, Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs in der EU enthalten, die von der Dienstleistungsrichtlinie missbilligt werden und deshalb bei der Umsetzung der Richtlinie von den nationalen Gesetzgebungsorganen zu berücksichtigen sind; es stellt sich mit anderen Worten die Frage: Wie viel HOAI erlaubt die Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union?

## II. Thesen

### 1. Thesen von Dr. Thomas Wessely

#### Zur Person

*Rechtsanwalt Dr. Thomas W. Wessely, ist Partner der Praxisgruppe Antitrust, Competition and Trade der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer in Brüssel. Er ist in Köln und in Brüssel als Rechtsanwalt zugelassen. Dr. Wessely war ab 1997 zunächst Rechtsanwalt im Kölner Büro der Kanzlei und ist seit dem Jahre 2000 in Brüssel tätig. Sein Tätigkeitsbereich umfasst das allgemeine Europarecht sowie sämtliche Gebiete des Kartell- und Wettbewerbsrechts, darunter insbesondere die europäische und deutsche Fusionskontrolle, die Vertretung von Unternehmen in Kartell- und Mißbrauchsverfahren, die allgemeine kartellrechtliche Beratung von Unternehmen, das Beihilferecht und das Außenhandelsrecht sowie die Vertretung von Mandanten in wettbewerbsrechtlichen Verfahren vor europäischen und deutschen Gerichten. Dr. Thomas W. Wessely studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Bonn (Dr. iur., 1997), Montpellier, Frankreich (Maître en droit, 1989) und der Fordham University New York (LL.M., 1993). Er veröffentlicht regelmäßig zu Fragen des Kartell- und Beihilferechts und ist Mitautor des Münchner Kommentars und des Frankfurter Kommentars zum Kartellrecht. Dr. Wessely ist auch Mitherausgeber von "Getting the Deal Through - Dominance", welcher jährlich einen weltweiten Überblick über das auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbare Recht gibt.*

#### These 1:

##### *Vereinbarkeit der HOAI mit Europarecht*

*Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit der im EG-Vertrag verankerten Niederlassungsfreiheit vereinbar, wenn man davon ausgeht, dass die zwingenden Honorarsätze in verhältnismäßiger Weise Verbraucherschützende Ziele verfolgen.*

Dies lässt sich mit guten Gründen vertreten. Mit der Dienstleistungsfreiheit ist die HOAI vereinbar, wenn man die in der Dienstleistungs-Richtlinie vorgenommene Beschränkung der Rechtfertigungsgründe als EG-vertragsrechtswidrig ansieht und in korrigierender Auslegung der Richtlinie auch den Verbraucherschutz als Rechtfertigungsgrund anerkennt.

#### These 2:

##### *Niederlassungsfreiheit*

*Im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit lassen sich gute Gründe dafür anführen, dass der in der HOAI niedergelegte Honorarrahmen auch mit der (sich durch die Dienstleistungs-Richtlinie ergebenden) neuen Rechtslage vereinbar ist.*

Der diesen Bereich regelnde Artikel 15 der Dienstleistungs-Richtlinie spiegelt den bisherigen Stand des Gemeinschaftsrechts wieder und hat daher zu keiner Änderung des bisher über den EG-Vertrag zur Verfügung stehenden Argumentationsspielraums geführt. Für die Begründung der Europarechtskonformität der Honorarsätze der HOAI lassen sich hierbei zwei Ansatzpunkte finden:

Zum einen lässt sich vorbringen, dass die Honorarsätze aus einer Reihe von Gründen in der Praxis keine Auswirkung auf die Entscheidung von Anbietern aus dem EG-Ausland haben, sich in Deutschland niederzulassen, und daher von vornherein nicht als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einzustufen sind.

Zum anderen lassen sich die Honorarsätze mit guten Gründen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger rechtfertigen. Mindestsätze sollen die Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus der Dienstleistung sicherstellen, während die Höchstsätze zur Begrenzung der Baukosten und des Mietanstiegs beitragen und dem Missbrauch bei der Honorarabrechnung vorbeugen.

## These 3:

### *Dienstleistungsfreiheit*

*Ob aufgrund der zu mittelbaren bzw. zu ungewissen Wirkung auf den Marktzugang die Mindest- und Höchstsätze der HOAI überhaupt zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen, ist ähnlich wie bei der Niederlassungsfreiheit in Frage zu stellen.*

Ginge man vom Vorliegen einer Beschränkung aus, so wäre im Hinblick auf die Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen, dass nach Artikel 16 der Dienstleistungs-Richtlinie allein noch auf die Gesichtspunkte der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit sowie des Umweltschutzes zurückgegriffen werden kann.

Es stößt aber auf erhebliche Bedenken, ob diese Beschränkung der Rechtfertigungsgründe in Artikel 16 der Dienstleistungsrichtlinie überhaupt primärrechtskonform ist. Grundsätzlich ist der europäische Gesetzgeber zu einer solchen Beschneidung von Rechtfertigungsgründen befugt. Dies setzt aber zur Sicherstellung eines gewissen Schutzniveaus eine gleichzeitige Mindestharmonisierung des davon betroffenen Sachrechts voraus. Ob eine solche Sachrechtsharmonisierung im Hinblick auf den Verbraucherschutz in den Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie tatsächlich erfolgt ist, ist mit beachtlichen Gründen zu bezweifeln. In diesem Fall wäre Artikel 16 der Dienstleistungs-Richtlinie nicht mit dem EG-Vertrag vereinbar. Im Wege primärrechtskonformer Auslegung müsste dann die Richtlinie um den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes erweitert werden. Damit stünde auch für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit der Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger als potentieller Rechtfertigungsgrund der HOAI zur Verfügung.

## These 4:

### *Einschränkungen des Anwendungsbereichs der HOAI*

*Die Verkürzung von Leistungsbildern oder Honorartafeln oder eine sonstige Beschränkung des Geltungsbereichs der HOAI hat keinen nennenswerten Einfluss auf die europarechtliche Bewertung der HOAI.*

## These 5:

### *Inländer-HOAI*

*Eine nur für Inländer geltende HOAI wäre aus europarechtlicher Sicht unbedenklich, da Diskriminierungsverbot, Dienstleistungsfreiheit und die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie auf rein innerstaatliche Sachverhalte grundsätzlich nicht anwendbar sind. Im Hinblick auf das Deutsche Verfassungsrecht (Artikel 12, 3 GG) lässt sich die damit verbundene Ungleichbehandlung von Inländern rechtfertigen.*



## These 6:

*Handlungsspielräume vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Dienstleistungsrichtlinie*

1. Eine Erhöhung der Honorarsätze vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Dienstleistungs-Richtlinie wäre sowohl mit dem EG-Vertrag als auch mit der Richtlinie selbst vereinbar. Denn eine solche Erhöhung würde zu keinen „neuen Anforderungen“ gemäß Artikel 15 Abs. 2 lit.g der Dienstleistungs-Richtlinie führen.

2. Eine Erhöhung der Tafelendwerte, welche zwangsläufig den sachlichen Anwendungsbereich der HOAI erweitert, wäre dagegen mit Blick auf Artikel 15 Abs. 2 lit. g der Dienstleistungs-Richtlinie und allgemeine Grundsätze des Europarechts erheblichen Bedenken ausgesetzt. Maßgeblich für solche Änderungen ist aber, zu welcher europarechtlichen Beurteilung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI man letztlich gelangt.

## 2. Thesen von Prof. Dr. Volkert Vorwerk

### Zur Person

*Prof. Dr. Volkert Vorwerk ist Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof. Er ist Mitherausgeber u.a. des Kommentars zum KapMuG sowie mit Autor im Praxishandbuch Architektenrecht.*

### These 1:

*Die Mindestpreisregelung ist nicht als Folge ruinösen Preiskampfes oder allgemeinen Qualitätsverfalls entstanden*

- Entwicklung zwingenden Preisrechts als Folge der Nachkriegsbewirtschaftung
- Einführung fakultativer Mindestsätze zur Verdeutlichung des Rahmencharakters der HOAI
- Entstehung zwingender Mindestsätze auf Druck der Architektenschaft

### These 2:

*Die Mindestpreisregelung der HOAI verstößt nicht gegen nationales Verfassungsrecht*

- Mindestsatzregelung als Berufsausübungsregelung im Sinne der Dreistufentheorie
- Weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers

### These 3:

*Die Mindestpreisregelung stellt einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar*

- Geltung der HOAI für Architektenleistungen im Inland
- Unterschiedslose Geltung

- Mittelbare Ausländerdiskriminierung durch Mindestsatzregelung - Marktzutrittsbarriere
- Im Gegensatz zu anderen Ländern (Belgien) spielt bei der Beurteilung der HOAI als staatlicher Rechtsnorm das Europäische Kartellrecht keine Rolle

## These 4

### *Der Eingriff lässt sich nicht rechtfertigen*

- Terminologie der Kommission: Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit zur Beseitigung einer Marktstörung, hier: Asymetrische Informationsverteilung
- Terminologie des EuGH: Eingriff zugunsten eines zwingenden Rechtsguts der Allgemeinheit, hier: Verbraucherschutz, notwendig geworden durch die Informationsasymetrie zwischen Verbraucher und Architekten
- Cipolla – Entscheidung: Zwingendes Preisrecht nicht von vornherein ungeeignet, um ruinösen Preiswettbewerb und dadurch verursachten Qualitätsverfall zu verhindern, das nationale Gericht muss Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahme jedoch konkret feststellen:
  - Darlegung von Eignung und Erforderlichkeit durch den Mitgliedsstaat, der sich auf die Rechtmäßigkeit des Eingriffs beruft
  - Empirische Erkenntnisse über die Wechselwirkung zwischen Mindestpreisregelung, ruinösem Preiswettbewerb und allgemeinem Qualitätsverfall fehlen für den deutschen Markt
  - Die volkswirtschaftliche Studie des Statusbericht ARCHITEKTEN/INGENIEURE 2000plus und das 16. Hauptgutachten der Monopolkommission sprechen eher gegen eine solche Wechselwirkung
  - Die Vermutung des freien Marktes und Fehlen einer entsprechenden Regelung in den meisten anderen Mitgliedsstaaten sprechen ebenfalls gegen eine solche Wirkung
  - Transparenz über die Vergütungsleistung kann auch eine nicht zwingende Vergütungsempfehlung bzw. Auffangregelung als mildere Maßnahme schaffen
  - Haftungs- Haftpflicht- und Aufsichtsregelungen können u. U. den Qualitätsverfall ebenso wirksam eindämmen wie eine Preisregelung
  - Die Feststellung der Eignung und Erforderlichkeit der Mindestpreisvorschrift obliegt zwar dem BGH, dieser ist aber insofern der Kontrolle des EuGH unterworfen

## These 5:

### *Der Verstoß gegen das Europarecht führt zur Unwirksamkeit der Mindestsatzregelung*

- Unanwendbarkeit im Verhältnis zu EU-Ausländern als Folge des Verstoßes
- Kein Verbot der Inländerdiskriminierung im EU - Recht
- Verbot der ungerechtfertigten Diskriminierung aus Art. 3 GG

## These 6:

### *Die geplante HOAI-Novelle verlagert das Problem in nationale verfassungsrechtliche Ebene*

- Die HOAI - Änderung ist bisher (15.2.2008) nur in Grundzügen bekannt
- An der Mindestsatzregelung soll sich danach grundsätzlich nichts ändern
- Die Freigabe des Preisrechts für hohe Bausummen ändert nichts an der Europarechtswidrigkeit der vorgesehenen Mindestpreisregelung „zum Schutz kleiner und mittelständischer Büros“

