

**DEUTSCHER  
BAUGERICHSTAG e.V.**



## **5. Deutscher Baugerechtstag**

23./24.05.2014

Hamm (Westf.)

**Thesenpapiere der Arbeitskreise**

## Liebe Leser,

der Deutsche Baugerichtstag ist nach vier Kongressen als Institution etabliert und anerkannt. Seine rechtspolitischen Empfehlungen finden, wie insbesondere die von seinem Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht – angestoßene und maßgeblich beeinflusste Diskussion um die Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts zeigt, Gehör in Politik, Wirtschaft und bei den Interessenverbänden; dass sie dort ebenso wie von einer breiten Fachöffentlichkeit kontrovers diskutiert und kommentiert werden, liegt in der Natur der Sache und ist im Übrigen erwünscht. Der Deutsche Baugerichtstag zielt nicht darauf, Interessen zu vertreten und durchzusetzen. Seine Stärke liegt vielmehr darin, ein unabhängiges Forum bereitzustellen, in dem sich solche Interessen mit dem Ziel Gehör verschaffen können, in einem sachlich fundierten Diskurs zu rechtsdogmatisch abgesicherten, praxisgerechten Lösungen verdichtet zu werden.

Die satzungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben erfordert inhaltliche Vorbereitung und Führung, die von den Leitern und Referenten der einzelnen Arbeitskreise mit großem persönlichem Einsatz wahrgenommen wird. Dafür gebührt Ihnen Dank und Anerkennung. Gleichwohl sind es letztlich die Arbeitskreismitglieder, die durch eine engagierte Teilnahme an den Sitzungen der Arbeitskreise während des Baugerichtstages die Voraussetzung für die Erarbeitung sachgerechter Empfehlungen schaffen und erst dadurch dem Baugerichtstag zu einer Stimme verhelfen, die in der Politik wahr- und ernst genommen wird. Der Erfolg der vergangenen Baugerichtstage hat auf sehr erfreuliche Weise gezeigt, welche positive Dynamik ein solcher, auf die freiwillige Mitwirkung der interessierten Fachkreise gegründeter Meinungsbildungsprozess entwickeln kann. Wir hoffen, diese Entwicklung mit dem 5. Deutschen Baugerichtstag am 23./24. Mai 2014 in Hamm fortsetzen zu können.

Der Besuch lohnt sich. Alle derzeit installierten neun Arbeitskreise werden im Mai tagen und sich durchweg mit spannenden Themenbereichen befassen, deren gesetzgeberische Ausgestaltung teilweise sogar gesellschaftspolitische Dimensionen haben dürfte. So wird der *Arbeitskreis I* (Bauvertragsrecht) versuchen, mit Empfehlungen für die Schaffung einer einheitlichen gesetzlichen Regelung für eine zeitabhängige, bauablaufstörungsbedingte Anpassung der Vertragspreise den letzten Puzzlestein in das auf dem 3. und 4. Baugerichtstag für ein eigenständiges Bauvertragsrecht entwickelte Regelungsmodell einzufügen. Daran anknüpfend nimmt sich der *Arbeitskreis VI* (Sachverständigenrecht) – im Schwerpunkt aus baubetrieblicher Sicht – der überaus praxisrelevanten Frage an, ob die (untergesetzliche) Einführung von Standards für die Kalkulation von Baupreisen zu einer Harmonisierung und Vereinfachung der Vergütungsanpassung beim Bauvertrag beitragen könnte. Dabei wird insbesondere das Thema „getrennte Ausschreibung und Kalkulation der Gemeinkosten“ eine große Rolle spielen. Die *Arbeitskreise III* (Prozessrecht) und *VII* (Außergerichtliche Streitbeilegung) werden aus gegebenem Anlass gemeinsam tagen. Dort werden – anknüpfend an die bereits in 2012 verabschiedete Empfehlung, zur Sicherung eines ungestörten Bauablaufs und des Liquiditätsflusses ein gesetzlich vorgeschriebenes Eilverfahren mit beschränktem Regelungsbereich einzuführen – die Parameter für ein solches Verfahren erörtert. Zudem wird die zentrale Frage beantwortet werden, ob ein solches Eilverfahren den staatlichen Gerichten oder außerstaatlichen Gremien übertragen werden soll. Das Architektenrecht wird auch auf dem 5. Baugerichtstag eine wichtige Rolle spielen, wenn es im *Arbeitskreis IV* um gesetzgeberische Maßnahmen zur Beschränkung der Haftung der Architekten und Ingenieure geht, die ggf. auch die Rechtsbeziehungen der Architekten und Ingenieure zu anderen Baubeteiligten betreffen können. Der *Arbeitskreis V* (Bauträgerrecht) wird die in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht des BMJ bereits angerissene Diskussion um die gesetzliche Einführung einer Baube-

## Einführung

schreibungs- und Dokumentationspflicht aufgreifen und vertiefen. Darüber hinaus stehen Absicherungsfragen sowie eine Empfehlung für eine gesetzliche Regelung der Abnahme von Gemeinschaftseigentum durch die Wohnungseigentümergeinschaft auf der Tagesordnung. Das Vergaberecht steht möglicherweise vor einem Umbruch. Mit Spannung richtet sich deshalb der Blick auf die Sitzung des *Arbeitskreises II* (Vergaberecht), der sich mit der nationalen Umsetzung der Anfang 2014 in Kraft getretenen EU-Richtlinien und der sinnvollen Ausgestaltung der sich hieraus für die Praxis ergebenden Spielräume beschäftigen wird. In Kreisen der Bau- und Versicherungswirtschaft heftig diskutiert wird derzeit die gesetzliche Einführung einer objektbezogenen „Multi-Risk-Versicherung“. Der *Arbeitskreis IX* (Versicherungsrecht) hat bereits auf dem 4. Baugerichtstag Empfehlungen hierzu ausgesprochen. Nun geht es im Lichte der mittlerweile fortgeschrittenen Diskussion um finanzierbare und praxistaugliche Lösungsmodelle. Besonders möchte ich Sie schließlich auf den *Arbeitskreis VIII* (Öffentliches Baurecht) hinweisen. Vor dem Hintergrund einer mit der Verwirklichung des Leitbildes der kompakten Europäischen Stadt zunehmenden Nutzungsmischung von Wohnen, Dienstleistung und Gewerbe soll diskutiert und beschlossen werden, ob Änderungen des Baurechts im BauGB und der BauNVO und im Immissionsschutzrecht vorgenommen werden müssen.

Bitte informieren sie sich im Einzelnen anhand der folgenden Thesenpapiere über die Tätigkeit der einzelnen Arbeitskreise. Ich würde mich sehr freuen, Sie auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag als Teilnehmer eines dieser Arbeitskreise begrüßen zu dürfen.

Prof. Stefan Leupertz  
Präsident

## Arbeitskreis I –Bauvertragsrecht Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Dr. Stefan Althaus, München

**Rechtsanwalt Dr. Stefan Althaus** ist Partner der Sozietät Finck Althaus Sigl & Partner in München und Lehrbeauftragter für Privates Baurecht an der Hochschule München für angewandte Wissenschaften (FH). Im Bereich des privaten Baurechts ist er als Rechtsanwalt, Schiedsrichter und Mediator tätig. Er ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen, u.a. Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, und Beiträgen in Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B.

Rechtsanwältin Dr. Birgit Franz, Köln

**Rechtsanwältin Dr. Birgit Franz** ist Partnerin der Sozietät LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE. Sie ist Stellvertretende Vorsitzende im geschäftsführenden Ausschuss der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltsverein. Zu ihren Veröffentlichungen zählen u.a. „Nachtragskalkulation in Zukunft – Das Ende der Preisfortschreibung!“, BauR 2012, 380, die Kommentierung von § 8 und § 18 VOB/B in dem von Leinemann herausgegebenen Kommentar zur VOB/B sowie als Co-Autorin „Die Bezahlung der Bauleistung“.

## Weitere Mitglieder der Kernarbeitsgruppe Bauvertragsrecht

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

**Jörn Bröker**

**Claus Genschow**

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

**Prof. Dr.-Ing. Andreas Mitschein**

**Dr. Iris Oberhauser**

**Prof. Dr. Wolfgang Voit**

**Ernst Wilhelm**

## Mitwirkende an der Podiumsdiskussion und Referenten

Dipl.-Ing. Dr. techn. Ralph Bartsch, München

**Dipl.-Ing. Dr. techn. Ralph Bartsch** ist Partner des Ingenieurbüros BARTSCH WARNING Part-

nerschaft Ingenieurbüro für Baubetrieb und Bauwirtschaft in München. Er ist Lehrbeauftragter an der Universität Karlsruhe (KIT) für Vertragsmanagement und an der Hochschule für Technik in Karlsruhe für Fertigungsverfahren I und II und von der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau, sowie Bauablaufstörungen. Zu seinen Veröffentlichungen zählen u.a. Beiträge in Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag.

Prof. Dr.-Ing. Fritz Berner, Stuttgart

**Prof. Dr.-Ing. Fritz Berner** ist seit 1994 Universitätsprofessor und Leiter des Instituts für Baubetriebslehre der Universität Stuttgart. Im Jahre 1987 übernahm er die Geschäftsführung einer großen deutschen Bauunternehmung und war von 1994 bis 2009 als geschäftsführender Gesellschafter und Vorstandsvorsitzender tätig. Seit 1999 widmet er sich der Ganzheitlichkeit des Bauens und der Ausweitung auf die Immobilie im Gesamten. Im Jahre 2000 wurde durch ihn der neue Studiengang „Immobilientechnik und Immobilienwirtschaft“ an der Universität Stuttgart initiiert. Er ist Autor einer Vielzahl von Fachveröffentlichungen, u.a. Grundlagen der Baubetriebslehre; Gemeinkosten der Baustelle – Ein Zuweisungsproblem?

Rechtsanwalt Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach

**Rechtsanwalt Dr. Heiko Fuchs** ist Partner der Kanzlei Kapellmann & Partner sowie Lehrbeauftragter für das Bauvertragsrecht an der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sein Arbeitsschwerpunkt als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht liegt neben den forensischen – insbesondere auch (international) schiedsgerichtlichen – Tätigkeiten in der auftragnehmer- und auftraggeberseitigen Beratung zu großen nationalen und internationalen Bau- und Anlagenbauprojekten. Er ist Verfasser zahlreicher Veröffentlichungen zum Bau- und Architektenrecht, u.a. Mitautor von Berger/Fuchs, Einführung in die HOAI.

Rechtsanwalt Dr. Edgar Joussen, Berlin

**Rechtsanwalt Dr. Edgar Joussen** ist Partner der Sozietät Joussen & Schraner und ist spezialisiert auf das Private Bau- und Vergaberecht. Seine Schwerpunkte liegen hier in der baubegleitenden Rechtsberatung, der Führung von Bauprozessen, der Durchführung von Schiedsverfahren vor allem als Schiedsrichter sowie der Abwicklung sonstiger

Bausreitigkeiten. Er ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zu baurechtlichen Themen, u.a. als Mitautor von Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Ingenstau/Korbion, VOB – Teile A und B, Kommentar sowie Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Bauverzögerungen und Leistungsänderung.

Prof. Dr.-Ing. Andreas Lang, Heppenheim

**Prof. Dr.-Ing. Andreas Lang** ist Gesellschafter der LHR GmbH & Co. KG, Ingenieure und Sachverständige für Baubetrieb und Bauwirtschaft, und lehrt am Studienschwerpunkt Bauwirtschaft der Hochschule Darmstadt. Zu seinen Veröffentlichungen zählt u.a. Vygen/Joussen/Schubert/Lang, Bauverzögerungen und Leistungsänderung.

Rechtsanwältin Dr. Iris Oberhauser

**Rechtsanwältin Dr. Iris Oberhauser** ist Partnerin der Sozietät HORSCH OBERHAUSER in München und Lehrbeauftragte für Privates Baurecht an der TU München. Sie befasst sich schwerpunktmäßig mit der baubegleitenden Rechtsberatung sowie der außergerichtlichen und gerichtlichen Verfolgung und Abwehr von Ansprüchen. Sie ist Autorin zahlreicher Veröffentlichungen zu baurechtlichen Themen, u.a. Mitautorin von Oberhauser/Manteufel, VOB Teil B.