- Bei Umsetzung der vorgesehenen Geltung der HOAI nur für Inländer fehlt es zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Mindestsatzes an der Erforderlichkeit

## These 7:

*Der Wegfall des zwingenden Preisrechts schafft weiteren Regelungsbedarf*

## 3. Thesen von Dr. Wolfgang Koeble

### Zur Person

*Dr. Wolfgang Koeble ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Reutlingen. Das dortige Büro Koeble, Donus, Fuhrmann, Locher & Schotten ist nahezu ausschließlich baurechtlich ausgerichtet. Es befasst sich bundesweit mit allen Arten von baurechtlichen Streitigkeiten, aber auch mit der außergerichtlichen Streiterledigung (Schiedsgutachten, Schlichtung, Schiedsrichtertätigkeit) und mit der Projektentwicklung sowie der Baubegleitung. Herr Dr. Koeble selbst war und ist bei bundesweit herausragenden Projekten mit der Abwicklung in der Bauphase und Streitsachen nach Beendigung der Bauphase befasst. Er ist Gründungsmitglied der ARGE Baurecht im DAV sowie Mitglied zahlreicher baurechtlicher Vereinigungen. Aus den zahlreichen Veröffentlichungen sind neben Aufsätzen und Anmerkungen in Fachzeitschriften folgende zu nennen: Koeble (Hrsg.), Rechtshandbuch Immobilien, Loseblattwerk Bd. I und II; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., 2006; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 2008; Koeble/Kniffka, Münchener Prozessformularbuch, Privates Baurecht, 2. Aufl., 2004; Grziwotz/Koeble, Handbuch Baurägerrecht, 2004. Zu nennen ist ferner die umfangreiche Vortragstätigkeit für verschiedene Akademien, Institute und Seminarveranstalter.*

### These 1:

*Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar.*

Auch wenn eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit vorliegt, dann ist diese gerechtfertigt. Die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Tätigkeit der Architekten stellt ein legitimes Ziel dar. Zu seiner Herbeiführung sind verbindliche Mindestsätze geeignet, da sie den Architekten jenseits von Preiskonkurrenz den Freiraum schaffen, hochwertige Arbeit zu erbringen, die sich im Leistungswettbewerb der Architekten bewähren muss (BVerfG v. 26.9.2005 - 1 BvR 82/03 = BauR 2005, 1946 = NZBau 2006, 121).

### These 2:

*Die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43, 49 EG-Vertrag werden durch den Mindest- und Höchstpreischarakter der HOAI nicht unzulässig eingeschränkt.*

Ob die Niederlassungsfreiheit durch den Mindest- und Höchstpreischarakter überhaupt betroffen ist, kann dahinstehen. Die für die Entscheidung dieser Fragen allein zuständigen bundesdeutschen Gerichte werden prüfen müssen, ob die Festlegung von Mindest- und Höchstsätzen die Dienstleistungsfreiheit unzulässig einschränkt oder ob sie „den Zielen des Verbraucherschutzes Rechnung trägt, die sie rechtfertigen können“ (EuGH v. 5.12.2006 - Rs C - 94/04 und Rs C - 2002/04 = BauR 2007, 368 = NZBau 2007, 43 betreffend staatlich vorgegebene Mindestgebühren für Rechtsanwälte). Letzteres ist mit den vom BVerfG genannten Gründen (vgl. Begründung zu These 1) zu bejahen.

### These 3:

*An der Wirksamkeit der Festsetzung von Mindest- und Höchstsätzen durch die HOAI ändert sich auch durch die bis zum 1.1.2010 umzusetzende Dienstleistungsrichtlinie nichts.*

Die Dienstleistungsrichtlinie der EU schützt Auftragnehmer nur hinsichtlich der „in einem anderen Mitgliedsstaat als demjenigen ihrer Niederlassung“ zu erbringenden Dienstleistung. Ob durch den Mindest- und Höchstpreischarakter der HOAI eine unerlaubte Diskriminierung ausländischer Auftragnehmer vorliegt, ist deshalb zweifelhaft, weil die HOAI keinerlei zivilrechtliche, strafrechtliche oder bußgeldrechtliche Nachteile für sie zur Folge hat. Soweit inländische Auftragnehmer bei Inlandsobjekten sich durch Unterschreitung des Mindestsatzes berufswidrig verhalten und standesrechtliche Sanktionen drohen, greift der Schutz der Dienstleistungsrichtlinie nicht ein. Auf die Frage, ob einer der vier Rechtfertigungsgründe für die Zulässigkeit einer Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Umweltschutz) vorliegt, kommt es deshalb nicht entscheidend an. Der Verbraucherschutz wird aber ohnehin angesichts der Rechtsprechung des EuGH in eine der vier Fallgruppen einzuordnen sein.

### **These 4:**

*Eine Verschlankung der HOAI durch Wegfall einzelner Teile (städtebauliche und landschaftsplanerische Leistungen, Beratungsleistungen betreffend Bauphysik, Baugrund und Vermessung) und Reduzierung auf reine Planungsleistungen (einschließlich Vergabe) sowie durch Vereinfachung des Abrechnungssystems (anrechenbare Kosten, Honorar-Zonen) ist zu erwarten.*

Die nach heutigem Kenntnisstand (26.2.2008) geplanten Änderungen der HOAI sind verfassungs- und europarechtlich unbedenklich.

## Arbeitskreis VI - Sachverständigenrecht -

---

Arbeitskreisleiter: Dipl. Ing. **Werner Seifert**, Würzburg  
Stellvertreter: Vors. Richter am LG **Jürgen Ulrich**, Dortmund  
Referenten: Rechtsanwalt **Prof. Hans-Benno Ulbrich**, Würzburg  
Dipl.-Ing. **Peter-Andreas Kamphausen**, Hamburg  
Betreuer des Arbeitskreises: **Prof. Dr. Rolf Katzenbach**, Darmstadt

### Thema

*Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften über die Beauftragung und Anleitung des gerichtlichen Sachverständigen im Zivilprozessrecht (Gemeinschaftsgutachten; Bauteilöffnung; Vorbereitung der Anhörung in einer mündlichen Verhandlung).*

## I. Einführung

von Vors. Richter am LG **Jürgen Ulrich**

### Zur Person

*Jürgen Ulrich ist Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund. Er hält einen Lehrauftrag für das Fach Baurecht an der Fachhochschule Bochum. Ferner ist er Mitglied des Landesjustizprüfungsamtes des Landes Nordrhein-Westfalen. Ulrich ist der Verfasser der Werke Jessnitzer/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 11. Aufl. 2001, und Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 2004, sowie zahlreicher Aufsatzveröffentlichungen zu dem Recht der Sachverständigen und zum selbständigen Beweisverfahren.*

### 1. Gemeinschaftsgutachten

Der Arbeitskreis VI befasst sich zunächst mit einem speziellen Thema aus dem Bereich der richterlichen Auswahl des gerichtlichen Sachverständigen.

Die ZPO kann in ihrer bisherigen Fassung so verstanden werden, dass der Richter auch in Bausachen nur natürliche Personen zu gerichtlichen Sachverständigen bestimmen kann. Diese so ausgewählten einzelnen Sachverständigenpersönlichkeiten dürfen dann ihrerseits gegebenenfalls noch Hilfspersonen heranziehen, die allerdings nur sehr untergeordnete Tätigkeiten für den Sachverständigen erledigen können. Ergibt sich dem gerichtlich bestimmten Sachverständigen bei seiner sogleich nach dem Erhalt der Beauftragung vorzunehmenden Kompetenzprüfung oder später im Verlaufe seiner gutachterlichen Arbeit, dass er - aufgrund der eingeschränkten fachlichen Fähigkeiten oder wegen zeitlicher Probleme - nur einen Teil der ihm aufgegebenen Arbeiten erledigen kann, muss er dies dem Richter konkret mitteilen, der dann insgesamt einen anderen Sachverständigen heranziehen kann oder nur betreffend die Erledigung dieses von dem zunächst bestimmten Sachverständigen nicht abarbeitbaren Teils des Auftrags einen zweiten Sachverständigen bestimmt. Einige Fachleute halten dieses Erfordernis der Auswahl einer bestimmten natürlichen Person für einen „alten Zopf“ der Regelungen der ZPO; insbesondere wegen der in vielen Fällen jetzt zu konstatierenden Komplexität und Kompliziertheit der baurechtlichen Streitigkeiten erscheint ihnen unter zeitlichen und sachlichen Aspekten, aber auch aus Gründen der Kosteneinsparung als weitaus effektiver, dass der Richter gesetzlich befugt werde, eine Sachverständigenorganisation - gegebenenfalls Sachverständigengruppe oder Sachverständigenunternehmung - mit der Erledigung des gesamten Auftrages zu betrauen, die dann ihrerseits in interner autonomer Entscheidung die einzelnen gutachterlichen Fragen sachlich und zeitlich aufeinander abstimmen und erledigen kann. In seinem schon im Jahre 1979 veröffentlichten Beitrag hat *Pieper* ZZP Bd. 84, 1, 23 ganz eingehend das Fehlen einer Norm bemängelt, die die Erstellung eines gemeinschaftlichen Gutachtens zulässt.

Er hat darauf hingewiesen, dass die Zivilprozessordnungen anderer Staaten solche Gemeinschaftsgutachten ausdrücklich zulassen; die mehreren gerichtlich beauftragten Sachverständigen haben da das Recht, sich untereinander zu beraten; gelangen sie zu einheitlichen Schlussfolgerungen, unterzeichnet jeder von ihnen; wer abweichender Meinung ist, erstellt ein Sondervotum. Die Vertreter dieser Meinung sehen in der Regelung des § 1 Abs. 1 S. 3 2. Halbsatz JVEG gleichsam die Eingangstür für ihre Auffassung; denn diese Vorschrift bestimmt betreffend den Anspruch auf Zahlung von Vergütung, also das für die sachverständige Arbeit zu leistende Geld, dass dieser einer Unternehmung zusteht, sofern der Auftrag der Unternehmung erteilt worden ist. In erster Linie aus Kreisen der Rechtsanwälte wird dagegen eingewandt, dass mit der Beauftragung einer Sachverständigenmehrheit die Einflussnahme der Parteien auf die Bestimmung und Auswahl des konkreten und nicht selten den Rechtsstreit faktisch mitentscheidenden Sachverständigen noch weiter verwässert werde.

## 2. Bauteilöffnung

Das zweite Thema des Arbeitskreises VI des 2. Deutschen Baugerichtstages ist das der Konstruktions- bzw. Bauteilöffnungen.

Wohl kein anderes Feld des Rechts der Sachverständigen wird gegenwärtig in seinem Grundsatz und in den Nuancen kontroverser diskutiert (vgl. *Henkel* BauR 2003, 1650; *Dagenförde/Fastabend/Kindereit* BauR 2006, 1202; *Dötsch* Der Sachverständige 2008, 20); insbesondere in der Rechtsprechung finden sich nicht selten gegensätzliche Auffassungen. Im Einzelnen geht es u.a. um diese Fragen:

Darf das Gericht den Sachverständigen anweisen, selbst oder mit Einschaltung von Helfern Bauteilöffnungen vorzunehmen (Bejahend u.a.: *OLG Celle* 30.10.1997 BauR 1998, 1281 mit *Kamphausen* BauR 1999, 436; *OLG Jena* 18.10.2006 mit *Luz* Der Sachverständige 2008, 29. Ablehnend u.a.: *OLG Rostock* 4.2.2002 mit *Kamphausen* BauR 2003, 757; *OLG Frankfurt* 13.11.2003 OLGR 2004, 145 mit *Vogel* IBR 2004, 442; *LG Limburg* 12.5.2005 BauR 2005, 1670; *OLG Hamm* 18.10.2005 mit *Ulrich* IBR 2007, 160; *LG Limburg* 30.5.2007 BauR 2007, 1779)? Muss der Sachverständige einer solchen Anweisung selbst dann folgen, wenn sein Versicherer Deckung für den Fall einer Schadensverursachung von vornherein ablehnt (so *OLG Celle* 8.2.2005 BauR 2005, 1670 mit *Schwenker* IBR 2005, 272)? Muss der Sachverständige seine Bauteilöffnungen in jedem Fall wieder verschließen (Bejahend: *OLG Stuttgart* 13.9.2005 OLGR 2006, 769 mit *Mögle* IBR 2006, 62), oder hat er Vorsorge nur gegen den Eintritt weiterer Schäden zu treffen?

Seitens der an dem Verfahren beteiligten Parteien wird die Abwälzung der Risiken, welche durch im Rahmen der Begutachtung verursachte Öffnungen entstehenden können, auf den Sachverständigen durchweg goutiert; einige spekulieren gar auf kostengünstige und fachkundige Reparatur im Rahmen der gerichtlichen Beweiserhebung. Die gerichtlichen Sachverständigen sind indes gegenwärtig insbesondere aufgrund der verschiedenen veröffentlichten Auffassungen sehr stark verunsichert.

## 3. Vorbereitung der Anhörung in der mündlichen Verhandlung

Dieser Arbeitskreis VI befasst sich schließlich mit einem Problembereich, der nach Ablieferung des Gutachtens bei Gericht auftreten kann. Nicht selten wird dann seitens einer oder aller Parteien der Antrag auf mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens gestellt.

In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage, ob - und dann inwieweit - die Bedenken vorweg mitgeteilt werden müssen, nicht einheitlich beantwortet (vgl. *Kamphausen* BauR 2007, 807). Einige meinen, dass Anträge auf mündliche Anhörung allein bei Verspätung und Rechtsmissbrauch zurückgewiesen werden können (*KG* 18.9.2006 KGR 2007, 776 = BauR 2007, 776 L); andere fordern zwar nicht die Bekanntgabe der beabsichtigten Fragen, aber doch mindestens die Darlegung des konkreten Erörterungsbedarfs (so *OLG Bamberg* 28.2.2007 BauR 2007, 934 L mit *Ulbrich* IBR 2007, 290). Seitens der bearbeitenden

Richter wird ein gleichsam arbeitstechnisches Bedürfnis nach vorbereitenden Mitteilungen gesehen; denn insbesondere für eine geordnete Organisation der Terminierung und Verhandlung muss ansatzweise erkennbar werden, welche Zeitspanne für die mündliche Anhörung anzusetzen ist. Die Sachverständigen rügen durchweg, dass sie sich nicht hinreichend vorbereiten können, wenn ihnen die für erörterungsbedürftig angesehenen Punkte nicht vorweg mitgeteilt werden. Umgekehrt weisen die Parteien und ihre Verfahrensbevollmächtigten gelegentlich darauf hin, dass sie einerseits Fristsetzungen zur Anmeldung von Einwänden gegen das Gutachten erhalten, andererseits aber für die Prüfung der in Betracht kommenden Nachfragen oft private Sachverständige einschalten müssen, deren verwertbare Antworten gelegentlich erst nach Ablauf der gerichtlich gesetzten Stellungnahmefrist vorliegen; deshalb müssten Anträge auf mündliche Anhörung auch aus Gründen der Konservierung der Stellungnahmefrist gebracht werden. Einige Rechtsanwälte meinen gar erkannt zu haben, dass Sachverständige, denen die Bedenken und Fragen vorweg ganz konkret genannt werden, geneigt seien, sich allein in der Weise vorzubereiten, wie diese abzuwehren seien. Dieselben und andere Rechtsanwälte bringen zusätzlich das - wohl beachtlichere - Argument, dass die Einwände oft schon deshalb nicht vorweg umfassend bekannt gegeben werden können, weil sich nicht selten aus Antworten auf erste Einwände neue Fragen und weitere Einwände ergeben.

## II. Thesen

### 1. Thesen Prof. Hans-Benno Ulbrich

#### Zur Person

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Würzburg. Prof. für Baurecht an der FH Würzburg-Schweinfurt, Vorsitzender des Fachprüfungsausschusses Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht der Rechtsanwaltskammern Nürnberg und Bamberg und Vorsitzender der Benennungskommission der SO-Bau, der Arbeitsgemeinschaft Bau- und Immobilienrecht. Mitautorenschaft im Beck'schen VOB/C-Kommentar und im Handbuch für Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht im Werner Verlag*

#### These 1:

*Eine Abänderung des § 404 Abs. 1, Satz 2 ZPO dahin, dass das Prozessgericht ermächtigt ist, eine Sachverständigengruppe zu bestimmen, deren Mitglieder berechtigt sind, die Beantwortung der Beweisfragen eigenverantwortlich untereinander aufzuteilen ist nicht zu empfehlen.*

Eine derartige Abweichung von den bisherigen Regelungen würde zu einer noch größeren Verlagerung von gerichtlichen Aufgaben auf Sachverständige führen. Zwar wird die Vorschrift des § 404 Abs. 1 ZPO nur sehr zurückhaltend vom Gericht angewandt, was aber nicht dazu führen kann, den Sachverständigen hier freie Hand einzuräumen. Das Gericht „kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken“, bzw. kann selbstverständlich auch mehrere Sachverständige bestimmen und Sachverständige abberufen, bzw. zusätzlich ernennen. Es können aufgrund dieser Vorschrift gleichzeitig mehrere Sachverständige mit gesonderten Aufträgen betraut werden, was in der Praxis relativ wenig geschieht. Baukundige Richter praktizieren es allerdings schon, dass in größeren Verfahren für die jeweiligen Fachfragen unterschiedliche Gutachter eingeschaltet werden, nachdem der „Universalgutachter für Bauschäden“ wohl nicht alle Spezialfragen beantworten kann.

Es genügt deshalb vollständig, die Vorschrift des § 404 Abs. 1 ZPO richtig anzuwenden, wobei dies zwingend unter Anweisung und Anleitung des Gerichts zu geschehen hat. Sachverständige bestimmen bereits jetzt in vielen Fällen den Ausgang von Verfahren, weshalb für eine Ausweitung ihrer Kompetenzen keine Notwendigkeit besteht. Es ist notwendig, dass gerichtliche Gutachtaufträge von dem vom Gericht ausgewählten Sachverständigen höchstpersönlich ausgeführt werden, was bereits zu genügend

Rechtsproblemen in Verbindung mit § 407a ZPO führt. Die hier zugelassenen „Hilfspersonen“ werden von vielen Sachverständigen mit „Hilfssachverständigen“ verwechselt, weshalb die Prozessgerichte an die Wahrung ihrer Kompetenzen zu erinnern sind. Insbesondere durch die Fehlkonstruktion des selbstverständigen Beweisverfahrens (keine richterliche Tätigkeitsbewertung) werden immer mehr Befugnisse vom Gericht auf Sachverständige verlagert, was dringend einer Korrektur bedarf.

### These 2:

*Eine Ergänzung des § 404 a Abs. 1 ZPO, dass das Gericht auch berechtigt ist, den Sachverständigen anzuweisen, bei Einverständnis des Eigentümers oder Vorliegen der Voraussetzungen des § 144 ZPO Substanzeingriffe in den zu begutachtenden Gegenstand selbst oder durch hinzugezogene Dritte vorzunehmen und diese Substanzeingriffe nach Durchführung der Sachverständigenbesichtigung wieder rückgängig zu machen wird empfohlen.*

Bei Durchsicht der zu diesem Problem ergangenen divergierenden Entscheidungen und Veröffentlichungen fällt schnell auf, dass eine Ergänzung des § 404a ZPO offensichtlich notwendig ist. Eine Auswahl der zu der Problematik der Bauteilöffnungen ergangenen Entscheidungen und Meinungen wird – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – in Kurzfassung wiedergegeben:

Für eine durch § 404a ZPO gedeckte Anweisung an den Sachverständigen, sprechen sich aus:

OLG Düsseldorf 16.01.1997, OLG Celle 30.10.1997, OLG Frankfurt 26.02.1998, OLG Celle 08.02.2005, OLG Stuttgart 13.09.2005, Kammergericht 21.10.2005, OLG Jena, 18.10.2006.

Hierbei stellt die Kammergerichtsentscheidung mehr auf die Duldung derartiger Eingriffe und die Entscheidung des OLG Stuttgart auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nach der Herstellung von Öffnungen ab. In der Literatur spricht sich die Kommentierung von Kniffka/Koeble (Kompendium des Baurechts, 2.Auflage 2004, 20. Teil, RdNr. 36) und Wussow (Das gerichtliche Beweissicherungsverfahren in Bausachen – Seite 82 ff) für die Ermächtigung des Gerichts zur Anordnung von Bauteilöffnungen aus. Auch Zöller/Greger (26. Aufl. § 404 a RdNr.4 ZPO) sieht das Anordnungsrecht durch Abs. 4 des § 404a ZPO gedeckt.

Gegen die Möglichkeit sprechen sich folgende Gerichte aus:

OLG Bamberg 09.01.2002, OLG Rostock 04.02.2002, OLG Frankfurt 13.11.2003, LG Limburg 12.05.2005, OLG Hamm 18.10.2005.

Die Kommentierung von Werner/Pastor bezieht sich lediglich auf die Rechtsprechung und spricht sich ohne eigene Begründung ebenfalls gegen eine Ermächtigung zur Bauteilöffnung aus.

Kamphausen vertritt in einer Vielzahl von Beiträgen die Auffassung, dass ein Sachverständiger aus den verschiedensten Gründen nicht zur Bauteilöffnung gezwungen werden kann. Die Autoren Gageförde, Fastabend und Kinderreith begründen in Baurecht 2006, 1202 ff. ausführlich, dass bei einer Anordnung durch das Gericht in jedem Fall eine Verlagerung der Verantwortung weg vom gerichtlich bestellten Sachverständigen zu den Prozessparteien erfolgen sollte. Ulrich fasst in seinem Beitrag Baurecht 2007, 1639 nochmals die wesentliche Rechtsprechung zusammen und weist auf die Kostenproblematik hin.