## A. Thema des Arbeitskreises

Reform des Bauvertragsrechts – Offene Fragen und weitere Empfehlungen an den Gesetzgeber:

- bauzeitliche Anordnungsrechte des Bestellers
- Ausgestaltung von Mehrvergütungsansprüchen bei unverschuldeten Verzögerungen des Bauablaufs

## B. Einführung

Der Arbeitskreis I (im Folgenden: AK I) hat sich auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag zum zweiten Mal mit der Konstitution eines gesetzlichen Bauvertragsrechts befasst. Anlass hierfür war die Installierung einer Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im Bundesministerium der Justiz (im Folgenden: Arbeitsgruppe BMJ), die sich seit März 2010 mit der Entwicklung eines eigenständigen Bauvertragsrechts beschäftigt.

Die ersten wichtigen Eckpunkte für die Ausgestaltung des Bauvertragsrechts, die die Arbeitsgruppe BMJ entwickelt hat, folgen im Kern den Empfehlungen des Arbeitskreises I anlässlich des 3. Deutschen Baugerichtstages und den im damaligen Thesenpapier niedergelegten Überlegungen zur Struktur des Bauvertrages sowie den sich

daraus ergebenden Grundgedanken für die gesetzlichen Regelungen. Soweit die in der Arbeitsgruppe BMJ gewonnenen Ergebnisse von den Empfehlungen des AK I abwichen, wurden diese Abweichungen auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag diskutiert und Empfehlungen für die Änderungs- und Ergänzungsvorschläge formuliert (abrufbar unter [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de), Empfehlungen des 4. Deutschen Baugerichtstages).

Zentraler Gegenstand der Empfehlungen waren neben der Bauverfügung die gesetzlichen Regelungen zur Bemessung der Nachtragsvergütung. Im Ergebnis wurde mit überwältigender Mehrheit das Modell der (vor-)kalkulatorischen Preisfortschreibung dahingehend modifiziert, dass der Unternehmer eine Mehrvergütung für zusätzliche und geänderte Leistungen nach den tatsächlich hierfür erforderlichen Kosten erhält, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in der hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen. Damit wurde der Tatsache Rechnung getragen, dass die (vor-)kalkulatorische Preisfortschreibung für beide Vertragsparteien mit nicht oder nur schwer kalkulierbaren Risiken verbunden ist. So muss zum einen der Unternehmer Fehlalkulationen fortschreiben, zum anderen bietet die Möglichkeit, für die Preisanpassung auf die Kalkulation zurückzugreifen, einen erheblichen Anreiz zur spekulativen Preisgestaltung zu Lasten des Auftraggebers. Darüber hinaus wird die vorkalkulatorische Preisfortschreibung Preisentwicklungen nicht gerecht, die nach Vertragsabschluss eintreten und insbesondere für geänderte oder zusätzliche Leistungen Wirksamkeit entfalten.

Im Ergebnis wurde mit der Mehrvergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten ein Instrument geschaffen, welches es sowohl dem Unternehmer aber auch dem Besteller erlaubt, im Falle von unbefriedigenden Ergebnissen der (vor-)kalkulatorischen Preisfortschreibung auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zurückzugreifen. Dieses Modell wurde von der Arbeitsgruppe BMJ bestätigt und fand Eingang in den Abschlussbericht vom 18.06.2013.

Offen geblieben sind bisher die bauzeitlichen Auswirkungen in Folge von angeordneten geänderten und zusätzlichen Leistungen. Ebenso offen geblieben sind Ansprüche des Unternehmers für sonstige behinderungsbedingte Erschwernisse, etwa in Folge von Pflichtverletzungen oder eines Annahmeverzugs des Bestellers. Die ursprüngliche Überlegung, einen einheitlichen Anspruch des Unternehmers wegen Störungen, die zu Bauzeitverlängerungen führen, zu gestalten, wurde nicht

weiter verfolgt. Zum einen stößt die Einbeziehung vom Besteller verschuldeter Störungen, die grundsätzlich keinen Vergütungs- sondern einen Schadensersatzanspruch auslösen, auf erhebliche dogmatische Bedenken. Zum anderen bringt der einheitliche Zahlungsanspruch aus baubetrieblicher Sicht keine nennenswerten Vorteile. Die bauablaufbezogene Darstellung mit der Darlegung der notwendigen Kausalitäten als Grundlage der Berechnung monetärer Ansprüche müsste hierdurch unverändert geführt werden.

Weiter verfolgt werden soll demgegenüber eine Regelung für Ansprüche wegen Bauzeitverzögerungen infolge von unterlassenen Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers und deren Gleichstellung mit Ansprüchen infolge von Anordnungen geänderter oder zusätzlicher Leistungen. Ein Bedürfnis zur Regelung der bauzeitlichen Ansprüche infolge von unterlassenen Mitwirkungsobliegenheiten wird durch die jüngste Diskussion über die Rechtsfolgen des § 642 BGB bestätigt. Ausgehend vom Wortlaut des § 642 BGB gibt es Bedenken hinsichtlich der Berechnung der Anspruchshöhe sowie hinsichtlich des Zeitraums, der für die Ermittlung des Anspruchs herangezogen werden kann. Zum einen wird diskutiert, ob der Anspruch auf die Nachteile begrenzt ist, die dem Unternehmer durch das Vorhalten seiner Kapazitäten während des Annahmeverzugs entstehen. Zum anderen ist die Berechnung des Anspruchs nach wie vor nicht geklärt. Nach derzeit noch überwiegender Auffassung berechnet sich die Anspruchshöhe im Rahmen von § 642 BGB allein auf Basis der Kalkulation (sogenannte Methode „von unten“). Nach anderer Meinung muss die Ermittlung der zeitanteiligen Vergütung anhand der vereinbarten Vergütung abzüglich der hierbei tatsächlich ersparten Kosten und des anderweitigen Erwerbs erfolgen (sogenannte Methode „von oben“). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 642 Abs. 2 BGB die Befriedigung der bauzeitlichen Ansprüche, die dieser Regelung derzeit weitgehend zugeordnet wird, nicht rechtssicher umsetzt. Die Regelung des § 642 Abs. 2 BGB wird baurechtlich und baubetrieblich als Anspruchsgrundlage für die Fälle herangezogen, in denen Störungen aus dem Risikobereich des Bestellers herrühren, von diesem jedoch nicht verschuldet sind; sie bietet aber hierfür keine rechtlich sichere, tragfähige Anspruchsgrundlage.

Schließlich ist der 5. Empfehlung des AK I des 4. Deutschen Baugerichtstages nachzukommen, wonach das Anordnungsrecht des Bestellers auf die Bauzeit nochmals zu diskutieren ist.

## C. Bauzeitliche Anordnungsrechte

### I. Ausgangslage

Die 5. Empfehlung des AK I des 4. DBGT, die mit deutlicher Mehrheit angenommen wurde, lautete:

„Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, im Nachgang zur 4. Empfehlung des AK I des 3. Baugerichtstages nochmals neu zu diskutieren und ggf. eine Empfehlung auszusprechen, ob sich das Anordnungsrecht des Bestellers auch auf die Bauzeit beziehen soll.“

Diesem Diskussionsauftrag kommt der 5. DBGT nach und stellt daher zu der Thematik die beiden nachfolgenden gegensätzlichen Thesen zur Diskussion und Abstimmung:

### II. Thesen

#### 1. These (Referat Dr. Edgar Jousen)

„Der Besteller ist berechtigt, Anordnungen zur Bauzeit (auch Bauunterbrechungen und Beschleunigungen) in Abweichung zu den vertraglichen Festlegungen zu treffen, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen.“

#### 2. Gegenthese (Referat Dr. Heiko Fuchs)

„Der Besteller ist grundsätzlich nicht berechtigt, Anordnungen zur Bauzeit (insbesondere keine Bauunterbrechungen und Beschleunigungen) in Abweichung zu den vertraglichen Festlegungen zu treffen.“

## D. Mehrvergütungsansprüche und Preis-anpassung

### I. Ausgangslage

Die 6. Empfehlung des AK I des 4. DBGT, die mit überwältigender Mehrheit angenommen wurde, lautete:

„Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, in Fortentwicklung der Empfehlung 3 des AK VI und der Empfehlung 5 des AK I gesetzliche Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen einzuführen, mit denen das bisher überwiegend praktizierte Modell der (vor-)kalkulatorischen Preisfortschreibung dahingehend modifiziert wird, dass der Unternehmer eine Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nach den tatsächlich hierfür erforderlichen Kosten erhält, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in seiner hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.“

# Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

Diese Empfehlung ließ eine Reihe von Einzelfragen offen, insbesondere die folgenden Fragen:

- hat der Unternehmer ein Wahlrecht, einzelne Nachträge auf Basis der Kalkulation, andere auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zu berechnen?
- Wie sind bei der Berechnung nach tatsächlich erforderlichen Kosten die unternehmensbezogenen Zuschläge für Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln?
- Wie kann die Methode auf bauzeitliche Auswirkungen von geänderten oder zusätzlichen Leistungen angewandt werden?

Nicht untersucht wurden bislang auch Ansprüche des Unternehmers im Falle unterlassener Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers, die heute über § 642 BGB geregelt sind. Auch insoweit stellt sich die Frage, ob ein künftiges Bauvertragsrecht hierzu Sonderregelungen treffen soll. Aus Sicht der Kernarbeitsgruppe besteht ein Regelungsbedürfnis hierfür, insbesondere vor dem Hintergrund, dass heute Tatbestand und Rechtsfolgen von § 642 BGB innerhalb von Rechtsprechung und Literatur so unterschiedlich ausgelegt werden, dass für die Praxis keine ausreichende Rechtssicherheit besteht. Für den Anwendungsbereich, den die Praxis § 642 BGB als Anspruchsgrundlage gibt, bietet die Regelung keine rechtssichere, tragfähige Anspruchsgrundlage.

## II. Thesen

### 1. These

„Der Unternehmer kann sich für die Berechnung einer Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nicht auf die hinterlegte Kalkulation (insgesamt oder in Teilen) berufen, wenn er bei demselben Bauvertrag bei bestimmten Kostenelementen in Abweichung von dieser Kalkulation eine Berechnung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten verlangt.“

#### Begründung

Bereits auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag wurde im AK I zu Recht darauf hingewiesen, dass der Unternehmer durch das Wahlrecht, die Nachträge auf Basis seiner Kalkulation oder nach den tatsächlichen Kosten abzurechnen, dazu verleitet werden könnte, in den Positionen, in denen er mit Nachtragsleistungen rechnet, sehr günstige Einzelkosten der Teilleistung zu kalkulieren, um sodann von der Vermutungswirkung der Kalkulation Abstand zu nehmen und die tatsächlich erforderlichen Mehrkosten zu beanspruchen, während er in anderen Nachträgen unverändert hohe Einzelkosten der Teilleistung geltend macht. Vor

diesem Hintergrund soll das Wahlrecht des Unternehmers, ob er Nachträge auf Basis seiner Kalkulation oder nach tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnet, nur insgesamt bezogen auf den gesamten Vertrag und damit für sämtliche Nachtragsleistungen ausgeübt werden können. Demgegenüber kann der Besteller die widerlegbare Vermutung der Kalkulation hinsichtlich einzelner Nachträge und auch dort nur hinsichtlich einzelner Kostenelemente angreifen. Der Besteller muss in diesen Fällen darlegen und beweisen, dass die Preise bzw. die darin enthaltenen Kostenelemente nicht den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.

### 2. These

„Ist die Folge von geänderten oder zusätzlichen Leistungen eine Verlängerung oder Verschiebung der Bauzeit, beurteilt sich die Bemessung der Nachtragsvergütung auch im Hinblick auf die zeitlichen Auswirkungen nach den hierdurch verursachten tatsächlich erforderlichen Kosten, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in einer vom Unternehmer hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.“

#### Begründung

Diese Rechtsfolge ist eine Klarstellung und ergibt sich bereits aus der 6. Empfehlung des AK I des 4. DBGT. Eine unterschiedliche Behandlung von rein technischen und bauzeitlichen Auswirkungen einer Leistungsänderung oder Leistungserweiterung im Hinblick auf die Berechnung der Nachtragsvergütung wäre auch nicht gerechtfertigt.