Die Vorschriften der §§ 404a und 407a ZPO wurden durch das Rechtspflegevereinfachungsgesetz im Jahr 1990 in die Zivilprozessordnung neu aufgenommen. Wie die Überschrift „Rechtspflegevereinfachungsgesetz“ schon sagt, sollte hier die Zusammenarbeit zwischen Gericht, Sachverständigen und Prozessparteien verbessert werden, damit die Verfahrenslaufzeiten verkürzt und Kosten eingespart werden. Hierzu wurde in der Gesetzesbegründung erwähnt, dass der neue § 407a ZPO einen **Katalog der wesentlichen Pflichten** des vom Gericht beauftragten Sachverständigen enthält, der im geltenden Recht fehle. Die Befürworter von Bauteilöffnungen legen den § 404 a Abs. 1 ZPO so aus, dass die Anordnung von der Leitungstätigkeit des Gerichts umfasst ist und eine Anweisung über Art und Umfang der Tätigkeit erteilt werden dürfe, was die gegenteiligen Entscheidungen gerade entgegengesetzt sehen. Allein diese Tatsache beweist, dass hier dringend eine Ergänzung bzw. Klarstellung notwendig ist.

Mit Erlass des Beweisbeschlusses durch das Gericht hat das Gericht die Verfahrensleitung übernommen. Das Gericht wird nur in den seltensten Fällen bereits im ersten Beweisbeschluss eine Anordnung nach den berühmten 5 W treffen, nämlich: **welche, wann, wo, wie** und durch **wen** Bauteilöffnungen vorzu-



nehmen sind. Hierzu wird zunächst der Sachverständige eine Ortseinsicht vornehmen und anschließend dem Gericht bekannt geben müssen, welche Bauteilöffnungen er zur Erstellung des Gutachtens für notwendig hält. In diesem Zusammenhang ist sodann das Gericht nach § 404a ZPO gefordert und sollte entsprechende Weisungen erteilen. Diese Weisungen müssen immer fallbezogen sein und können nur grundsätzlich geregelt werden. Dies muss aber auch ausschließlich Sache des Gerichts bleiben, was leider in einer Vielzahl von selbstständigen Beweisverfahren gerade in Bausachen nicht umgesetzt wird. Die konkret notwendige Sachleitungs-Anweisung des Gerichts sollte so gestaltet werden, dass zunächst einmal der beweispflichtigen Partei Gelegenheit gegeben wird, entweder nach Anweisung des Sachverständigen die Bauteilöffnung vorzunehmen oder aber einen vom Sachverständigen errechneten Kostenvorschuss zu zahlen, damit entweder der Sachverständige oder dieser durch Hilfspersonen die Bauteilöffnung vornehmen kann. In dieser Verfügung sollte ggf. auch auf bestehende Risiken hingewiesen werden. Es obliegt somit den Parteien, soweit sie beweisbelastet sind, ihre Bauteilöffnungen nach Weisung des Gerichts selbst vorzunehmen oder aber einen entsprechenden Vorschuss für die Öffnung durch den Sachverständigen zu leisten.

Der § 404a ZPO sollte deshalb insoweit ergänzend klarstellen, dass das Gericht bei Art und Umfang der Anweisungen auch den Gutachtensauftrag auf unabwendbar notwendige Maßnahmen, wie Bauteilöffnungen erstrecken darf. Durch den Begriff „unabwendbar“ obliegt es dem Gericht, z.B. den Parteien zunächst ein Öffnungsrecht oder eine Öffnungspflicht, je nach Einzelfallgestaltung einzuräumen, bzw. Risiken und Beweislast einzubeziehen.

In der Praxis wird das Problem nur von wenigen Sachverständigen ausdiskutiert, die Mehrzahl hat auch in der Vergangenheit praxisnahe Lösungen gefunden.

Der Unterzeichner plädiert allerdings nachhaltig dafür, die Bauteilöffnungen nicht ausschließlich den Parteien zu überlassen, sondern die Befugnisse des Gerichts auszuweiten, hier entsprechende Anordnungen zu treffen. Dies ist im Sinne einer zügigen Verfahrensdurchführung zwingend notwendig, da im Falle einer Übertragung derartiger Entscheidungen auf die Parteien mit erheblichen weiteren Verzögerungen zu rechnen ist. Eine Klarstellung wird allein aufgrund der Diskrepanz in der Rechtsprechung und in den Kommentierungen zu dem Problem allerdings für notwendig angesehen.

Die Bedenken der Gegner können durch entsprechende gerichtliche Anordnungen entkräftet werden, da in diesem Fall die Haftung des Sachverständigen auf das absolute Minimum reduziert wird.

### **These 3:**

*Es wird nicht empfohlen, den § 411 Abs. 3 ZPO um einen Satz 2 und 3 dahin zu ergänzen, dass der Antrag einer Partei auf mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens die Begründung enthalten muss, welche Abänderungen des Gutachtens begehrt werden, sowie dass dem Sachverständigen diese Begründung mit der Ladung bekannt zu geben ist.*

Diese Frage ist rechtlich seit den beiden Entscheidungen des BGH vom 08.11.2005, VI ZR 121/05 und vom 22.05.2007, VI ZR 233/06 geklärt. In beiden Entscheidungen hat der VI. Senat unmissverständlich klar gestellt, dass dem Antrag auf Ladung des gerichtlichen Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens nur dann nicht statt zu geben ist, wenn der Antrag rechtsmissbräuchlich ist oder der Prozessverschleppung dient. Weiter wird bestätigt, dass es genügt, wenn im allgemeinen angegeben wird, in welcher Richtung durch die Fragen eine weitere Aufklärung herbei geführt werden soll.

Dies ist auch zur Wahrung des Grundrechts auf rechtliches Gehör notwendig, da es zunächst einmal nur um eine mündliche Erläuterung seines Gutachtens durch den Sachverständigen geht. Hierbei sind selbstverständlich die Grenzen des § 397 ZPO zu beachten, dessen Einhaltung wiederum in der mündlichen Verhandlung Sache des Richters ist. Die berechtigte Sorge von bestimmten Sachverständigen, dass ihre Erkenntnisse und deren Findung genauer hinterfragt werden, kann hierbei keine Rolle spielen.

Soweit Bedenken gegen die Richtigkeit eines Sachverständigengutachtens bestehen, ist der Sachverständige grundsätzlich zur mündlichen Erläuterung zu laden, nachdem der III. Senat des BGH (III ZR 240/06) am 05.07.2007 entschieden hat, dass der Antrag auf Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens ein „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839a II ZPO darstellt.

Das obiter dictum des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 2485/06) ist insoweit nicht hilfreich, da auf einen Antrag auf mündliche Gutachtenerläuterung wohl nicht ernsthaft eine schriftliche Beantwortung angeordnet wird.

## 2. Thesen von Dipl.-Ing. Peter-Andreas Kamphausen

### Zur Person

*Geboren 1954 in Hamburg. Handwerksausbildung und Bauingenieurstudium. Seit 1977 Tätigkeit als beratender Bauingenieur und anschließend als Bau- und Wohnungssachverständiger in Hamburg. Ab 1980 Fachvorträge und zahlreiche Fachveröffentlichungen zu bautechnischen und interdisziplinären Themen Technik/Recht. Seit 1986 Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft Dr.-Ing. Aurnhammer zur Aus- und Weiterbildung von Bau- und Immobiliensachverständigen, seit 2000 Geschäftsführer. Von 1990 bis 1995 fachlicher Leiter der Frankfurter Bausachverständigentage, von 1994 bis 2008 Leitung des Sachverständigenkongresses ARGE-INFOTAG „SV-aktuell“ der ARGE Aurnhammer.*

### These 1:

*Die bestehenden gesetzlichen Regelungen in §§ 404 ff. ZPO sind auch dann ausreichend, wenn das Gericht eine Mehrzahl von Sachverständigen beauftragt. Demgemäß sollte es dabei bleiben, dass alleine das Gericht die zu beantwortenden Beweisfragen vorgibt und diese den Gutachtern zuordnet. Dies empfiehlt sich wie bisher auch dann, wenn die Sachverständigen das Beweisthema durch ein Gemeinschaftsgutachten abarbeiten sollen.*

1. Die ZPO geht von dem Grundsatz aus, dass das Gericht nach seinem Ermessen einen oder auch mehrere Sachverständige zuziehen kann. Werden – ausnahmsweise – mehrere Gutachter beauftragt, muss sowohl dem Gericht als auch den Parteien bekannt sein, welcher Sachverständige mit welchem Beweisthema beauftragt ist. Dies gilt – z.B. im Hinblick auf die personenbezogene Zuordnung von Ablehnungsgründen (§ 406 ZPO) – insbesondere dann, wenn „Sachverständigengruppen“ – mehr oder minder anonym – mit gleichen oder unterschiedlichen Disziplinen in Unternehmen organisiert sind.
2. Bei der Beauftragung einer „Sachverständigengruppe“ ist im übrigen zu unterscheiden:
  - a) Die Erstattung forensischer Gutachten durch eine Mehrzahl von Sachverständigen als „echte“ Gemeinschaftsgutachten unterschiedlicher Disziplinen, bei denen die Sachverständigen das Gutachten quasi nur zusammen „am runden Tisch“ erarbeiten können, hat jedenfalls in Bausachen keine praktische Bedeutung und bedarf keiner gesetzlichen Regelung.
  - b) Der immer wieder auftretende Fall einer Beauftragung mehrerer Sachverständiger ist vielmehr das „unechte“ Gemeinschaftsgutachten, das von einem federführenden „Hauptgutachter“ und fachspezifisch beigezogenen Zusatzgutachtern als „Zuarbeiter“ für klar umrissene Beweisfragen erstattet werden muss. Hierfür enthält die ZPO bereits ausreichende Regelungen, die sich in der Praxis bewährt haben (z.B. § 407a Abs. 1 u. 2 ZPO) und keiner Ergänzung bedürfen.

### These 2:

*Die Vornahme und Beseitigung beweisnotwendiger Substanzeingriffe in einen zu begutachtenden Gegenstand ist nach geltendem Prozessrecht weder eine Aufgabe des Gerichtsgutachters noch hat dieser dazu selbst Dritte hinzuzuziehen. Für gesetzliche Änderungen an dieser Rechtslage besteht weder ein Bedarf noch wären diese mit der prozessualen Stellung des Sachverständigen und den Mitwirkungspflichten*

*der Prozessparteien vereinbar. Zur Klarstellung der prozessualen Pflichtenkreise, insbesondere im Hinblick auf den geltenden Beibringungsgrundsatz, wird aber vorgeschlagen, eine entsprechende vorbildliche Regelung der österreichischen ZPO sinngemäß zu übernehmen.*

3. Eine Berechtigung des Gerichts, den hoheitlich herangezogenen Sachverständigen zu verpflichten, Substanzeingriffe selbst oder – im Wege eines mittelbaren Kontrahierungszwanges – durch auf Werkvertragsbasis beizuziehende Dritte vorzunehmen sowie die Eingriffsfolgen zu beseitigen, ist **grundrechtsrelevant** und berührt die grundsätzliche Verfahrensstellung eines Gerichtsgutachters als „Helfer des Richters“. Nach geltender Verfassungsrechtslage kann – u.a. im Kontext reglementierter Entschädigungen (JVEG) – allenfalls die Verpflichtung Privater zur Gutachtenerstattung gemäß § 407 ZPO nach Art. 12 GG gerechtfertigt werden. Darüber hinaus gehende Verpflichtungen im Zusammenhang mit Substanzeingriffen sind gemessen an den Anforderungen des Art. 12 GG wegen des **zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes** nicht erforderlich. Angesichts **erheblich erhöhter Haftungsrisiken** bei Vornahme bauteilzerstörender Substanzeingriffe und **weitgehend nicht bestehender Versicherungsmöglichkeiten** für den Sachverständigen sind auch sonstige überragende Gemeinwohlgründe für derartige Regelungen nicht erkennbar.
4. Es ist alleine Sache der Verfahrensparteien, die tatsächlichen Voraussetzungen für die notwendigen Faktenerhebungen eines Gerichtsgutachters zu schaffen. Dazu gehören auch sämtliche Vorbereitungsmaßnahmen für Substanzeingriffe sowie eine von den Parteien ggf. gewünschte Folgenbeseitigung. Diese Verpflichtungen der Verfahrensparteien folgen unmittelbar aus dem zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz. Der gerichtlich beauftragte Sachverständige ist weder „Detektiv der Parteien“ bei der Beschaffung der Tatsachengrundlagen noch „Beauftragter“ oder „Bauleiter“ der Parteien bei der Beseitigung von ausschließlich im Interesse der Verfahrensbeteiligten erfolgten Substanzeingriffen. Für eine Erweiterung der nach geltendem § 404a Abs. 1 ZPO bestehenden gerichtlichen Weisungsbefugnis auf Substanzeingriffe besteht damit kein Regelungsbedarf.
5. Angesichts der uneinheitlichen obergerichtlichen Rechtsprechung ist aber gesetzgeberischer Regelungsbedarf zur konkreten Ausformulierung und Klarstellung des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes gegeben. Rechtsvergleichend wird deshalb vorgeschlagen, sinngemäß den § 359 Abs. 2 der österreichischen ZPO in die deutsche Zivilprozessordnung (z.B. als neuen § 404a Abs. 4 ZPO) zu übernehmen. Diese Vorschrift lautet:

*„Benötigt der Sachverständige die Mitwirkung der Parteien oder dritter Personen und wird ihm diese auf seine Aufforderung nicht unverzüglich geleistet, so hat der Sachverständige dies dem Gericht unter genauer Auflistung der erforderlichen Mitwirkungshandlungen und der entgegenstehenden Hindernisse mitzuteilen. Das Gericht hat sodann mit abgesondert nicht anfechtbarem Beschluss den Parteien das Erforderliche aufzutragen und ihnen hierfür eine angemessene Frist zu setzen. Dieser Zeitraum ist in die dem Sachverständigen für die Begutachtung gesetzte Frist nicht einzurechnen. Kommen die Parteien der Aufforderung des Gerichts nicht fristgerecht nach, so hat der Sachverständige sein Gutachten ohne Berücksichtigung des Fehlenden zu erstatten. Werden die fehlenden Informationen noch vor Ausarbeitung des Gutachtens nachgebracht, so hat sie der Sachverständige sogleich zu berücksichtigen, ansonsten hat er ein Ergänzungsgutachten zu erstatten. Die Kosten dieses Gutachtens tragen unabhängig vom Verfahrensausgang die säumigen Parteien zur ungeteilten Hand.“*

### These 3:

*Die Regelungen in § 411 Abs. 4 ZPO, wonach die Parteien Einwendungen gegen ein Sachverständigen Gutachten sowie Anträge und Ergänzungsfragen zeitnah – ggf. innerhalb einer von Gericht gesetzten Frist – mitzuteilen haben, haben sich unter Effizienzgesichtspunkten in der Praxis bestens bewährt. Es empfiehlt sich allerdings eine gesetzliche Klarstellung und Stärkung dieser Vorschriften durch den Zusatz, dass vorgebrachte Einwendungen und Ergänzungsfragen dem Sachverständigen*

*digen rechtzeitig vor dem Erläuterungstermin vom Gericht mitzuteilen sind.*

1. Es kann heute keinem Zweifel mehr unterliegen, dass § 411 Abs. 3 ZPO trotz seiner Formulierung („*kann*“) dem Gericht grundsätzlich kein Ermessen einräumt, ob einem Antrag einer Partei auf mündliche Gutachtenerläuterung stattzugeben ist. Die wirklich praxisrelevanten Fragen betreffen demgemäß alleine die verfahrenseffiziente Vorbereitung und Durchführung (somit das „Wie“) der Anhörungstermine.
2. Die Praxiserfahrungen zeigen, dass die Prozessparteien, insbesondere in Verfahren mit Bezug zum Bau- und Immobiliensektor, nach Vorlage des schriftlichen Gerichtsgutachtens durchweg in der Lage sind, etwaigen ergänzenden Fragebedarf präzise zu klären und schriftsätzlich aufzuzeigen oder Einwände gegen das Gutachten konkret zu formulieren und vorzubringen.
3. Die Zivilprozessordnung trägt dieser Sachlage bereits seit vielen Jahren durch § 411 Abs. 4 ZPO Rechnung. Die strenge Formulierung der Vorschrift („*Die Parteien haben... mitzuteilen*“), verbunden mit der Möglichkeit einer Fristsetzung, hat der Gesetzgeber unter Effizienz Gesichtspunkten mit Bedacht gewählt; sie hat sich dort, wo die Gerichte entsprechend verfahren sind, bestens bewährt. Insbesondere konnten regelmäßig zeit- und damit kostenaufwändige erneute Anhörungstermine oder schriftliche Ergänzungsgutachten vermieden werden, weil sich der Sachverständige dann, wenn Ergänzungsfragen und/oder Einwendungen gegen das Gutachten vorab substantiiert bekannt gegeben worden sind, optimal auf den Termin vorbereiten konnte. **Genau dies entspricht dem gesetzgeberischen Willen.** Beeinträchtigungen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs sind dadurch nicht ansatzweise erkennbar.
4. Angesichts der geltenden Gesetzeslage ist – deren konsequente Umsetzung durch die Gerichte vorausgesetzt – ein weiterer Regelungsbedarf prinzipiell nicht erkennbar. Die Vorschriften des – insoweit gesetzessystematisch einschlägigen – **§ 411 Abs. 4 ZPO** könnten jedoch in ihrer praktischen Umsetzung durch Anfügung folgenden **Satzes 3** gestärkt werden: „*Die Ergänzungsfragen und die Einwendungen gegen das Gutachten sind dem Sachverständigen rechtzeitig vor dem Termin zur Gutachtenerläuterung vom Gericht mitzuteilen.*“

## Arbeitskreis VII - Außergerichtliche Streitbeilegung -

---

Arbeitskreisleiter: Rechtsanwalt **Dr. Alfons Schulze-Hagen**, Mannheim  
Stellvertreter: Rechtsanwalt **Dr. Hein-Jürgen Schramke**, Frankfurt  
Referenten: Rechtsanwalt **Dr. Jörg Risse**, Frankfurt  
Rechtsanwalt **Dr. Klaus Eschenbruch**, Düsseldorf  
Prof. **Dr. Ralf Schottke**, Neustadt  
Rechtsanwalt **Dr. Mark von Wietersheim**, Berlin  
Betreuer des Arbeitskreises: Rechtsanwalt **Dr. Alfons Schulze-Hagen**, Mannheim

### Thema

*Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung im Bauprozess durch Adjudikation-Verfahren?*

### I. Einführung

von RA **Dr. Alfons Schulze-Hagen**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

#### Zur Person

*Geboren 1952 in Düsseldorf, Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg, München, Bonn; Referendariat, Assessorexamen und Promotion in Berlin, Rechtsanwalt seit 1980. Gründung eines eigenen Büros 1988 in Mannheim. Tätigkeitsschwerpunkte: Privates Baurecht, Vergaberecht, Architekten- und Ingenieurrecht, Schiedsgerichte. Zahlreiche Veröffentlichungen. Herausgeber der Zeitschriften IBR und IMR sowie Initiator und verantwortlicher Chefredakteur der Datenbank ibr-online.*

Eine Umfrage des Deutschen Baugerichtstages im Frühjahr 2007 hat einen hohen Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren im privaten Bau- und Architektenrecht aufgezeigt. Die Ergebnisse bestätigen, was man längst schon weiß: Eine große Unzufriedenheit der Prozessparteien mit der Bewältigung von Bauprozessen durch staatliche Gerichte. Fast 70% der Auftragnehmer und rund 63% der Auftraggeber verbinden insgesamt negative Erfahrungen mit der Entscheidung von Baustreitigkeiten durch staatliche Gerichte. Die Dauer und die Kosten des Rechtsstreits sowie der interne Aufwand der Prozessvorbereitung sind die Hauptkritikpunkte. Bemerkenswert hoch – bei Auftragnehmern 81,45%, bei Auftraggebern fast 70% - ist die Zustimmung für ein **zwingendes** außergerichtliches Streitlösungsverfahren vor Einleitung eines Bauprozesses. Den Parteien kommt es auf eine schnelle, kostengünstige und summarische Sachverhalts- und Rechtsprüfung an. Sofern in einem solchen Vorverfahren eine Entscheidung vorgesehen ist, muss diese vorläufig bindend, jedoch korrigierbar durch die Gerichte sein.

Ein solches außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren ist die sog. ADJUDIKATION (nach dem englischen Vorbild adjudication). Adjudikation ist ein ad hoc eingeleitetes summarisches Verfahren zur außergerichtlichen Lösung einer Baustreitigkeit, welches – das ist zentral – innerhalb eines sehr engen Zeitgerüsts durchgeführt wird. Ein unparteiischer Dritter – der Adjudikator: ein Techniker, Baubetriebswirtschaftler oder Jurist – nimmt eine summarische Sachverhalts- und Rechtsprüfung vor. Er schließt - sofern keine gütliche Einigung zu Stande kommt – das Verfahren mit einer die Parteien zumindest vorläufig schuldrechtlich bindenden Entscheidung ab. Endgültig bindend wird die Entscheidung erst durch die Vereinbarung der Parteien. Den Parteien steht es frei, in der gleichen Angelegenheit ein Gerichts- oder Schiedsverfahren einzuleiten, was aber erst zulässig ist, wenn zuvor eine Adjudikation durchgeführt wurde.

Die Einführung der Adjudikation in Deutschland erfordert ein radikales Umdenken aller Beteiligten. Man denke etwa daran, dass auch Nicht-Juristen Baurechtsstreitigkeiten entscheiden sollen. Für die Benennung der Adjudikatoren muss ein funktionsfähiges Verfahren entwickelt werden. Für die Adjudikation selbst muss es eine Verfahrensordnung geben, die einerseits dem Adjudikator starke Befugnisse einräumt, um die engen Zeitvorgaben zu erfüllen, die andererseits jedoch Verfahrensgrundrechte der Beteiligten sicherstellt. Ferner muss es Instrumente zur Umsetzung bzw. Vollstreckung einer Adjudikationsentscheidung geben, ähnlich dem sog. summary judgement in England. Vor allem aber darf man von einem innerhalb kürzester Fristen zu führenden summarischen Verfahren nicht dieselbe Richtigkeitsgewähr erwarten wie von einem über Jahre geführten Hauptverfahren vor den staatlichen Gerichten, welches schließlich nach Beendigung eines Adjudikation-Verfahrens nicht ausgeschlossen ist.

Der Arbeitskreis VII hat sich zur Vorbereitung des 2. Deutschen Baugerichtstages bereits mehrfach mit der Adjudikation befasst. In der Sitzung am 13./14.06.2008 werden die Teilnehmer insbesondere die Frage diskutieren, ob die nach dem englischen Vorbild gestaltete Adjudikation ein geeignetes Instrument ist, um Baurechtsstreitigkeiten besser zu lösen als in der herkömmlichen Praxis mit lang dauernden Gerichtsverfahren und ob es realistische Chancen gibt, ein solches Verfahren für sämtliche Baurechtsstreitigkeiten flächendeckend einzuführen. Wenn diese Fragen bejaht werden, wird sich die weitere Frage stellen, ob ein solches Verfahren gesetzlich geregelt oder (nur) der Vereinbarung durch die Vertragsparteien anheim gestellt werden soll.