### 3. These

„Ist die Folge einer unterlassenen Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers eine Verlängerung oder Verschiebung der Bauzeit, hat der Unternehmer einen Anspruch gegen den Besteller auf zusätzliche Vergütung, es sei denn er hat dem Besteller den Behinderungsgrund und dessen Auswirkungen nicht rechtzeitig angezeigt oder dem Besteller waren diese Umstände nicht offenkundig bekannt. Der Vergütungsanspruch beurteilt sich entsprechend der Nachtragsvergütung nach den durch die Verlängerung oder Verschiebung der Bauzeit verursachten tatsächlich erforderlichen Kosten, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in einer vom Unternehmer hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.“

#### Begründung

Unterlässt der Besteller (schuldhaft oder nicht) Mitwirkungshandlungen, die ihm nach dem Vertrag obliegen und die zur Herstellung der vertrag-

lichen Leistung zu den vereinbarten Ausführungsfristen erforderlich sind, ist es sachgerecht, dass der Besteller kausal dadurch verursachte Mehrkosten zu tragen hat. Ebenso ist es sachgerecht, diesen Anspruch parallel zu dem Anspruch in Folge einer Anordnung des Bestellers als Vergütungsanspruch auszugestalten. Auch im Dienstleistungsvertrag kann der Dienstleister im Falle des Annahmeverzugs gemäß § 615 BGB die vereinbarte Vergütung verlangen. Auch liegt es in der Hand des Bestellers – nicht des Unternehmers – durch die Erbringung der ihm obliegenden Mitwirkungshandlungen eine Bauzeitverzögerung zu vermeiden. Darüber hinaus kann der Besteller Kosten, die ihm durch die zusätzliche Vergütung an den Unternehmer entstehen, im Wege des Regresses von den Baubeteiligten, die die Bauzeitverzögerung zu vertreten haben, erstattet verlangen.

Die Einschränkung des Vergütungsanspruchs auf Fälle, in denen die durch die Unterlassung verursachte Behinderung rechtzeitig angezeigt oder offenkundig war, entspricht der bewährten Regelung in § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B, die im Anschluss an die betreffende Rechtsprechung des BGH auch für den Anspruch aus § 642 BGB Anwendung findet.

Zur Anspruchshöhe: Eine unterschiedliche Behandlung von Auswirkungen einer Leistungsänderung oder Leistungserweiterung und unterlassenen Mitwirkungsobliegenheiten im Hinblick auf die Berechnung eines Zahlungs- bzw. Mehrvergütungsanspruchs des Unternehmers ist sachlich nicht gerechtfertigt und auch nicht praxistauglich. Daher ist auch insoweit die vom 4. DBGT abgeschiedene Methodik für die Berechnung der Anspruchshöhe sachgerecht. Die Argumente, die für diese Methode betreffend die Leistungsänderungen bzw. -erweiterungen beim 4. DBGT angeführt worden sind (siehe ausführlich BauR 2012, 1471 ff.), gelten hier in gleicher Weise.

#### 4. These

„Soweit die Berechnung eines Vergütungsanspruchs des Unternehmers wegen geänderter/zusätzlicher Leistungen bzw. unterlassener Mitwirkungsobliegenheiten auf Basis der widerleglichen Vermutung der hinterlegten Kalkulation erfolgt, bezieht sich die widerlegliche Vermutung bei unternehmensbezogen kalkulierten Zuschlägen auch auf die in der Kalkulation ausgewiesenen Ansätze und Bezugsgrößen (Umsatz, Bauzeit, projektbezogene Festbeträge).“

#### Begründung

Diese Rechtsfolge ist eine Klarstellung und ergibt sich bereits aus der 6. Empfehlung des AKI des 4. DBGT in Verbindung mit den vorstehenden Thesen. Die vorliegende These führt dazu, dass die widerlegliche Vermutung auch für unternehmensbezogen kalkulierten Zuschläge gilt. Anders als z.B. nach der heute herrschenden Meinung wären danach auch unternehmensbezogen umsatzabhängig kalkulierten Baustellengemeinkosten (vgl. etwa die Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen nach KLR Bau) im Rahmen der Nachtragsberechnung als feste Zuschläge fortzuschreiben. Die Möglichkeit des Unternehmers, die Berechnung der Preise des Nachtrags stattdessen auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zu kalkulieren oder die Möglichkeit des Bestellers, eine solche Berechnung nach einer Entkräftung der widerleglichen Vermutung zugunsten der Kalkulation zu verlangen, bleiben hierdurch unberührt.

#### 5. These

„Soweit die Berechnung eines Vergütungsanspruchs des Unternehmers wegen geänderter/zusätzlicher Leistungen bzw. unterlassener Mitwirkungsobliegenheiten nicht auf Basis der Kalkulation, sondern nach den tatsächlich erforderlichen Kosten erfolgt, sind die Mehrkosten zunächst für die Einzelkosten der Teilleistungen sowie die Baustellengemeinkosten zu ermitteln. Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn werden dagegen nach dem Umfang der durch die Änderung/Störung entstandenen Unterdeckung ermittelt.“

Die Unterdeckung ist gemeinsam für alle zusätzlichen Vergütungsansprüche als ein Gesamtbetrag für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn auf Basis des entgangenen Deckungsbeitrags (Differenz zwischen vereinbarter Vergütung und den tatsächlichen Herstellkosten) zu ermitteln. Dem Unternehmer ist der Deckungsbeitrag zu erstatten, der ihm infolge einer Bauzeitverschiebung oder Bauzeitverlängerung als Folge der Leistungsänderung/Zusatzleistung bzw. der Obliegenheitsunterlassung des Bestellers entgeht; der Unternehmer muss sich hierbei einen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen.“

#### Begründung

Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn können der Baustelle nicht verursachungsgerecht zugeordnet werden. Leistungsänderungen und -erweiterungen ändern die tatsächliche Höhe dieser Kosten bzw. Ansätze grundsätzlich ebenso wenig wie Bauzeitverlängerungen. Allgemeine Geschäftskosten entstehen ganz überwiegend zeitabhängig und werden von den Ereignis-



sen auf der Baustelle in aller Regel nicht unmittelbar beeinflusst.

Die heute übliche Kalkulationsmethode, dass Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten umsatzbezogen als prozentualer Zuschlag auf die Herstellkosten aufgeschlagen werden, beruht auch auf einer zeitbezogenen Basis, nämlich einer Prognose von Umsatz zu Herstellkosten für das Folgejahr ausgehend von den entsprechenden Größenordnungen des Vorjahres. Die tatsächlichen Auswirkungen von geänderten/zusätzlichen Leistungen bzw. Obliegenheitsunterlassungen des Bestellers betreffen daher nicht die Kostenfaktoren für die Allgemeinen Geschäftskosten, wohl aber die Erwirtschaftung der Deckungsbeiträge hierfür.

Verlängert sich die Bauzeit infolge von geänderten/zusätzlichen Leistungen bzw. Obliegenheitsunterlassungen, erhält der Unternehmer vielfach die Vergütung und damit die Deckungsbeiträge aus seiner Vertragsleistung teilweise nicht in dem Zeitraum, zu dem dies nach dem ursprünglichen Vertrag der Fall gewesen wäre. Für den ursprünglich vorgesehenen Vertragszeitraum stehen sie daher nicht in der vorgesehenen Höhe zur Deckung der entstandenen Allgemeinen Geschäftskosten zur Verfügung. Nach der vorliegenden These soll dem Unternehmer hierfür ein Ausgleich verschafft werden, sofern er diese Deckungsbeiträge nicht aufgrund der zeitlichen Verschiebung/Verzögerung in anderer Weise erwirtschaften kann.

Da man für die Höhe der entgangenen Deckungsbeiträge bei der vorliegenden Berechnungsmethode gerade nicht auf die Kalkulation abstellen darf, kann man nur auf den insgesamt entgangenen Deckungsbeitrag abstellen (für AGK, Wagnis und Gewinn). Dieser „tatsächlich“ entgangene Deckungsbeitrag lässt sich der Höhe nach ermitteln auf Basis der zeitanteiligen Vergütung, die der Unternehmer nach dem ursprünglichen Vertrag abzüglich der (hypothetischen) tatsächlichen Herstellkosten in der vorgesehenen Bauzeit (oder einem bestimmten Teilzeitraum hiervon) erwirtschaftet hätte, und der tatsächlich innerhalb dieser Zeit erzielten Vergütung abzüglich der tatsächlich angefallenen Herstellkosten. Dieser entgangene Deckungsbeitrag ist dem Unternehmer zu erstatten, soweit er keinen anderweitigen Ausgleich hierfür erhält.

Soweit ausnahmsweise eine Nachtragsleistung erst in der Zeit nach der ursprünglich vorgesehenen Bauzeit ausgeführt wird oder die Nachtragsleistung durch Verstärkung der Ressourcen zeit-

neutral erbracht wird, ist auf den hierdurch entgangenen anderweitigen Erwerb des Unternehmers abzustellen.

Diese These beinhaltet, dass der Unternehmer – bei Berechnung der Nachtragsvergütung auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten – für sog. technische Nachträge ohne bauzeitliche Auswirkung anders als nach der bislang üblichen Methode keine zusätzliche Vergütung durch Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn erhält. Da sich allerdings die meisten Nachtragsleistungen auch auf die Bauzeit auswirken und dadurch die Voraussetzungen für eine Erstattung des zeitanteilig entgangenen Deckungsbeitrags eintreten, würde die hier vorgeschlagene Berechnungsmethode den Unternehmer im Ergebnis nicht benachteiligen. Denn gerade für den häufigen und in der rechtlichen Bewertung heute hochumstrittenen Fall, dass trotz einer prozentualen Bezuschlagung der Nachtragsvergütung für Allgemeine Geschäftskosten kein vollständiger Ausgleich der verzögerungsbedingt entgangenen Deckungsbeiträge erfolgt („unterdeckte AGK“), schafft die vorliegende Methode einen sachgerechten Ausgleich zwischen den Interessen beider Vertragsteile.

Die These lässt zunächst offen, ob dem Unternehmer jeder periodenbezogen entgangene Deckungsbeitrag ausgeglichen wird, oder ob er sich auch solche Deckungsbeiträge anrechnen lassen muss, die er aufgrund der eingetretenen Verzögerung nach Ablauf der vorgesehenen Bauzeit zu einem späteren Zeitpunkt erwirtschaften kann (siehe hierzu die beiden nachfolgenden kontroversen Thesen)

Ein alternativer Erwerb, den der Unternehmer während der Bauzeitverzögerung erzielt, ist zu berücksichtigen. Der anderweitige Erwerb ist im Wege einer Anrechnungspflicht – entsprechend zu § 649 BGB – zu berücksichtigen. Der Anspruch des Unternehmers besteht damit von vornherein als um den anderweitigen Erwerb reduzierter Vergütungsanspruch. Die Vermutungswirkung der Kalkulation bleibt allerdings von dem anderweitigen Erwerb unberührt. Sie erfasst nur die in der Kalkulation berücksichtigungsfähigen Leistungen und damit die für den Hauptvertrag ausgewiesenen Kostenelemente.

### **6. These (Referat Dipl.-Ing. Dr. techn. Ralph Bartsch)**

„Soweit dem Unternehmer infolge einer Bauzeitverschiebung oder Bauzeitverlängerung zeitanteilig entgangene Deckungsbeiträge ausgeglichen werden sollen, muss sich der Unternehmer auch solche Deckungsbeiträge anrechnen lassen, die er

aufgrund der eingetretenen Verzögerung (auch nach Ablauf der vorgesehenen Bauzeit) zu einem späteren Zeitpunkt erwirtschaften kann, wenn und soweit er die zeitlich verzögerte Leistung ohne Auswirkung auf alle sonstigen Aufträge ausführen kann.“

### **Begründung**

Die innerhalb einer Zeitperiode, z.B. innerhalb eines Geschäftsjahres aufgrund von Bauzeitverschiebungen oder -verlängerungen vorübergehend entgangenen Deckungsbeiträge (z.B. zur Deckung der AGK), können häufig in der Folgeperiode erwirtschaftet werden, ohne dass der Unternehmer hierdurch Deckungsbeiträge bei anderen Aufträgen einbüßt. Ob dies möglich ist, hängt von zahlreichen Faktoren ab, so z.B. von der Auslastung des Unternehmens in der Folgeperiode, dem Einsatz von Nachunternehmern und der Möglichkeit, kurzfristig zusätzliche Produktionsmittel aufzustocken.