## Literaturliste:

- Schulze-Hagen, Plädoyer für Adjudikation in Deutschland, BauR 2007, 1950;
- Gralla/Sundermeier, Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren für den Deutschen Baumarkt – Ergebnisse der Umfragen des Deutschen Baugerichtstages e.V., BauR 2007, 1961;
- Harbst/Winter, Adjudication in England – Das erste Jahrzehnt, BauR 2007, 1974;
- Schramke, Gesetzliche Regelungen für eine „Adjudikation in Bausachen?“ Tätigkeit und Vorläufige Ergebnisse des Arbeitskreises VII des Deutschen Baugerichtstages;
- Mahnken, Adjudication, Dispute Boards und die Rolle des Gesetzgebers – aus der Sicht eines Anlagenbauers;
- Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2005, § 39 Rz. 116 ff; Harbst, Adjudication-„Rough justice“ in 28 Tagen?, SchiedsVZ 2003, 68 ff;
- Borowski, Adjudication in Großbritannien – ein Modell für Baustreitigkeiten in Deutschland?, ZKM 2007, 54 ff;
- Lembcke, Deutsche Richterzeitung DRiZ 2006, 287 ff;
- Winter, Adjudication: Kulturschock oder Gebot der Stunde?, IBR 2007, 111 ff.

### Englische Literatur:

- Richis/Dancaster: Construction Adjudication, Second Edition, 2004, Blackwell Publishing;
- Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group: User Guide to Adjudication, April 2003;
- Gould/Abel, Adjudication in the UK – Recent Developments, SchiedsVZ 2005, 190 ff;

### Literatur zu Adjudication in FIDIC-Verträgen:

- Hök, Engineer and Dispute Adjudication Board in FIDIC-Verträgen: Entwicklung, Grundlagen und rechtliche Einordnung, ZfBR 2007, 416ff;
  - Hök, FIDIC Dispute Adjudication, Der FIDIC-Adjudicator, Band 15 der VBI-Schriftenreihe, 2007;
  - Schramke/Yazdani, Adjudication nach den FIDIC-Conditions of Contract – Effektiver Rechtsschutz oder Aufblähung des Streitbeilegungsverfahrens, BauR 2004, 1073 ff;
  - Schramke, Neue Formen des Streitmanagements im Bau- und Anlagenbau, Dispute Review Boards und Adjudication, NZBau 2002, 409 ff;
- mit der Übertragbarkeit des Adjudication-Verfahrens nach Deutschland beschäftigen sich unter anderem:

- Lembcke, Dispute Adjudication Vorbild für die Konfliktbewältigung in Deutschland?, NZBau 2007, 273 ff;

## II. Thesen

### 1. Thesen von Dr. Jörg Risse, LL.M.

#### Zur Person

*Rechtsanwalt in der Sozietät Baker & McKenzie, Frankfurt. 1986 - 1989 Bankausbildung, 1993 Erstes Juristisches Staatsexamen, Universität Heidelberg, 1996 Zweites Juristisches Staatsexamen, 1997 Master of Laws (LL.M.), Universität Berkeley, 1997 Anwaltszulassung, 1999 Anwaltszulassung als Attorney-at-Law (New York). Fachliche Schwerpunkte in der Deutschen und internationalen Schiedsgerichtbarkeit; Wirtschaftsmediation; Allgemeines Vertragsrecht, Bankrecht, US-Recht, Großanlagenbau. Schiedsgerichtliche Erfahrung als Parteivertreter: Zahlreiche Verfahren (ICC, DIS, ad hoc). Gegenstand der Schiedsgerichtsverfahren (in Stichworten): Internationaler Großanlagenbau, Rückabwicklung von Unternehmenskäufen, Allgemeines Vertragsrecht. Veröffentlichungen u.a.: Schriftleiter/Herausgeber der SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren seit 2003; Buch „Wirtschaftsmediation“ (Verlag C.H. Beck, München, 2003); Beitrag zur Adjudikation: „Adjudication – Ein Heilmittel für Baustreitigkeiten?“, in: Nicklisch (Hrsg.), Öffentlich-private Großprojekte, 1. Auflage 2005, S. 169 ff.*

#### These 1:

*Deutschland braucht ein Verfahren, in dem rasch und zumindest vorläufig geklärt wird, ob Einbehalte berechtigt sind. Das geeignete Verfahren ist ein Adjudikation-Verfahren nach englischem Vorbild. Baurechtsstreitigkeiten entscheidet dabei*

- *ein bauerfahrener Dritter (Techniker oder Jurist)*
- *aufgrund einer summarischen Sachverhalts- und Rechtsprüfung*
- *innerhalb kürzester Fristen*
- *mit vorläufiger Bindungswirkung /Umsetzungsverpflichtung*
- *aber korrigierbar durch staatliche Gerichte*

1. „Cash Flow is the lifeblood of the construction industry“: So wird in England beschrieben, dass Bauunternehmen auf fristgerechte (Abschlag-)Zahlungen angewiesen sind. Fließen die Gelder nicht, können die Bauunternehmen Löhne, Material und Subauftragnehmer nicht mehr bezahlen. Es droht die Insolvenz, zum Schaden des Projekts (und damit des Bauherrn) und des Bauunternehmens. Wenn Bauherren Zahlungen aufgrund von (vorgeblichen) Mängeln oder verfehlten Meilensteinen zurückhalten, muss daher schnell geklärt werden, ob der Einbehalt berechtigt ist oder nicht. Das leisten die deutschen Gerichte mit jährlich 80.000 neuen Baustreitigkeiten und einer erstinstanzlichen Verfahrensdauer von deutlich über einem Jahr nicht. Deutschland braucht daher ein Verfahren, in dem rasch und zumindest vorläufig geklärt wird, ob Einbehalte berechtigt sind. Das geeignete Verfahren ist ein Adjudikation-Verfahren nach englischem Vorbild. Baurechtsstreitigkeiten entscheidet dabei

- (I) ein bauerfahrener Dritter (Techniker oder Jurist)
- (II) aufgrund einer summarischen Sachverhalts- und Rechtsprüfung
- (III) innerhalb kürzester Fristen
- (IV) mit vorläufiger Bindungswirkung /Umsetzungsverpflichtung
- (V) aber korrigierbar durch staatliche Gerichte

Bauparteien erhalten so eine zusätzliche Möglichkeit der Konflikterledigung.

2. Adjudikation-Verfahren ermöglichen sofortige Sachverhaltsklärung: Baustreitigkeiten sind faktisch geprägt. Da die Streitigkeiten während eines laufenden Bauprojektes auftreten, ist die nachträgli-

che Feststellung von Fakten unmöglich oder erheblich erschwert, weil das Projekt fortgeführt und die festzustellenden Tatsachen „überbaut“ worden sind. Die zeitige Sachverhaltsfeststellung vor Ort und Umsetzung in eine neue (vorläufig bindende) Faktenlage leistet weder der Zivilprozess noch das Selbständige Beweisverfahren. Die Lücke schließt das Adjudikation-Verfahren.

3. Adjudikation-Verfahren bewältigen Komplexität von Baustreitigkeiten: Bei Bauprojekten treten oft komplexe und multikausale Streitigkeiten auf, etwa weil Unklarheiten im Leistungsverzeichnis, verschiedene Baumängel und Bauablaufbehinderungen gleichzeitig auftreten und sich wechselseitig beeinflussen. Um Ursache und Wirkung voneinander abzugrenzen, ist eine zeitnahe Aufnahme des Sachverhalts und eine vorläufige Entscheidung über die Auswirkungen erforderlich. Nur durch Zwischenentscheidungen im Adjudikation-Verfahren lässt sich die Komplexität überhaupt justitiabel halten. Gerichte scheitern dagegen regelmäßig mit ihrem Versuch, den Sachverhalt rückblickend und lange nach Beendigung des Bauprojekts aufzuklären.
4. Adjudikation-Verfahren schaffen Planungssicherheit: Auftraggeber wie Auftragnehmer brauchen bei Bauprojekten Planungssicherheit. Wenn etwa Streit um die Auslegung der Baubeschreibung entsteht, können die Parteien nicht bis zur rechtskräftigen Klärung durch ein OLG warten. Eine verlässliche Grundlage für die weiteren Bauarbeiten schafft nur eine vorläufig bindende Entscheidung, eben durch ein Adjudikation-Verfahren.
5. Adjudikation-Verfahren vermeiden Streitigkeiten: Manche Baustreitigkeiten sind davon geprägt, dass berechtigte Ansprüche aus taktischen Gründen abgestritten werden. Bauherren verweigern die Zahlung wegen vorgeblicher Mängel, um den auf eine Zahlung angewiesenen Bauunternehmer in einem Vergleich zu manövrieren. Oder die Baufirma weigert sich, mangelbehaftete Bauleistungen nachzubessern, hofft sie doch, dass der Bauherr den Aufwand des Prozesses scheut. Steht beiden Parteien mit einem Adjudikation-Verfahren sofort ein Streitbeilegungsmechanismus zur Verfügung, lohnen taktische Spielchen nicht mehr. Die Existenz des Adjudikation-Verfahrens vermeidet daher Streitigkeiten.
6. Adjudikation-Verfahren erleichtern Vergleichsgespräche: Manche Bauherren, insbesondere die Öffentliche Hand, widersetzen sich einem konstruktiven Vergleich allein deshalb, weil der jeweilige Entscheidungsträger für den als „an sich vernünftig“ erkannten Kompromiss keine persönliche Verantwortung übernehmen will, etwa gegenüber dem Rechnungshof. Für ihn ist es bequemer, die Entscheidung und damit die Verantwortung zur Streitbeilegung auf Anwälte und Gerichte abzuschieben („Mehr konnte ich nicht tun“). Die Entscheidung des Adjudikators schafft in solchen Szenarien ein Vergleichsereignis, bei dem sich die Parteien unter argumentativer Orientierung an dem Drittschied einigen können, etwa durch Nichtanfechtung des Entscheids oder durch einen Vergleich in der Nähe des Adjudikator-Entscheids.
7. Adjudikation-Verfahren sind qualitativ gleichwertig: Unbegründet ist die verbreitete Sorge, über ein Adjudikation-Verfahren würden Baustreitigkeiten qualitativ minderwertig gelöst. Es gibt keinen Beleg dafür, dass ein baubegleitend (= zeitnah) entscheidender Sachverständiger zu einem qualitativ schlechteren Ergebnis kommt als ein staatlicher Richter, der die Streitigkeit retrospektiv entscheiden muss. Der Adjudikator entscheidet zwar nur auf Basis einer summarisch festgestellten Tatsachen- und Rechtsgrundlage, doch kann dieser Nachteil in der Eindringtiefe durch den besseren, weil zeitnäheren Zugang zu Beweismitteln kompensiert werden. Wichtiger aber ist, dass sich die polarisierende Frage „schnelle Streitentscheidung oder qualitativ hochwertige Streitentscheidung“ in Baufällen nicht stellt. Für die am Bau beteiligten Unternehmen ist die zeitnahe Entscheidung nämlich ein zentrales, wenn nicht gar das wichtigste Qualitätsmerkmal. Ein Jahre später vom Oberlandesgericht rechtskräftig gefällttes Urteil mag in seiner Tatsachenfeststellung und rechtlichen Bewertung inhaltlich voll überzeugen, doch leidet die Gesamtqualität daran, dass die Entscheidung einfach zu spät kommt. Eine inhaltlich schlechte Entscheidung ist bisweilen besser als eine späte.
8. Von England bei Adjudikation-Verfahren lernen: In England gibt es das verbindliche Adjudikation-Verfahren für Baustreitigkeiten schon seit zehn Jahren. Die Anzahl gerichtlich ausgetragener Baustreitigkeiten ist stark gesunken, die Zahl der außergerichtlichen Einigungen stark gestiegen. Adjudikation-Verfahren haben in England somit insgesamt eine streitvermeidende Wirkung gehabt. Von diesen positiven Erfahrungen sollte auch Deutschland lernen.
9. Nachfrager wollen Adjudikation-Verfahren: Studien zeigen, dass alle Baubeteiligten mit dem Zivilprozess als Streitbeilegungsmechanismus massiv unzufrieden sind. Auch die gesetzlich geregelten Streitbeilegungsverfahren sind ein Dienstleistungsangebot an die Nachfrager (= die streitenden Parteien). Die Nachfrage wird mit dem gesetzlichen Adjudikation-Angebot befriedigt.



## These 2:

*Deutschland braucht ein gesetzlich geregeltes Adjudikation-Verfahren:*

Bei einem nur freiwillig vereinbarten Adjudikation-Verfahren bleiben zu viele Rechtsfragen ungeklärt: Wie wird ein der Spruch des Adjudikators durchgesetzt? Was passiert bei einer Ignorierung? Kann ein Adjudikation-Verfahren in AGB vereinbart werden? Wie weit reicht die Entscheidungsbefugnis des Adjudikators? Bei einer fehlenden gesetzlichen Verankerung würden Partikularinteressen regelmäßig der Vereinbarung eines Adjudikation-Verfahrens entgegenstehen. Allein die gesetzliche Regelung verschafft dem Adjudikation-Verfahren die verdiente Anerkennung als vernünftigem Streitbeilegungsmechanismus in Baustreitigkeiten. Und schließlich: Wir brauchen in Deutschland ein bisschen mehr Mut, neue Wege in der Streitbeilegung zu beschreiten. Nur die dort gemachten Erfahrungen – nicht theoretische Überlegungen – sind ein sicheres Fundament, um nach einer Erprobungsphase endgültig über gesetzlich zu verankernde, neue Streitbeilegungsverfahren zu entscheiden.

## 2. Thesen von Dr. Klaus Eschenbruch

### Zur Person

*Geboren 1954 in Korschenbroich*

*Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, gleichzeitig Fachanwalt für Steuerrecht und Vereidigter Buchprüfer*

*Lehrbeauftragter der RWTH Aachen für Bauvertragsrecht*

*Partner der Anwaltssozietät Kapellmann und Partner, tätig in Düsseldorf*

*Berufsschwerpunkt: Beratung zur Strukturierung und Abwicklung großer Bauprojekte, vornehmlich im Juristischen Projektmanagement sowie Entwicklung von Vergabesystemen und deren Umsetzung, auch in PPP-Projekten*

*Hervorgetreten durch zahlreiche Veröffentlichungen, z.B. Recht der Projektsteuerung, 2. Aufl., sowie gemeinsam mit dem Mitherausgeber Prof. Dr. Racky, Partnering in der Immobilien- und Bauwirtschaft, 2008*

### These:

*Regelungen des Gesetzgebers zur außergerichtlichen Streitbeilegung vor Einleitung eines Bauprozesses im Sinne eines (Zwangs-) Adjudikation-Verfahrens nach englischem Recht sind nicht zu empfehlen*

1. Adjudikation-Verfahren sind grundsätzlich geeignete und in der internationalen Rechtspraxis bewährte Instrumente außergerichtlicher Konfliktschlichtung; die Vorteilhaftigkeit der gesetzlichen Anordnung eines Adjudikation-Verfahrens vor Einleitung eines Bauprozesses nach englischem Vorbild ist indessen nicht belegt.
2. Das falsche Thema zur falschen Zeit: Das englische Adjudikation-System ist das Produkt von und ein Lösungsansatz für bestimmte Konjunktur- und Marktverhältnisse und eingeführter Zusammenarbeit von Berufsgruppen (Housing Grants, Construction and Regeneration Act, 1996); diese Voraussetzungen sind in Deutschland entweder überwunden (Konjunktur-Zyklus) oder aber nicht gegeben (eingeführte Zusammenarbeit bestimmter Berufsgruppen).
3. Das englische Adjudikation-Verfahren hat sich international nicht durchgesetzt. Die (internationale) Baurechtspraxis wendet sich zunehmend von vorgegebenen, komplexeren Streiterledigungsmechanismen ab. Die Vertragspraxis kehrt nicht nur den staatlichen Gerichten, sondern zunehmend auch der Schiedsgerichtsbarkeit den Rücken zu. Selbst bei komplexeren Projekten sind permanent vorgehaltene Adjudikation-Boards „auf dem Rückmarsch“. Der Trend geht eindeutig in Richtung der Ad-hoc-Streiterledigung mittels projektinterner Schlichtung, Mediation und punktueller schiedsgutachterlicher Streitschlichtung.
4. Die Vertragspraxis hat unterschiedliche Systeme zur außergerichtlichen Konfliktschlichtung hervorgebracht. Jede Konfliktschlichtungsstrategie hat ihre Vor- und Nachteile und ist nur unter bestimmten kontextuellen Rahmenbedingungen vorzuzugswürdig. Eine Rechtfertigung für die Beschränkung der Vertrags- und Dispositionsfreiheit der Parteien bei der Auswahl geeigneter Konfliktschlichtungsverfahren für den jeweiligen Einzelfall ist nicht ersichtlich.

5. Empirisch abgesicherte Untersuchungen über die von vielen Seiten beklagten Effizienz Nachteile staatlicher Rechtspflege und Schiedsgerichtsbarkeit im Bausektor fehlen. Das gilt erst recht für Untersuchungen zur Vorteilhaftigkeit eines Adjudikation-Verfahrens als Konfliktschlichtungssystem für die einzelnen, sehr unterschiedlichen Arten von Streitfällen im Baurechtssektor.
6. Das Adjudikation-Verfahren nach englischem Recht lässt sich mit der EU-Rechtsentwicklung, insbesondere dem Richtlinienvorschlag des Rates über Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (2007) nur schwerlich vereinbaren. Eine zwingend vorgeschaltete Adjudikation-Lösung nach englischem Vorbild wäre ein Fremdkörper auch im deutschen Recht. Ob es angezeigt ist, die Bedeutung des Rechts im Rahmen außergerichtlicher Konfliktschlichtung zugunsten schneller Entscheidungen weiter zu beschneiden, ist eine rechtspolitische Frage, die hier nur aufgeworfen, allerdings nicht beantwortet werden soll.
7. Berufspolitisch, also aus der Sicht der Anwaltschaft, wäre eine Einführung von Adjudikation-Verfahren nach dem englischen Modell nicht zu befürworten. Ein entsprechendes Streitschlichtungssystem führte zu einer Konzentration entsprechender Streitigkeiten auf wenige große Anwaltskanzleien. Nur sie wären in der Lage, zur Behandlung der unter extremen Zeitdruck abzuwickelnden Verfahren ganze Teams bereit zu halten. Darüber hinaus ist damit zu rechnen, dass zunehmend berufsfremde Adjudikatoren auftreten werden, mithin anwaltliche Aufgaben noch weitergehender substituiert werden, als dies bislang schon erfolgt.
8. Die Alternative: Der Gesetzgeber sollte Partnering-Initiativen, auch Systeme außergerichtlicher Konfliktschlichtung auf freiwilliger Basis im weitesten Sinne fördern. Dabei empfiehlt es sich, § 317 BGB dahingehend zu ändern, dass neben dem bisherigen Leitmodell schiedsgutachterlicher Klärung mit vorbehaltener Unbilligkeitskontrolle auch die Möglichkeit einer von den Parteien vereinbarten Vorschaltung einer außergerichtlichen Konfliktschlichtung vor Durchführung eines ordentlichen Verfahrens ausdrücklich vorgesehen und die Rahmenbedingungen hierfür definiert werden.

### 3. Thesen von Dr. Mark von Wietersheim

#### Zur Person

*seit 1996 in Berlin als Rechtsanwalt zugelassen, seit 2000 Syndikus bei der Deutsche Bahn AG.  
Leiter des Teams Recht Infrastruktur Region Ost, Berlin  
Vertreter der Deutsche Bahn AG im Hauptausschuss Allgemeines des DVA  
Autor mehrerer Bücher zu VOB/B, BGB-Werkvertragsrecht und Vergaberecht.  
Veröffentlichungen u.a. in BauR, IBR, MDR, Financial Times Deutschland.  
Lehrauftrag für Privates Baurecht an der FH Osnabrück*

#### Interessenlage

Der DB-Konzern ist der größte deutsche Einzel-Auftraggeber im Baubereich. Pro Jahr wird eine Vielzahl von Bauverträgen abgeschlossen und durchgeführt. Im Verhältnis zu dem großen Bauvolumen gibt es vergleichsweise wenig Streitige Auseinandersetzungen.

Kommt es jedoch zu Streitigkeiten mit Auftragnehmern, sind diese für beide Seiten belastend, insbesondere im Falle einer gegenseitigen Blockade. Für DB haben die Einhaltung von Zeit- und Kostenvorgaben eine ganz besondere Bedeutung, die Anforderungen des Betriebes und des Zuwendungsrechts über ihre ganz eigenen Zwänge aus.

Beide Vertragspartner sind an einer schnellen, effektiven und kostengünstigen Streitlösung interessiert. Der grundsätzlich bewährte gerichtliche Rechtsschutz wird diesen Anforderungen nicht in allen Fällen gerecht. Es wird daher ein Bedarf für andere, ergänzende Methoden der Streitvermeidung und -entscheidung gesehen. Insbesondere ein Abschichten komplexer Fragestellungen scheint erstrebenswert.

#### Ausgangspunkt: Das englische Modell

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das englische Modell<sup>1</sup>. Dieses Modell sieht auf gesetzlicher Grundlage nicht abdingbare Regelungen über Adjudikation-Verfahren vor.

<sup>1</sup> dargestellt z.B. in: Lembcke in MDR 2006, S. 1329; Herbst, SchiedsVZ 2003, S. 68.

Ganz grob gesprochen ist Adjudikation im englischen Recht ein Verfahren der außergerichtlichen Entscheidungsfindung. Auf Anrufung einer Partei eines Vertrages über Bauleistungen muss ein Adjudikator innerhalb von 28 Kalendertagen über die vorgetragene Streitigkeit entscheiden. Die Entscheidung des Adjudikators kann in einem gerichtlichen Verfahren für vollstreckbar erklärt werden. Bis zu einer anderweitigen gerichtlichen Entscheidung bindet die Entscheidung des Adjudikators die Vertragspartner.

Gegenstand des Verfahrens und des Schiedsspruches können alle Arten von Streitigkeiten und Ansprüchen sein, also nicht nur Zahlungsansprüche, sondern auch Feststellungen über Unwirksamkeit oder Wirksamkeit von Erklärungen etc..