### **7. Gegenthese (Referat Prof. Dr.-Ing. Andreas Lang)**

„Periodenbezogen (insbesondere innerhalb eines Geschäftsjahres) entgangene Deckungsbeiträge können nicht durch nachgeholte Deckungsbeiträge in der Folgeperiode ausgeglichen werden.“

### **Begründung**

Die gilt insbesondere für Erlöse zur Deckung von Allgemeinen Geschäftskosten (AGK). Ein solcher Ausgleich ist insbesondere nicht möglich, wenn das Bauleitungs- und Bauführungspersonal und/oder das gewerbliche Personal an der gestörten Baustelle gebunden ist/sind. Die zeitvariablen Anteile der AGK fallen auch (in voller Höhe) an, wenn auf der Baustelle keine oder eine verringerte Leistung erbracht wird. Allerdings stehen dann keine oder nur geringere Deckungsbeiträge aus den AGK innerhalb dieser Periode zur Verfügung. Später erwirtschaftete Deckungsbeiträge aus den AGK sind dann kein Ausgleich für die Verluste in der Vorperiode. In der nachlaufenden Periode fallen dann erneut zeitvariable AGK an, die nun durch die verspätet erbrachte Leistung abgedeckt werden

### Arbeitskreis II – Vergaberecht Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

**Prof. Dr. Ralf Leinemann** ist Seniorpartner der auf Vergabe- und Baurecht spezialisierten Sozietät LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mit Standorten in Berlin, Hamburg, Düsseldorf, Frankfurt und Köln und Honorarprofessor an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin. Leinemann berät viele Großprojekte insbesondere im Infrastrukturbereich, meist beginnend mit dem Vergabeverfahren, später dann auch in der baubegleitenden Rechtsberatung (z.B. Offshore Windparks, Betreiber-Modelle bei Bundesautobahnen, Eisenbahnstrecken, Häfen und Flughäfen). Er ist (Mit-)Herausgeber u.a. der Zeitschriften VergabeNews und NZBau. Seine Werke „Die Vergabe öffentlicher Aufträge“, „Die Bezahlung der Bauleistung“ und der von ihm aktuell in 5. Aufl. herausgegebene VOB/B-Kommentar zählen zu den meistverbreiteten Werken im Vergabe- und Baurecht. Prof. Dr. Leinemann ist auch als Schiedsrichter und Schlichter in deutschen und internationalen Schiedsgerichtsverfahren tätig.

#### Stellvertretende Arbeitskreisleiterin

Justiziarin Silvia Koenigsmann-Hölken, Gelsenkirchen

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

#### Referenten

Rechtsanwalt Matthias Goede, München

**Matthias Goede** ist Partner der Sozietät REMBERT.RECHTSWÄLTE Hamburg-München. Er ist seit 1998 als Rechtsanwalt zugelassen und seit 2006 auch Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. Seit 2000 hat er in zahlreichen Nachprüfungsverfahren die Interessen seiner Mandanten vertreten und berät im Vergaberecht. Matthias Goede ist Lehrbeauftragter für Vergaberecht an der Hochschule München (FH), Mitherausgeber des Werkes Goede/Herrmann, Kommentar zur

VOL/B, Autor u.a. des Kapitels „Vergaberecht“ im Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht und ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift „Vergaberecht“.

Lothar Fehn Krestas

**Lothar Fehn Krestas** ist im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) seit etwa einem Jahr Abteilungsleiter baufachliche Dienste. Diese Abteilung umfasst unter anderem die Bereiche Vergabe, Wettbewerbe und Grundsatz. Er hat im BBR bereits zuvor 15 Jahre große Projekte geleitet, unter anderem den Neubau des Bundesnachrichtendienstes und den Wiederaufbau des Neuen Museums. Von der Ausbildung ist er Zimmermann, Dipl. Ing. Architektur und hat das zweite jur. Staatsexamen absolviert.

#### A. Thema des Arbeitskreises

Öffentliche Auftragsvergabe besser machen:

Bedarf und Möglichkeiten vor Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie

#### B. Einführung

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Gemessen an vergaberechtlichen Maßstäben war 2013 ein Jahr mit geringen gesetzgeberischen Aktivitäten. Jenseits einiger Landesvergabegesetze hat sich an den für ganz Deutschland geltenden vergaberechtlichen Vorschriften nur eine kleine Einfügung in die VgV ergeben.<sup>1</sup> Das könnte sich schon 2014, spätestens aber 2015 ändern.

Die EU hat in den vergangenen Jahren an neuen Vergaberichtlinien gearbeitet und die Beratungen in einem aufwendigen Trilog-Verfahren zwischen Parlament, Rat und Kommission im Sommer 2013 abgeschlossen. Wie schon in der Vergangenheit wird auch in den neuen Richtlinien unterschieden zwischen der „klassischen“ Vergaberichtlinie, betreffend die öffentlichen Auftraggeber, sowie einer Sektorenrichtlinie für Auftragsvergaben im Sektorenbereich. Neu hinzugekommen ist eine Konzessionsrichtlinie, mit der nun auch die bislang als vergaberechtsfrei angesehene Dienstleistungskonzession einen gewissen europarechtlichen Rahmen erhält. Für den Deutschen Baugerichtstag steht die klassische Vergaberichtlinie<sup>2</sup> im

<sup>1</sup> Berücksichtigung von Eignungsmerkmalen bei der Wertung im Rahmen von Dienstleistungsaufträgen i.S. des § 4 Abs. 1 Nr. 2 VgV und bei freiberuflichen Leistungen nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 VgV mit bis zu 25 % Wichtung.

<sup>2</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur öffentlichen Auftragsvergabe

Vordergrund, da hiervon die überwältigende Mehrheit der Bauvergaben in Deutschland erfasst wird.<sup>3</sup>

Die Anfang 2014 in Kraft getretenen Richtlinien lösen einen gewissen Änderungsbedarf an der bestehenden VOB/A aus, insbesondere aber sind Änderungswünsche der mit diesen Rechtsgrundlagen arbeitenden öffentlichen Auftraggeber sowie der Bieterseite zu erwarten. Nach einer rund 15-jährigen Anwendungsperiode mit dem umgesetzten EU-Vergaberecht sind Modifizierungswünsche zur VOB/A infolge der neuen Richtlinien weniger von ideologisch-grundsätzlichen, als von pragmatischen Erwägungen geprägt. Auch auf der Ebene der EU hat es sich herumgesprochen, dass einzelne Regelungen der alten Richtlinien praxisfern waren oder sich die Praxis inzwischen so weiterentwickelt hat, dass es besserer, anderer oder differenzierterer Regelungen bedarf. In diesem Sinne bieten die neuen EU-Rechtsgrundlagen einige Möglichkeiten an, mit denen die in der Praxis aufgetretenen Schwierigkeiten in einzelnen Bereichen des Vergaberechts vielleicht nicht völlig behoben werden können, mindestens aber besser zu handhaben sein werden.<sup>4</sup>

Der 5. Deutsche Baugerichtstag hat damit allen Anlass zur Beschäftigung mit der Frage, wie insbesondere die VOB/A vor dem Hintergrund der neuen EU-Vergaberichtlinie verändert bzw. modernisiert werden sollte. Der Arbeitskreis Vergaberecht hat zwei erfahrene Vergabepraktiker eingeladen, mit ihren Referaten und Thesen kritische Erscheinungen bei Bauvergaben aufzuzeigen und Hinweise zu Lösungsvorschlägen zu geben. Vom Berliner Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) wird Herr Fehn Krestas, Leiter des Referats baufachliche Dienste, die Sicht des öffentlichen Auftraggebers darlegen. Rechtsanwalt Matthias Goede, München, befasst sich mit dem Reformbedarf aus Bietersicht. Beide Referenten haben langjährige Erfahrungen mit Bauprojekten sowohl auf der vergaberechtlichen Seite wie im Rahmen der vertraglichen Umsetzung. Damit ist auch sichergestellt, dass die Brücke von der Vergabe bzw. dem Vergabeverfahren und seinen Vorgaben hin zum Vertrag und den vertraglichen Konsequenzen geschlagen werden

kann. Die Betonung des Wettbewerbs und der Klarheit der Wettbewerbsregelungen ist beiden Referenten gemein, wobei jedoch durchaus unterschiedliche Ausformungen zur Diskussion gestellt werden. Die oft nur als mittelstandspolitische Maßnahme verstandene Vorgabe zur Teil- und Fachlosvergabe hat – worauf Fehn Krestas besonders hinweist – für den Auftraggeber auch eine erfreuliche wettbewerbliche Seite, indem sie nämlich oftmals eine größere Anzahl von Bietern in den Wettbewerb bringt und so auch attraktive Preise ermöglicht. Auch Goede weist auf den wettbewerblichen Aspekt hin, wenn er bei „einfacheren“ Bauleistungen fordert, dass allen Unkenrufen zum Trotz eine Vergabeentscheidung ganz oder größtenteils anhand des Preiskriteriums wünschenswert erscheint.

Die neue „Innovationspartnerschaft“ der EU-Richtlinie dürfte hingegen im Bereich der Bauvergabe nicht reüssieren; im Gegenteil steht zu befürchten, dass wie schon beim wettbewerblichen Dialog auch die Innovationspartnerschaft die Wettbewerbssituation eher faktisch beschränkt, weil nur noch große Konzerne in der Lage sind, derart komplexe Verfahren mit der erforderlichen Finanzkraft und dem hohen Personalaufwand zu begleiten. Immer kompliziertere Vergabeverfahren führen eben nicht zu besseren Resultaten.

Die Referenten werfen in ihren Thesen auch weitere Aspekte der Handhabbarkeit von Vergabeverfahren auf, wie etwa ausreichend lange Angebotsfristen, Beschränkungen der Möglichkeiten zur Zurücksetzung von Vergabeverfahren und zur Durchführung von Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung. Überlegenswert erscheint auch der Ansatz zur Erleichterung der Neuvergabe nach Kündigung bzw. Insolvenz eines Bieters, wengleich hier EU-Recht sorgfältig zu beachten ist. Interessant ist auch der von Goede vertretene Ansatz, dass spekulativ auffällige Preise jedenfalls dann, wenn sie in Vergabeverfahren überprüft und für nicht beanstandungsfähig befunden wurden, auch bei der späteren Vertragsumsetzung nicht mehr ausgehebelt werden können. Es wird über das Dilemma der dogmatisch nicht stimmigen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH im Hinblick auf spekulative Einheitspreise zu diskutieren sein.<sup>5</sup> Der hier entstandene Wertungswiderspruch zwischen vergaberechtlich nicht zu beanstandenden Einheitspreisen und einer konstruierten Vermutung einer verwerflichen Gesinnung eines Bieters bei der Gestaltung überhöhter (auch

12.07.2013, 11745/13 (in interinstitutionelles Dossier: 2011/0438 (COD)).

<sup>3</sup> Daneben finden Bauvergaben noch auf Basis der SektVO statt und im Bereich Verteidigung und Sicherheit nach der VS-VOB/A mit Ergänzungen durch die VSVgV.

<sup>4</sup> Kurzvorstellung der Änderungen bei Leinemann/Dose, VergabeNews 2013, 98 ff.

<sup>5</sup> BGH, Urteil v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06 – und Beschluss v. 14.03.2013 – VII ZR 166/12 –.

untersetzter?) Preise in seinem Angebot kann auf die Dauer kaum Bestand haben.

Die EU-Vergaberichtlinie erweitert darüber hinaus in ihrem Art. 11 die Möglichkeiten zur vergaberechtsfreien Vergabe von Aufträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern („interkommunale Kooperation“). Die elektronische Vergabe – bislang im Bauwesen nur wenig verbreitet – soll künftig regelmäßig durchzuführen sein. Im Bereich der Eignungskriterien wird nach Art. 56 Nr. 3 Abs. 2 bei der finanziellen Leistungsfähigkeit eines Bieters höchstens das Doppelte des geschätzten Auftragswerts gefordert werden können. Damit soll auch hier eine Begünstigung sehr großer Bieter-Unternehmen verhindert werden.

Die unselige Thematik, ob Nebenangebote bei einer reinen Preiswertung zulässig sind,<sup>6</sup> wird durch die neue Richtlinie erledigt. Nach Art. 43 der RL sind Varianten (= Nebenangebote) nicht mehr auf solche Fälle beschränkt, wo das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt wird, sondern auch dort zulässig, wo allein das billigste Angebot den Wettbewerb entscheidet. Erweiterte Möglichkeiten zur Berücksichtigung insbesondere der Lebenszykluskosten bieten die neuen Regelungen zur Angebotswertung nach Art. 67 der RL. Zahlreiche andere Modifikationen im Detail werden bis zum Mai 2014 zweifellos in der Fachliteratur noch näher erläutert werden und können ebenfalls als Grundlage für die Diskussionen auf dem Baugerichtstag dienen.

Wenn es um eine Reform des Vergaberechts geht, wird man auch über Entwicklungen in der Rechtsprechung reflektieren müssen. Nicht alle Entscheidungen der Vergabesenate vermögen inhaltlich zu überzeugen. Zudem sind aus Sicht der Vergabepaxis nicht alle materiell richtigen Entscheidungen im Ergebnis auch wünschenswert. In diesem Zusammenhang mag die Frage aufgeworfen werden, ob die grundsätzliche Zulassung von zwei Hauptangeboten<sup>7</sup> überhaupt sinnvoll ist und nicht gegebenenfalls durch die VOB/A untersagt werden sollte. Nachdenkenswert erscheint auch die von der Rechtsprechung bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Vergabenachprüfungsverfahren gewährte Möglichkeit, die Vergabedokumentation – gerade auch, wenn sie bislang unzu-

reichend war – nachträglich zu ergänzen oder durch den Vortrag im Nachprüfungsverfahren als ergänzt anzusehen.<sup>8</sup> Zu erörtern ist auch, ob der Preis bei der Auftragswertung ein gewisses „Mindestgewicht“ haben sollte (z.B. 50 %) und ob weitere Wertungskriterien im Rahmen einer Matrix zur Sicherung der Wertungstransparenz ebenfalls mit einem Mindestgewicht von z.B. mindestens 5 % oder 10 % pro Kriterium ausgestattet sein müssen.<sup>9</sup> Schließlich könnte noch daran gedacht werden, in der VOB/A klarzustellen, dass nach der Feststellung der Erfüllung der Mindestanforderungen für Nebenangebote diese auch noch auf Gleichwertigkeit hin überprüft werden.<sup>10</sup> Im Vergabenachprüfungsverfahren bleiben die exorbitant hohen Gerichtsgebühren insbesondere für einen Beschluss nach § 118 GWB ein Ärgernis. Auch die Tätigkeit der Vergabekammern erscheint überbezahlt.

Diese nur exemplarisch genannten Themen belegen, dass mittlerweile die regional wenig abgestimmte Rechtsprechung der Vergabesenate teilweise auch überprüfungs- und korrekturbedürftig ist. Im Vergaberecht sollte eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsordnung verstärkt in den Fokus rücken, nachdem schon die Landesvergabegesetze für eine unerfreuliche Rechtszersplitterung sorgen, die vielleicht mit einem bundesweiten Mindestlohn wieder vergehen wird. Inzwischen gibt es eine Reihe von Rechtsfragen, bei denen eine unterschiedliche Beantwortung je nachdem zu erwarten ist, in welchem Bundesland der Fall spielt und welcher Vergabesenat dafür zuständig ist. Die Bereitschaft zur Vorlage an den BGH nach § 124 Abs. 2 BGB ist bei den Vergabesenaten eher gering ausgeprägt. Dem Antragsteller nutzt die Vorlage im Ergebnis auch meist nichts, weil die Vorlage oft zu einer Vorabgestattung des Zuschlags führt und damit seinen Primärrechtsschutz negativ erledigt.

Die für den Arbeitskreis II des Deutschen Baugerichtstags 2014 entwickelten Thesen verstehen sich als erster Anstoß für eine im Rahmen der Konferenz zu erwartende, intensive Diskussion um den Reformbedarf des Bauvergaberechts.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, 23.03.2011 – VII Verg 63/10 –; OLG Jena, Beschluss v. 21.09.2009 – 9 Verg 7/09 –.

<sup>9</sup> Erwägungen dazu bei OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.05.2012 – VII-Verg 3/12 –.

<sup>10</sup> Einige halten eine allgemeine Gleichwertigkeitsprüfung für unzulässig, mindestens aber überflüssig, wenn feststeht, dass die Mindestanforderungen erfüllt sind, Kapellmann/Messerschmidt-Frister, § 16 VOB/A Rdnr. 161. Anders OLG Brandenburg, Beschluss v. 17.06.2011 – Verg W 16/10 –; OLG Frankfurt, Beschluss v. 26.06.2012 – 11 Verg 12/11 –.

<sup>6</sup> Dagegen OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.10.2010 – VII-Verg 39/10 –; krit. BGH, Beschluss v. 23.1.2013 – X ZB 8/11 –.

<sup>7</sup> Z.B. durch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.03.2011 – VII-Verg 52/10 – und OLG Düsseldorf, Beschluss v. 01.10.2012 – Verg 3 –; etwas vorsichtiger OLG München, Beschluss v. 29.10.2013 – Verg 11/13 –.

Vielleicht ergeben sich im Verlauf von Diskussion und Abstimmung noch eine ganze Reihe anderer Thesen, so dass für einen spannenden Verlauf gesorgt sein dürfte.

### C. Thesen

#### I. Thesen von Lothar Fehn Krestas

Vergaberecht soll hier aus dem Blickwinkel eines Projektmanagers für öffentliche Bauprojekte betrachtet werden. Was sollte das Vergaberecht zur erfolgreichen Durchführung von Bauprojekten beitragen?

Vergaberecht ist die Spielregel für einen Teilprozess im Rahmen des Gesamtablaufs von Bauprojekten. Chancen und Risiken, Erfolg oder Misserfolg von Vergaben wirken weit über diesen Teilschritt hinaus. Sie können den Gesamterfolg von Bauprojekten mitbestimmen. Die formalen Vergabeprozesse selbst nehmen dabei einen überschaubaren Zeitraum ein.

Was muss Vergaberecht für Bauprojekte also leisten, was ist aber auch darüber hinaus anzustreben?

#### 1. These – Wettbewerb ist erwünscht

Durch die Vergabeverfahren sollen zur Realisierung von Bauprojekten leistungsfähige Unternehmer zu einem angemessenen Preis gefunden werden. Nachhaltig ist dies nur in einem echten Wettbewerb möglich. Echten Wettbewerb wird es nur dann geben, wenn für die ausgeschriebenen Leistungen ein Markt vorhanden ist.

Welche Erwägungen müssen insbesondere bei Großprojekten auf der Auftraggeberseite angestellt werden, damit für eine Ausschreibung mit einem Markt gerechnet werden kann?

Zur Sicherung von Wettbewerben sind Auftragspakete so zu dimensionieren, dass in ausreichender Anzahl (mindestens 6, besser 10) Bieter bekannt sind, die den Auftrag baufachlich und wirtschaftlich bewältigen können. Es müssen deshalb frühzeitig Konzepte zur Bildung von Vergabepaketen erstellt werden. Diese müssen aus der Analyse der konkreten Bauaufgabe und des Marktes für die zu vergebenden Leistungen entwickelt werden. Immer wieder vorgetragene allgemeine Argumentationen zum Koordinierungsaufwand, zu Gewährleistungsschnittstellen und auch zur Begrenzung der Vergabeverfahrensrisiken (durch lediglich eine GU-Vergabe) greifen ohne Analyse der jeweiligen Bauaufgabe deutlich zu kurz. Selbstverständlich muss hier – nebenbei gesagt –

auch die entsprechende Organisation auf der Bauherrenseite reflektiert werden.

Exemplarisch ein paar Schlaglichter zu sehr großen Bauvorhaben:

Nur wenige Baufirmen sind auf die Koordination von sehr großen und komplexen Aufträgen eingerichtet. Die Gewerke sind hier sehr unterschiedlich aufgestellt. Neben den fachlichen Kompetenzen spielt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eine nicht zu unterschätzende Rolle, denn die Bauleistung muss zunächst vorfinanziert werden.

Jedenfalls treffen Vergabeverfahren zu Leistungsvolumen im deutlich dreistelligen Millionenbereich sehr schnell nicht mehr auf einen ausreichend besetzten Markt. Bei vielen Gewerken zum Beispiel des Ausbaus und der Gebäudehülle ist das bereits bei Vergaben im zweistelligen Millionenbereich der Fall.

Teilleistungen, die nur ganz wenige Nachunternehmer erbringen können oder geforderte Materialien die nur sehr wenige liefern können führen zusätzlich zu einer Verengung des Marktes. Solche Leistungen sind, wenn sie nicht gänzlich vermieden werden können, von größeren Leistungspaketen zu trennen, damit der dort mangelnde Wettbewerb nicht auf die Gesamtleistung ausstrahlt. Es ist dringend anzuraten, zumindest bei derart großen Projekten angemessene Teil- und Fachlose zu bilden. Denn ohnehin werden häufig nur sehr wenige, manchmal auch gar keine Angebote eingereicht.

Voraussetzung für echten Wettbewerb sind selbstverständlich geordnete Vergabeverfahren. Diese sind Interesse des öffentlichen Auftraggebers, denn sie sichern das Vertrauen der Bieter in ein diskriminierungsfreies Verfahren und wirken präventiv gegen Korruption.

Die Sicherung des Wettbewerbs setzt darüber hinaus auf der Seite des Auftraggebers erhebliche Kenntnisse des Marktes für die jeweilige zu vergebende Leistung voraus. Erforderlich sind auch bei öffentlichen Bauvorhaben starke und kompetente Bauherren. Diese muss man sich dann auch leisten. Änderungen des Vergaberechts an sich führen hier nicht wirklich weiter.

#### 2. These – Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit

Ein Auftraggeber, der nicht nur einmalig entsprechende Leistungen vergibt, hat ein über den Einzelauftrag hinaus reichendes Interesse an einem breiten, nachhaltig qualifizierten Bieterfeld.

Unabhängig von Erwägungen zur Gestaltung von Vergabepaketten ist zu beobachten, dass die Zahl der Marktteilnehmer bei öffentlichen Vergaben abnimmt. Das mag an der guten Lage der Baukonjunktur liegen oder an der Ausdünnung des Feldes in den schlechten Jahren. Dieser Trend ist jedoch über die Konjunkturzyklen hinaus zu beobachten. Erhebliche Teile der Bauwirtschaft beteiligen sich an öffentlichen Ausschreibungen nicht mehr. Zu fragen ist, ob die rechtliche Gestaltung des Vergabeverfahrens hier eine signifikante Rolle spielt.

Hierzu einige Überlegungen:

Der Preis wird in der Vergabepaxis fast durchgängig als einziges Auswahlkriterium gewertet. Die erforderliche Qualität sollte durch eine detaillierte Leistungsbeschreibung vorgegeben sein und folglich nicht dem Wettbewerb zu unterstehen.

Die hinreichende Eignung wurde zuvor in der Eignungsprüfung festgestellt. Dies erfolgt im Wesentlichen abgestützt auf die Eigenerklärungen und Nachweise gem. VOB und VHB. Unter den an sich hinreichend geeigneten Bietern wird dann nach dem Preis ausgewählt.

Vielfach in den Projekten angestellte Erwägungen zu anderen Wertungskriterien werden insbesondere aus Sorge vor Verfahrensrisiken nicht weiter verfolgt. Dadurch erreicht zum Beispiel das BBR, dass jüngst nur in ganz wenigen Einzelfällen erfolgreich gegen Vergaben des Hauses Beschwerde eingelegt werden konnte. Die Projekte reduzieren dadurch maßgeblich die schwer kalkulierbaren Risiken im Vergabeverfahren.

In der weiteren Auftragsabwicklung wird allerdings darauf gesetzt, dass der billigste Bieter nicht nur gerade hinreichend fachkundig und leistungsfähig ist. Das erzeugt dann – scheinbar unabhängig vom Vergabeverfahren – nur sehr schwer fassbare neue Risiken.

Interesse des öffentlichen Auftraggebers ist selbstverständlich nicht alleine der billigste Preis, sondern das im umfassenden Sinne wirtschaftlichste Angebot. Die Bauabwicklungspraxis zeigt, dass besonders günstige Preise häufig mit Konflikten in der Abwicklung – häufig in ganz wörtlichem Sinne – bezahlt werden. Sei es aufgrund von mangelnder Leistungsfähigkeit oder mangelndem Leistungswillen. Immer häufiger ist das Geschäftsgebaren der Auftragnehmer nicht primär auf die rationelle Erbringung einer angemessenen Leistung, sondern auf die minimale Leistungserbringung und Erlangung von Zusatzvergütungen ausgerichtet.

Ist das nicht angesichts der Anreizsysteme des Vergabeverfahrens schlicht ein rationales Handeln? Die *besonders gute* Referenz spielt jedenfalls in der beschriebenen Vergabepaxis kaum eine Rolle. Referenzen gelten im Gegenteil als subjektiv geprägt und sind sicherlich rechtlich nur sehr schwer objektivierbar. Warum sollten Marktteilnehmer auf gute Referenzen achten, wenn hinreichende ausreichen, da es ein besser oder schlechter geeignet nicht gibt? Es ist davon auszugehen, dass diese Entwicklung letztlich auch nicht dem Interesse der Bauwirtschaft entspricht.

Im einzelnen Vergabeverfahren überwiegt immer wieder das Interesse des Projekts an einem risikoarmen Verfahren.