## **Zu übernehmende Rahmenbedingungen:**

Das englische Modell lässt sich nicht 1:1 auf das deutsche Recht übertragen.

Bei allen Vorteilen einer schnellen Entscheidung müssen Auftraggeber wie Auftragnehmer die damit verbundenen Risiken einer oft nicht umkehrbaren Entwicklung berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist besonders, dass in Deutschland ein weitgehend effektiver und im Vergleich zu England kostengünstiger<sup>2</sup> gerichtlicher Rechtsschutz besteht. Auch verfügt Deutschland nicht über vergleichbare Erfahrungen – und vermutlich auch nicht über Personalressourcen – betreffend unabhängige Dritte wie dem englischen professional engineer.

Zu übernehmen sind folgende Rahmenbedingungen:

1. Das Verfahren muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Anderenfalls drohen Rechtsunsicherheiten wegen AGB-rechtlichen Fragen sowie Lücken im Zusammenspiel mit Vorschriften, z.B. solchen der ZPO oder des RBerG.
2. Das Adjudikation-Verfahren muss sich widerspruchsfrei in den grundsätzlich bewährten gerichtlichen Rechtsschutz einfügen.
3. Eine materielle oder formelle Präklusion, eine Beweislastumkehr oder eine Ausforschung darf sich aus einem Adjudikation-Verfahren nicht ergeben.
4. Das Adjudikation-Verfahren muss bei aller Beschleunigung rechtliches Gehör der Parteien sicherstellen.
5. Die Durchführung eines Adjudikation-Verfahrens darf nicht nach Art der Güteverfahren nach § 15a EGZPO zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung eines gerichtlichen Verfahrens sein.
6. Die Durchführung muss auch bei fehlender Mitwirkung des Antragsgegners gesichert sein.

## **Erforderliche Anpassungen:**

1. Es muss sichergestellt sein, dass nur geeignete Personen Adjudikatoren werden. Anders als in England, gibt es historisch keine Erfahrungen mit einem unabhängigen professional engineer.
2. Eine Vollstreckung von Adjudikation-Entscheidungen muss möglich sein, aber nur gegen Sicherheitsleistung. Die Übertragung des Insolvenzrisikos darf nicht aufgrund einer summarischen Entscheidung erfolgen.
3. Es muss eine effektive Regelung über Schadensersatz der in der Adjudikation unterlegenen, vor Gericht erfolgreichen Partei geben.
4. Das Adjudikation-Verfahren darf nicht mit einem Rechtsmittelverzicht (wie z.B. beim Modell des Alliance Contracting) verbunden werden. Dies würde nur dazu führen, dass einseitig die Partei mit dem größeren Einigungsdruck benachteiligt wird.
5. Ein Adjudikator darf nur Entscheidungen treffen, die in das System des gerichtlichen Rechtsschutzes passen, also Gegenstand einer Leistungs- oder Feststellungsklage sein könnten.
6. Es muss für die Parteien möglich sein, den Adjudikator bei Befangenheit abzulehnen.
7. Offensichtliche Fehler etc. müssen einer Vollstreckbarerklärung auf jeden Fall entgegenstehen, z.B. orientiert an § 319 Abs. 1 BGB
8. Es muss eine angemessene Lösung für das „ambushing“-Problem gefunden werden (ambushing: überfallartiges Einreichen langfristig vorbereiteter Schriftsätze, so dass Umfang und Zeitpunkt der Einreichung dem Antragsgegner keine angemessene Verteidigungsmöglichkeit lassen).

<sup>2</sup> Winter stellt in IBR 2007, S. 111 dar, dass bei 1 mio £ Streitwert Anwaltskosten von bis zu 500.000 £ entstehen können.

9. Die Kosten des Verfahrens müssen sich in das deutsche System der Kostentragung und Kostenhöhe einfügen.
10. Die Einbindung Dritter muss gewährleistet sein, z.B. nach Art der Streitverkündung.

## 4. Thesen von Prof. Dr.-Ing. Ralf Schottke

### Zur Person

*Professor für Baubetriebswirtschaft und Baurecht an der Leuphana Universität Lüneburg*

*Geschäftsführender Gesellschafter des IBB – Institut für Baubetriebswirtschaft und Baurecht GmbH*

*1. Vorsitzender und Schlichter des Vereins zur Förderung der Alternativen Streitbeilegung im Bauwesen e. V.*

*Leiter der Interdisziplinären Tagung für Baubetriebswirtschaft und Baurecht*

*Mitglied im wissenschaftlichen Beirat Tiefbaubetriebswirtschaft Centrum für deutsches und internationales Baugrund- und Tiefbaurecht e. V. (CBTR)*

*Mitglied des Instituts für Baurecht Freiburg i. Br.*

*Mitglied im Arbeitsausschuss VOB/C DIN 18312 des DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss)*

*Autor zahlreicher Veröffentlichungen*

*Abwicklung eines Streitvolumens von ca. 300 Mio. € als gerichtlich bestellter Sachverständiger, Parteiengutachter, Schlichter, Schiedsgutachter und Schiedsrichter in Schiedsgerichtsverfahren*

### Thesen

#### 1. Ausgangssituation

Die von vornherein eindeutigen Fälle werden in der Praxis zu nahezu 100% direkt ohne Dritte von den Beteiligten gelöst.

Die nicht eindeutigen Problemfälle, die im Baubereich Streit verursachen, sind davon geprägt, dass

- a) komplexe technisch-baubetriebswirtschaftlich-juristische Problemstellungen vorliegen, für die es nur teilweise eindeutige Lösungsansätze gibt.
- b) die Verhandlungen aus emotionalen Gründen und fachlicher Unsicherheit der Beteiligten festgefahren sind.
- c) vorgesetzte Dienststellen sowie die Angst vor Rechnungsprüfungsämtern und Revisionsabteilungen konstruktive Lösungen verhindern.

Folgende Ausführungen gelten nur für die nicht eindeutigen Fälle. Es wird versucht, die allgemeingültige Problematik von Baustreitigkeiten zu klassifizieren und daraus abzuleiten, inwieweit durch außergerichtliche Streitbeilegung diese Problematik gemindert werden kann..

#### 2. Nichtjustiziabilität und Entnervtheit als Ursache für Vergleiche

Die nicht eindeutigen Fälle können häufig als nicht justizierbar bezeichnet werden. Unter dem Begriff nicht justizierbar ist zu verstehen, dass eine Behandlung des Falles mit allen erforderlichen technischen, baubetriebswirtschaftlichen und juristischen Facetten nicht bzw. nur mit unvertretbarem Aufwand möglich ist.

Die Konsequenz ist, dass auch vor Gericht nach dem Austausch mehrerer hundert Seiten Schriftsätze Vergleiche angestrebt werden. Das „Festbeißen“ erfolgt meistens bereits auf der juristischen Ebene. Die baubetriebswirtschaftlichen Probleme werden im Regelfall nicht mehr oder nur am Rande behandelt.

Die Vergleiche vor Gericht sind häufig gewaltsame Abbrüche, die dem alleinigen Wunsch entspringen, das Problem los zu werden. Die Beteiligten neigen entnervt dazu, dem Ende mit Schrecken den Vorrang vor dem Schrecken ohne Ende einzuräumen.

#### 3. Ermessensspielräume als systemimmanenter Inhalt von Baustreitigkeiten

Die Nichtjustiziabilität wird davon begleitet, dass die technische, die juristische und die baubetriebswirtschaftliche Bewertung Ermessensspielräume beinhaltet. Auch bei perfekter Aufbereitung und Darlegung der Ansprüche lässt sich dieses Problem aber nicht gänzlich vermeiden.

Zu dieser allgemeingültigen Problematik wird im Arbeitskreis ein überschaubares Beispiel vorge-  
tragen.

#### 4. Problembewältigung unter Nutzung der Ermessensspielräume

In der Praxis wird die Nutzung der Ermessensspielräume mit dem System „Geben und Nehmen“  
einer Lösung zugeführt. Die Nutzung der Ermessensspielräume erfolgt demzufolge nicht einseitig  
zugunsten einer Partei, sondern durch den gegenseitigen Ausgleich der Vor- und Nachteile.  
Selbstverständlich spielt bei diesem System das Verhandlungsgeschick und die Fachkenntnis der  
Beteiligten eine wesentliche Rolle.

#### 5. Reduktion der Ermessensspielräume als Voraussetzung für ordnungsgemäße Verhandlungen

Es gilt grundsätzlich, dass die Ermessensspielräume so weit wie möglich und mit vertretbarem  
Aufwand zu verringern sind. Das in der Praxis weit verbreitete übliche Nebel-Verstreuen durch un-  
scharfe Aussagen, verbunden mit dem Versuch, aus dem Nebel heraus Kompromisse zu errei-  
chen, die nicht sachgerecht sind, zwingt dazu, Minimalanforderungen an die Vortragsqualität der  
Darlegungspflichtigen zu definieren.

Dennoch verbleibt aber auch bei guter Vorbereitung und Darlegung der Ansprüche nahezu immer  
ein Anteil, der einer subjektiven Bewertung unterliegt. Insofern stellen sich die Notwendigkeit der  
substantiierten Darlegung und der verbleibende Ermessensspielraum als grundlegendes system-  
immanentes Problem bei Baustreitigkeiten dar.

#### 6. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

- a) Die konträren Aspekte – präzise Darlegung der Ansprüche und dennoch verbleibende Ermes-  
sensspielräume – sind das Grundproblem komplexer technisch-juristisch-  
baubetriebswirtschaftlich geprägter Baustreitigkeiten.
- b) Aus der interdisziplinär ausgerichteten Problemeigenschaft der Baustreitigkeiten ergibt sich die  
objektive Notwendigkeit eines neutralen, vom Gericht unabhängigen Klärungsversuches.
- c) Die Bauprobleme werden eher noch komplexer und nicht einfacher. Auch die Weiterentwick-  
lung der Rechtsprechung, der normativen Rechtsregelungen und baubetriebswirtschaftlicher  
Methoden wird das schwieriger Werden nicht nachhaltig vermeiden, sondern maximal ausglei-  
chen.
- d) Die Praxis zeigt, dass eher die Uneinsichtigen zu einer neutralen Sicht angeregt werden müs-  
sen.
- e) Erst durch eine gesetzliche Regelung bzgl. außergerichtlicher Streitbeilegung werden die Betei-  
ligten gezwungen, sich im Rahmen eines neutralen Gespräches eine neutrale Meinung von der  
Problematik zu bilden.
- f) Ohne ein Gesetz wird es nur überflüssige Diskussionen darüber geben, ob eine außergerichtli-  
che Streitbeilegung durchzuführen ist oder nicht.
- g) Gesetzliche Regelungen, die die Beteiligten dazu veranlassen, unter Führung von fachkompe-  
tenten Moderatoren oder Schlichtern, die Vor- und Nachteile der einzelnen Positionen sowie  
die Ermessensspielräume zu bewerten, sind grundsätzlich zu befürworten. Diese Auffassung  
korrespondiert im Übrigen mit dem in der Rechtsprechung gefestigtem Ansatz, bei Bauobjekten  
gemäß VOB/B kooperieren zu müssen.
- h) Eine zügige außergerichtliche Streitbeilegung kann als eine qualifizierte Risikoeinschätzung  
bezeichnet werden, die aufwändigere Gerichtsverfahren ersetzt.