Es gab in den letzten Jahren viele Diskussionen und Versuche zu grundlegend anderen Modellen, wie Partnering, Guaranteed Maximum Price und so weiter. Noch nicht ausreichend ausgelotet ist der naheliegende Weg, im bestehenden Rechtsrahmen der Referenz wieder einen stärkeren Platz einzuräumen.

Konkret sollte es möglich sein, besonders gute Referenzen eines Bieters im Rahmen der Angebotswertung zu berücksichtigen.

Vielfach wird vorgetragen, die Menge und Komplexität der einzureichenden Unterlagen sei gerade für mittelständische Unternehmen ein Hemmnis, sich an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen.

Zunächst ist da sicher auf das immer noch zu wenig genutzte Instrument der Präqualifikation zu verweisen. Erwägenswert ist auch der Vorschlag, auf die Aufgliederung der Einheitspreise zu verzichten und im Gegenzug von den Bietern der engeren Wahl die Vorlage der Urkalkulation vor Zuschlagserteilung zu verlangen. Dadurch könnte die Auskömmlichkeit von Angeboten belastbarer geprüft werden. Dieser Aufwand könnte auf wenige Bieter beschränkt werden. Zusätzlich wäre sichergestellt, dass im Streitfall zu Nachträgen tatsächlich eine Urkalkulation verfügbar ist, die den Namen verdient.

### 3. These – Störungen im Projektablauf

Viele Bauprojekte drohen durch gestörte Bauabläufe unsteuerbar zu werden. Wirtschaftlichkeit heißt in solchen Fällen Begrenzung der Risiken für die öffentliche Hand. Das Vergaberecht sollte dem in solchen Fällen Rechnung tragen.

Ziel und Aufgabe einer jeden qualifizierten Projektleitung ist es, Projektstörungen jedweder Art

zu vermeiden. Neben den geplanten Abläufen gibt es aber leider bei komplexen Bauprojekten letztendlich unvermeidlich auch immer wieder gestörte Bauprozesse.

Es reicht nicht aus, dies zu beklagen und Schuldige zu suchen. Hier sollen auch nicht der Aspekt der daraus erwachsenden Vergütungsfolgen weiter beleuchtet oder die möglichen Verursachungen von Projektänderungen über Planungsfehler, Schlechtleistungen von Baufirmen bis zu Insolvenzen weiter durchdekliniert werden. In der Regel handelt es sich um kaum entwirrbare Gemengelagen.

In solchen Änderungssituationen ist es manchmal auch unvermeidlich, neue Auftragnehmer zu suchen. In der dann auf der Auftraggeberseite zu leistenden nüchternen Abwägung spielt der Weg bis zur Übernahme durch einen neuen Auftragnehmer eine große Rolle. Sind dann erst langwierige und wiederum risikoreiche Vergabeverfahren durchzuführen, stellt sich leicht die Frage, ob es nicht wirtschaftlicher ist, beispielsweise Schlechtleistungen hinzunehmen. Denn die Verkettung der Leistungen verschiedener Auftragnehmer führt dazu, dass ein einmal gestörter Bauablauf nur äußerst schwer und damit kostenträchtig wieder auf einen klaren Kurs gebracht werden kann. Schäden sind justitiabel nur begrenzt Verursachern zuzuordnen. Ihrer Machtposition sind sich Firmen häufig sehr wohl bewusst und schlagen daraus Vorteile.

Im Fall von erheblichen Projektstörungen sind Vergaben in eine hochkomplexe Gesamtsituation einzupassen. Chancen und Risiken messen sich aus Projektsicht in Kosten, Terminen und Qualitäten.

Sicherlich kann auf diese höchst unterschiedlichen Situationen nicht leicht mit schließlich allgemein gültigen Rechtsnormen reagiert werden. Gelegentlich eröffnet eine eingehende Analyse der erforderlichen Planungs- und Bauvorbereitungsschritte auch den Weg zu klassischen Vergabeverfahren.

Es ist jedoch sehr schwer verständlich, warum nicht im Fall einer Insolvenz oder Kündigung wegen Schlechtleistung ein zuvor für dieses Leistungspaket Zweit- oder Drittbietender im Verhandlungsweg gebunden werden kann, auch wenn dann naturgemäß bereits Teile der Leistung erbracht sind oder zusätzliche hinzukommen.

Konkret sollte die Möglichkeit eröffnet werden, in solchen Fällen einen der Nächstbietenden über ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbe-

werb zu binden. In diesem Zweitvergabeverfahren sollten neben dem Preis insbesondere Beschleunigungsmöglichkeiten im weiteren Bauablauf bis zur Fertigstellung ein erhebliches Wertungsgewicht zugemessen werden können.

Eine solche Regelung würde in vielen Fällen schadensbegrenzend wirken können. Hohe Hürden für eine Folgevergabe wirken hier in der Praxis als Schutz für schlecht Leistende.

#### 4. Fazit

Das Angesprochene betrifft in weiten Teilen nicht nur die Rechtslage, sondern auch die Anwendungspraxis. Bislang wird auf der Seite der öffentlichen Auftraggeber im Zweifel der sicherere Weg gewählt, zum Beispiel, in dem der Preis als einziges Wertungskriterium festgelegt wird. Dies schneidet ganz nebenbei derzeit der Wertung von Nebenangeboten den Weg ab. Die weitere Entwicklung der EU-Richtlinien zum Vergaberecht soll hier dem Vernehmen nach Abhilfe schaffen.

Die insgesamt gewonnene Rechts- und Verfahrenssicherheit stellt an sich einen erheblichen Wert dar. So ist für die Projekte und offenbar auch für die Bieter klar, dass die konservativ gestalteten Vergabeverfahren nicht erfolgreich anfechtbar sind. Entsprechend ist die Zahl der Rügen und Beschwerden deutlich zurückgegangen. Für die Projekte führt das vergleichsweise rechtssicher zu einem Auftragnehmer und für das BBR insgesamt zu einer sehr respektablen Bilanz in den verbliebenen Nachprüfverfahren.

Mittelfristig dürften sich vorsichtig auf eine umfassende Leistungserbringung hin kalkulierende Unternehmen am Markt immer schwerer behaupten können. Das wäre ein Auslesemechanismus, der weder im Interesse der Auftraggeber, noch der seriösen Auftragnehmer ist.

Die weitere Entwicklung des Vergaberechts muss diese Fehlanreize im Auge behalten. Gefragt sind nicht unweigerlich mit neuen Rechtsunsicherheiten verbundene Umwälzungen des Systems, sondern Anpassungen an den relevanten Stellschrauben.

## II. Thesen von Rechtsanwalt Matthias Goede

### 1. These

Im Rahmen der Leistungsbeschreibung sind kalkulationserhebliche Angaben in ein Rangverhältnis zu stellen, welches im Zuschlagsfall Bestandteil des Vertrages wird.



Die Leistungsbeschreibung ist das Kernstück des Vergabeverfahrens. Mit ihr wird das eigentliche Ziel des Vergabeverfahrens, die zu beschaffende Leistung, konkretisiert. Zudem stellt die Leistungsbeschreibung mit den übrigen Vertragsunterlagen auch das Herzstück in vertragsrechtlicher Hinsicht dar, für die Bestimmung des Leistungs-Solls. Während § 7 VOB/A mit Verweis auf die in den 0-Abschnitten der DIN 18299 ff. gemachten Hinweise und seinen weiteren Regelungen ein Rangverhältnis der Angaben in Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis, Plänen und Gutachten vorgibt (vgl. insb. § 7 Abs. 10 VOB/A), zeigt sich nach Vertragsschluss ein anderes Bild. Bei der Auslegung des Leistungs-Solls wird von den Zivilgerichten eine Gleichrangigkeit aller Unterlagen angenommen und auf die Gesamtheit der Vertragsunterlagen abgestellt.<sup>11</sup> Die dadurch bedingten Streitigkeiten<sup>12</sup> ließen sich vermeiden, wenn die aus Gutachten, Planungen, Studien etc. erstellte und damit die dortigen Angaben interpretierende und konkretisierende Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis vorrangigen Charakter hätten. Daher wäre eine Klarstellung, dass der in § 7 VOB/A angelegte Vorrang der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses gegenüber den übrigen (nachrangigen) Unterlagen auch nach Zuschlagserteilung gilt, zur Streitvermeidung dienlich.

### 2. These

Die Prüfung der Preise im Vergabeverfahren kann nach Vertragsschluss nicht mehr geändert werden. In baurechtlicher Hinsicht sind die Ergebnisse des vorgeschalteten Vergabeverfahrens zu akzeptieren.

Im Rahmen des Vergabeverfahrens ist der Auftraggeber verpflichtet, eine Preisprüfung vorzunehmen (§ 16 Abs. 3-5 und Abs. 6 Nr. 1, 2 VOB/A; Art. 55 VKR bzw. Art. 69 des Entwurfes der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (= RL-E)). Die Prüfung der Preise im Vergabeverfahren ist nicht auf den Gesamtpreis beschränkt. Vielmehr ist der Auftraggeber auch verpflichtet Einzelpreise zu prüfen.<sup>13</sup> Kommt der

Auftraggeber zu dem Ergebnis, dass die Preisbildung zutreffend ist und ein Angebot zuschlagfähig, muss er sich an diesem Befund auch nach Zuschlagserteilung festhalten lassen. Raum für eine neue Preisprüfung im Rahmen der Bauabwicklung besteht nicht, da der Vertrag mit den angebotenen Preisen geschlossen ist. Die baurechtliche Rechtsprechung,<sup>14</sup> die die geprüfte Preisbildung nachträglich wegen erkennbarer Fehler in den Vergabeunterlagen mit dem Vorwurf eines verwerflichen Gewinnstrebens korrigiert, wenn das nicht näher definierte x-fache eines vermeintlich richtigen Preises überschritten wird, ist daher abzulehnen. Der Auftraggeber ist Verfasser des Leistungsbeschreibers und hat die Preisbildung des Auftragnehmers geprüft. Er ist über die Regelungen in § 2 VOB/B hinaus nicht schutzwürdig, wenn sich nach Zuschlagserteilung Änderungen ergeben, bei denen sich die geprüfte Preisbildung zu seinem Nachteil auswirkt. Es besteht kein Verbot, Unklarheiten der Vergabeunterlagen zum eigenen Vorteil auszunutzen.<sup>15</sup>

### 3. These

Bei Vergaben für regelmäßig wiederkehrende Bauleistungen bzw. einfache Vorhaben würde eine Beschränkung auf kostenrelevante Zuschlagskriterien Vergabeverfahren vereinfachen.

Häufig ist zu hören, dass die Fokussierung des Zuschlags auf das preislich attraktivste Angebot keine wirtschaftliche Beschaffung sei. Daher müssten für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes auch andere Kriterien<sup>16</sup> Berücksichtigung finden. Für komplexe Bauvorhaben ist diese Forderung sicher zutreffend. Bei gängigen „Gebrauchsbauten“, wie einer Straße, einem Verwaltungsgebäude, einer Feuerwache etc.,<sup>17</sup> die mittels Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis beschrieben sind, ist die Berücksichtigung anderer als preislich relevanter Zuschlagskriterien künstlich. Raum für voneinander abweichende Angebote, die andere Zuschlagskriterien ermöglichen, existiert praktisch nicht. Daher sollte in der VOB/A eine die Wertung erleichternde Beschränkung der Zuschlagskriterien auf kostenrelevante Aspekte (Preis, Betriebs-, Wartungs- und Folge-

<sup>11</sup> Vgl. z.B. BGH, Urteil v. 05.12.2002 – VII ZR 342/01 –; Urteil v. 11.03.1999 – VII ZR 179/98 –.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. OLG Naumburg, Urteil v. 22.02.2013 – 12 U 120/12 – (nicht rechtskräftig); OLG Dresden, Urteil v. 20.03.2012 – 5 U 765/11, 5 U 0765/11 –; BGH, Urteil v. 20.08.2009 – VII ZR 205/07 –.

<sup>13</sup> OLG Celle, Beschluss v. 30.09.2010 – 13 Verg 10/10 –; BayObLG, Beschluss v. 18.09.2003 – Verg 12/03 –; Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, VOB, 13. Aufl. Wiesbaden 2013, § 16 EG Rdnr. 128 zum Prüfungsumfang; in der Praxis erfolgt die Preisprüfung auch sehr detailliert, wie das Formblatt Aufgliederung der Einheitspreis (EFB223) im Vergabehandbuches des Bundes schon zeigt.

<sup>14</sup> Z.B. BGH, Urteil v. 14.03.2013 – VII ZR 116/12 –; Urteil v. 07.03.2013 – VII ZR 68/10 –; BGH Beschluss v. 25.03.2010 – VII ZR 160/09 –; OLG Hamm, Urteil v. 13.03.2013 – 12 U 74/12 –; OLG München, Urteil v. 20.07.2010 – 13 U 4489/08 –.

<sup>15</sup> OLG München, Beschluss v. 04.04.2013 – Verg 4/13 –.

<sup>16</sup> Wie technischer Wert, Umwelteigenschaften etc.

<sup>17</sup> Damit sind regelmäßig wiederkehrende Bauleistungen im Sinne einfacher und durchschnittlicher Vorhaben (Objekte mit Planungsanforderungen entspr. den Honorarzonen I-III, § 5 Abs. 1 HOAI) gemeint.

kosten etc.) für „Gebrauchsbauten“ erfolgen. Art. 66 Abs. 3 RL-E ermöglicht eine derartige Differenzierung auch ausdrücklich.

#### 4. These

Die Kürze der Angebotsfristen korrespondiert regelmäßig nicht mit dem Bearbeitungsaufwand bei den Unternehmen und verhindert bessere Angebote. Daher ist eine Klarstellung erforderlich, dass die Mindestfristen nur im Ausnahmefall gelten.

Gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EG beträgt die Angebotsfrist beim offenen Verfahren mindestens 52 Kalendertage und beim nicht offenen Verfahren mindesten 40 Kalendertage (§ 10 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A). Die Fristen können unter bestimmten Voraussetzungen auch noch verkürzt werden. Bei größeren Vorhaben und damit praktisch allen Oberschwellenvergaben ist der Umfang der Vergabeunterlagen regelmäßig gewaltig. Gut durchdachte und kalkulierte Angebote sind in einem Zeitfenster von bestenfalls sechs Wochen nur von einem Teil der geeigneten Unternehmer erstellbar. Dies führt nicht nur zu einer Verengung des Wettbewerbs, sondern häufig genug zu Streitigkeiten bei der Durchführung über den (nicht durchdachten oder hinterfragten) Vertragsinhalt. Daher ist die Mindestfrist aus der Vergabekoordinierungsrichtlinie<sup>18</sup>, die für alle Vergaben, d.h. auch Liefer- und Dienstleistungsvergaben, gedacht war, für den Baubereich unpassend. Die Angebotsbearbeitungsfrist sollte vielmehr ausreichend bemessen werden, wobei die Länge der reinen Bauzeit und das Auftragsvolumen als Indikatoren dienen könnten. Die Mindestfrist soll nur im begründeten Ausnahmefall Anwendung finden.

#### 5. These

Die Rückversetzung eines Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe ist kein milderes Mittel gegenüber der Aufhebung eines Vergabeverfahrens, sondern führt zur Wettbewerbsverzerrung.

In der Rechtsprechung ist in jüngerer Zeit eine Tendenz zur Rückversetzung von Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe an Stelle der Aufhebung zu erkennen.<sup>19</sup> Dies führt bei Bau-

vergaben regelmäßig zum ruinösen Preiswettbewerb, da nach Submission die Bieterreihenfolge bekannt ist. Die Versuchung, durch erhebliche Preisnachlässe doch noch an den Auftrag zu gelangen, ist relativ groß, die „zweite Runde“ daher nur noch ein Scheinwettbewerb. Gebieten Fehler in der Leistungsbeschreibung oder andere Fehler im Vergabeverfahren eine Überarbeitung der Vergabeunterlagen und die Abgabe neuer Angebote, ist die Ausschreibung aufzuheben. Nur so wird ein echter Wettbewerb sichergestellt, zumal nicht auszuschließen ist, dass potentielle Bieter auch aufgrund des Vergabefehlers im rückversetzten Verfahren kein Angebot abgeben konnten oder wollten.

#### 6. These

Die Möglichkeiten, nach der Aufhebung ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit dem identischen Bieterkreis durchzuführen, sind europarechtskonform klarer neu zu regeln und der Ablauf des Verhandlungsverfahrens näher zu definieren.

Gem. § 3 Abs. 5 Nr. 1 VOB/A-EG ist der Auftraggeber berechtigt, ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, wenn in einem vorangegangenen Vergabeverfahren kein wirtschaftliches Angebot abgegeben wurde, die ursprünglichen Vergabeunterlagen nicht wesentlich geändert werden müssen und die geeigneten Bieter des aufgehobenen Verfahrens beteiligt werden. Diese Regelung ist mit den europäischen Vorgaben nur bedingt vereinbar<sup>20</sup>. Art. 31 Nr. 1 VKR<sup>21</sup> gestattet das Verhandlungsverfahren nur, wenn keine oder keine geeigneten Angebote abgegeben wurden. Zur Rechtfertigung der Regelung in § 3 Abs. 5 Nr. 1 VOB/A-EG wird zwar angeführt, ein unwirtschaftliches Angebot sei kein geeignetes Angebot. Unklar bleibt aber, was ein unwirtschaftliches Angebot ist, da die Frage der Wirtschaftlichkeit alle Zuschlagskriterien meint. Mit Blick auf die Neuregelung in der Richtlinie sollte klargestellt werden, dass der Wechsel ins Verhandlungsverfahren nur möglich ist, wenn alle Angebote die Kostenschätzung in preislicher Hinsicht überschreiten. Für das sich anschließende Verhandlungsverfahren ist dem Auftraggeber vorzugeben, dass der Auftragsumfang geändert oder reduziert werden muss, um eine reine Preisreduktion auf Seiten der Bieter zu vermeiden.

<sup>18</sup> Wie auch der Neuregelung, in Art. 25 Abs. 1 und Art. 26 RL-E mit der die Mindestfrist für das offene Verfahren sogar von 52 auf 40 Tage verkürzt wird.

<sup>19</sup> Z.B. OLG Schleswig, Beschluss v. 15.04.2011 – 1 Verg 10/10 –; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.04.2011 – Verg 58/10 –; VK Südbayern, Beschluss v. 09.10.2013 – Z3-3-3194-1-27-08/13 –; VK Köln, Beschluss v. 04.02.2013 – VK VOB 35/2012 und 36/2012 –; VK Bund, Beschluss v.

18.06.2012 – VK 2-53/12 –; VK Sachsen, Beschluss v. 19.04.2011 – 1/SVK/010-11 –.

<sup>20</sup> Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, VOB, 13. Aufl. Wiesbaden 2013, § 3 EG Rdnr. 45 zur VKR, die in diesem Punkt durch den Entwurf der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe unverändert bleibt.

<sup>21</sup> = Art. 30 Nr. 2 RL-E.

### 7. These

Bei Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen fehlender Finanzmittel ist dem Auftraggeber ohne Rücksicht auf Geschäftsgeheimnisse aufzugeben, die ursprüngliche Kostenschätzung offen zu legen und den Nachweis zu führen, dass die Finanzmittel ursprünglich bereit standen. Für den Fall, dass ihm dies nicht gelingt, sollte in § 17 VOBA/ eine Vermutungsregel aufgenommen werden, dass die Aufhebung rechtswidrig ist und allen Bietern die Angebotsbearbeitungskosten zu ersetzen seien.

Vor Beginn des Vergabeverfahrens ist vom Auftraggeber sicherzustellen, dass ausreichende Finanzmittel bereitstehen. Daher ist der Entfall von Finanzmitteln grundsätzlich auf Umstände in seiner Sphäre zurückzuführen. Folglich ist er in der Pflicht, die Gründe der Aufhebung darzulegen und zu beweisen. Gelingt ihm dies nicht, erscheint es gerecht, den sich vergabekonform in der Erwartung einer Zuschlagschance von den Bietern investierten Aufwand dem Auftraggeber aufzuerlegen.

# Arbeitskreis III – Bauprozessrecht, Arbeitskreis VII – Außergerichtliche Streitbeilegung

## Arbeitskreis III – Bauprozessrecht, Arbeitskreis VII – Außergerichtliche Streitbeilegung Arbeitskreisleiter

Vorsitzender Richter am OLG a.D. Günther Jansen, Hamm

**Günther Jansen** war bis 2013 Vorsitzender Richter am OLG Hamm. Sein Fachgebiet ist das Private Baurecht einschließlich Architektenrecht. Jansen war zudem Vorsitzender des Dienstgerichtshofs für Richter und Staatsanwälte von Nordrhein-Westfalen und ist geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Deutschen Baugerichtstages. Zu seinen Veröffentlichungen zählen neben Fachartikeln in BauR und NZBau Beiträge in Leinemann, Kommentar zur VOB, Beck'scher online-Kommentar zur VOB/B, Beck'scher VOB-Kommentar.

Rechtsanwalt Dr. Alfons Schulze-Hagen, Mannheim

**Dr. Alfons Schulze-Hagen** ist Rechtsanwalt in Mannheim, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. Tätigkeitsschwerpunkte: Privates Baurecht, Vergaberecht, Architekten- und Ingenieurrecht, Schiedsgerichte. Zahlreiche Veröffentlichungen.

### Referenten

Präsident des OLG Johannes Keders, Hamm

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Marburg

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

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

### A. Thema des Arbeitskreises

Empfehlen sich gesetzliche Regelungen für ein „baubegleitendes Eilverfahren in Vergütungs- und Nachtragsstreitigkeiten“?

### B. Einführung

von VRiOLG a.D. Günther Jansen

Der Arbeitskreis III – Bauprozessrecht – und der Arbeitskreis VII – Außergerichtliche Streitbeilegung – werden auf dem 5. Baugerichtstag am 23. und 24.05.2014 gemeinsam die Frage behandeln, ob der Gesetzgeber ein besonderes Eilverfahren zur baubegleitenden Lösung von – insbesondere – Vergütungs- und Nachtragsstreitigkeiten schaffen soll. Dem liegen die Empfehlungen 1 und 2 des Arbeitskreises I des 4. Deutschen Baugerichtstags vom 11./12.05.2012 zugrunde. Dort ist mit überwältigender Mehrheit die Empfehlung an den Gesetzgeber ausgesprochen worden, gesetzlich ein Eilverfahren zur Vermeidung bzw. Beilegung von Streitigkeiten über die Anordnung und Bezahlung von Nachtragsleistungen einzuführen, nach den von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJ hierzu erarbeiteten Grundsätzen. Es ist weiter mit überwältigender Mehrheit die Empfehlung ausgesprochen worden, für den Fall, dass keine gesetzlichen Regelungen zur Einführung eines gerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens getroffen werden, ein solches Streitbeilegungsverfahren außergerichtlichen Gremien etwa im Rahmen eines (beschränkten) Adjudikationsverfahrens zu übertragen.<sup>22</sup> Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ hat in ihrem Abschlussbericht vom 18.06.2013 erklärt, sie sehe ein vertraglich vereinbartes Adjudikationsverfahren als eine denkbare Möglichkeit an; im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen für die gesetzliche Anordnung eines außergerichtlichen Verfahrens werde jedoch ein schnelles gerichtliches Verfahren vorgeschlagen; hierzu solle in der Zivilprozessordnung eine besondere Form eines beschleunigten Erkenntnisverfahrens („Bauverfügung“) geschaffen werden.<sup>23</sup> Mit den gegen die Einführung einer „verpflichtenden Adjudikation“ vorgebrachten Bedenken hat sich Herr Prof. Dr. Dr. Papier in seinem im Auftrag der Fördergemeinschaft Adjudikationsgutachten erstellten Rechtsgutachten aus Mai 2013 auseinandergesetzt und abschließend festgestellt, dass die gesetzliche Einführung einer verpflichtenden Adjudikation mit dem grundgesetzlichen Justizgewähranspruch grundsätzlich vereinbar sei und den Zugang zu

<sup>22</sup> Empfehlungen des 4. Deutschen Baugerichtstags vom 11./12.05.2012: [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de).

<sup>23</sup> Abrufbar unter [www.bmj.de/Abschlussbericht](http://www.bmj.de/Abschlussbericht) der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht.

## Arbeitskreis III – Bauprozessrecht, Arbeitskreis VII – Außergerichtliche Streitbeilegung

den staatlichen Gerichten nicht in verfassungswidriger Weise erschweren würde.<sup>24</sup>

Vor diesem Hintergrund ist auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag am 23. und 24.05.2014 die Diskussion darüber fortzusetzen, welchem dieser Streitschlichtungsverfahren der Vorzug zu geben ist und wie es im Einzelnen ausgestaltet werden sollte. Dabei kommt dem Bauverfügungsverfahren eine ganz besondere Bedeutung zu.

Bei der Bauverfügung handelt es sich um ein neu zu schaffendes verfahrensrechtliches Instrument, das dazu dienen soll, aufkommende Streitigkeiten baubegleitend durch eine vorläufige, die Parteien verpflichtende richterliche Entscheidung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) möglichst zeitnah mit dem Ziel zu lösen, dass der aufgekommene Streit dem Fortgang der Arbeiten am Bau nicht weiter entgegensteht. Angestrebt ist, Spruchkörper mit besonderer baurechtlicher Kompetenz mit der Entscheidung zu betrauen, um eine hohe Akzeptanz der Entscheidung zu gewährleisten und ein sonst unvermeidbares Hauptsacheverfahren nach Möglichkeit zu verhindern.

Die Vorzüge eines derartigen gerichtlichen Eilverfahrens liegen auf der Hand:

- durch die noch zu schaffende gesetzliche Regelung würde ein einheitlicher Verfahrensablauf für alle derartigen Verfahren verbindlich festgelegt,
- die Entscheidung würde durch ein schon jetzt vorhandenes unabhängiges Gremium getroffen, das über ein hohes Maß an Erfahrung in der Abwicklung von Streitigkeiten – auch in ihrer einvernehmlichen Beilegung – verfügt,
- die Entscheidung sollte Spruchkörpern mit besonderer baurechtlicher Kompetenz übertragen werden, um ein hohes Maß an Akzeptanz zu gewährleisten und nach Möglichkeit nachfolgende Hauptsacheprozesse zu vermeiden,
- die in einem gerichtlichen Verfahren getroffene Regelung ist für die Parteien verbindlich. Hat das Gericht im Bauverfügungsverfahren etwa den als Abschlagssumme zu zahlenden Betrag für fällig erklärt und auch der Höhe nach festgelegt, ist der Auftraggeber zur Zahlung verpflichtet. Die Nichtzahlung wäre eine Vertragsverletzung und würde die Einstellung der Arbeiten rechtfertigen. Zu klären ist, ob darüber hinaus auch – was nur bei gerichtlichen Anordnungen möglich wäre – vollstreckbare Anordnungen möglich sein sollten.

Die Justiz wird sich auf diesen neu zu schaffenden Aufgabenbereich einstellen und vorbereiten müssen. Hier werden gelegentlich – auch von Seiten der Bauwirtschaft – allzu düstere Prognosen gestellt.<sup>25</sup> Die recht lange Dauer mancher Hauptsacheverfahren ist sicherlich ein mehr als unerfreulicher Missstand. Sie ist aber nicht nur auf die Überlastung der Gerichte und die manchmal nicht ausreichende Kompetenz der Richter in baurechtlichen und technischen Fragen zurückzuführen, sondern auch darauf, dass es sich vielfach um sehr aufwändige und komplexe Verfahren handelt, der von erfahrenen Bauanwälten umfassend dargelegte Streitstoff bis in die letzten Verästelungen aufgeklärt werden muss, die Einholung der dazu erforderlichen Sachverständigengutachten viel Zeit kostet und die Parteien überdies sämtliche Rechtsmittelmöglichkeiten konsequent ausschöpfen. Das ist mit der Situation in einem auf summarische Beurteilung zugeschnittenen Eilverfahren überhaupt nicht zu vergleichen. Tatsächlich bewältigt die Justiz auch schon jetzt in vielen Bereichen eine große Zahl von Eilverfahren, ohne dass Zweifel laut würden, ob sie dieser Aufgabe gerecht werden könne. Ob die vorhandenen personellen Ressourcen auch für die Bewältigung der zu erwartenden Bauverfügungsverfahren ausreichen, wird zu klären sein. Der Präsident des Oberlandesgerichts Hamm *Keders* wird sich zu dieser Frage vor dem Arbeitskreis III/VII äußern. Hier wird es entscheidend darauf ankommen, wie viele Bauverfügungsverfahren zu bewältigen sein werden und welcher Arbeitsaufwand damit verbunden ist. Es wird aber ebenso darauf ankommen, wie viele weitaus aufwändigere Hauptsacheverfahren durch eine rechtzeitig ergangene Entscheidung im Bauverfügungsverfahren vermieden werden. Ich selbst bin nach fast 40-jähriger richterlicher Tätigkeit sehr zuversichtlich, dass die Justiz – auch wenn es nicht einfach wird – diese Aufgabe letztlich bewältigen wird. Grundsätzlich steht die deutsche Justiz nämlich – insbesondere hinsichtlich der durchschnittlichen Verfahrensdauer und der Verfahrenskosten – im internationalen Vergleich sehr gut da, übrigens auch und gerade im Vergleich zu England.

Auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag werden daher Vor- und Nachteile der Adjudikationslösung in ihren unterschiedlichen Ausgestaltungen und des Bauverfügungsverfahrens zu diskutieren sein. Dem Leiter des Arbeitskreises VII Herrn Rechtsanwalt Dr. Schulze-Hagen ist aber darin

<sup>24</sup> Abrufbar unter [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de).

<sup>25</sup> Lembcke/Sundermeier, Einführung zur Adjudikationsordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau), S. 2; Gralla/Sundermeier, BauR 2007, 1961, 1965 f. zu dem Ergebnis einer baubranchenweiten Umfrage.

## Arbeitskreis III – Bauprozessrecht, Arbeitskreis VII – Außergerichtliche Streitbeilegung

zuzustimmen, dass diese beiden Streitschlichtungsmodelle sich keineswegs gegenseitig ausschließen. Möglicherweise wird eine „intelligente Gesamtlösung“ den berechtigten Interessen aller Beteiligten am ehesten gerecht.

### C. Einführung

von RA Dr. Alfons Schulze-Hagen, Mannheim

Der Arbeitskreis III - Bauprozessrecht - und der Arbeitskreis VII - Außergerichtliche Streitbeilegung - werden auf dem 5. Baugerichtstag am 23. und 24.05.2014 gemeinsam die Frage behandeln, ob der Gesetzgeber ein besonderes Eilverfahren zur baubegleitenden Lösung von –insbesondere - Vergütungs- und Nachtragsstreitigkeiten regeln soll. Ein solches Eilverfahren ist unter dem Begriff „*Bauverfügung*“ Thema der vom Bundesministerium der Justiz einberufenen Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Bauvertragsrecht“. Hierbei handelt es sich um ein neues verfahrensrechtliches Instrument, das die schnelle Entscheidung von Streitigkeiten auf der Baustelle ermöglicht. Mit der Bauverfügung sollen auftretende Probleme auf der Baustelle durch eine vorläufige, die Parteien verpflichtende richterliche Entscheidung so gelöst werden, dass der entstandene Streit das Fortschreiten der Arbeiten am Bau nur über einen möglichst kurzen Zeitraum behindert. Hierbei handelt es sich auf den ersten Blick um ein rein zivilprozessrechtliches Thema, womit zunächst ausschließlich der Arbeitskreis III zuständig wäre.

Auf den zweiten Blick ist aber die baubegleitende Eilentscheidung - insbesondere von Vergütungs- und Nachtragsstreitigkeiten - auch ein Thema der außergerichtlichen Streitbeilegung. Hier bieten sich insbesondere die Mediation und die Adjudikation an. Aus dieser Perspektive ist der Arbeitskreis VII (außergerichtliche Streitbeilegung) zuständig.

Der 4. Baugerichtstag 2012 hat die Bedeutung eines Eilverfahrens - sei es als Bauverfügung oder als Adjudikation - für einen geordneten Bauablauf hervorgehoben. Der Arbeitskreis I hat nämlich in seinen Empfehlungen Nr. 1 und 2 den groben Rahmen für die nun detailliert zu führende Diskussion geliefert<sup>26</sup>.

Bereits in den Jahren 2008 und 2010 hat sich der Deutsche Baugerichtstag intensiv mit einer möglichen gesetzlichen Regelung der Adjudikation beschäftigt und dem Gesetzgeber eine Adjudikationsregelung empfohlen. Unter Adjudikation wird

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 Bautechniker, ein Baubetriebswirtschaftler oder ein Jurist, bei größeren Bauvorhaben auch als Dreiergremium - nimmt eine summarische Sachverhalts- und Rechtsprüfung vor. Er schließt, sofern eine gütliche Einigung zustande kommt, das Verfahren mit einer die Parteien zumindest vorläufig schuldrechtlich bindenden Entscheidung ab. Endgültig bindend wird die Entscheidung erst durch die Vereinbarung der Parteien oder durch den Ablauf einer „*Einspruchsfrist*“. Den Parteien steht es frei, in derselben Angelegenheit ein Gerichts- oder Schiedsverfahren einzuleiten, was aber erst zulässig ist, wenn zuvor eine Adjudikation durchgeführt wurde<sup>27</sup>. Auf beiden Baugerichtstagen wurden mit großer Mehrheit Empfehlungen für die gesetzliche Regelung einer solchen obligatorischen Adjudikation beschlossen. An diesen Empfehlungen hält der Baugerichtstag fest.

Gerade für „*baubegleitende Eilverfahren*“ hat die Adjudikation besondere Vorteile zu bieten:

- enges Zeitgerüst
- Einsetzbarkeit von Sachverständigen als unparteiische Dritte
- summarische Sachverhalts- und Rechtsprüfung
- vorläufig verbindliche Entscheidung mit der Möglichkeit der Überprüfbarkeit durch ein (Schieds-) Gericht

Die Diskussion über die gesetzliche Regelung einer Adjudikation in Deutschland ist durch die gesetzliche Regelung der Construction Adjudication in England angestoßen worden<sup>28</sup>.

Über den Erfolg dieser Einführung gibt es statistisches Zahlenmaterial<sup>29</sup>. Dessen Auswertung kommt zunächst zu dem enttäuschenden Ergebnis, dass der erhoffte Wandel der Streitkultur am Bau nicht eingetreten ist<sup>30</sup>. Die Autoren bezweifeln auch, ob die tatsächlich eingetretene Justizentlas-

<sup>26</sup> Empfehlungen des 4. Deutschen Baugerichtstags vom 11./12.05.2012: [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de)

<sup>27</sup> Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine solche obligatorische Adjudikation sind durch ein Rechtsgutachten des ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier, ausgeräumt worden: [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de)

<sup>28</sup> Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 („HGCR Act 1996“ oder „Construction Act“), am 01.05.1998 in Kraft getreten

<sup>29</sup> vgl. Teubner Obernheim, Schröder: Construction Adjudication in England - Ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland? NZ Bau 2011, 257 ff.

<sup>30</sup> vgl. Teubner Obernheim, a.a.O., S. 260

## Arbeitskreis III – Bauprozessrecht, Arbeitskreis VII – Außergerichtliche Streitbeilegung

tung im Bereich der baurechtlichen Streitigkeiten ausschließlich auf die gesetzliche Einführung einer obligatorischen Adjudikation zurückzuführen ist.

Zu einem Erfolgsmodell hat sich die gesetzliche Adjudikation in England allerdings im Bereich der Vergütungsstreitigkeiten entwickelt. Sie bildet einen effektiven Ausgleich für die Risiken des Bauunternehmers aus seiner Vorleistungspflicht. Mit der Adjudikation ist es möglich geworden, in Fällen, in denen vorher faktisch kein Rechtsschutz bestand, nunmehr kurzfristig eine - zumindest vorläufig - verbindliche Drittentscheidung herbeizuführen. Bemerkenswert ist auch die Zufriedenheit bei allen Baubeteiligten mit diesem Streitbeilegungsinstrument, nicht nur auf Auftragnehmerseite. Die Adjudikation wurde allseits als faires, schnelles und kostengünstiges Verfahren empfunden<sup>31</sup>.

Auf dem 5. Baugerichtstag soll die gesetzliche Einführung von „*baubegleitenden Eilentscheidungen*“ nicht nur aus der Sicht des Bauprozessrechts, sondern auch aus der Sicht der außergerichtlichen Streitbeilegung debattiert werden. Dabei müssen beide Methoden nicht als gegensätzlich begriffen werden. Denkbar wäre auch, den Parteien die Wahl zwischen beiden Methoden zu überlassen, wie sie auch zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit wählen können.

---

<sup>31</sup> vgl. Teubner Obernheim, a.a.O.

### Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt,  
Bonn/Berlin

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

#### Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Kooble, Reutlingen

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

#### Referenten

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Kooble, Reutlingen

Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Dammert, Leipzig

**Prof. Dr. Bernd Dammert** ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und seit mehr als 20 Jahren als Rechtsanwalt in Bau-, Architekten-, Vergabe- und Verwaltungsrechtssachen in Leipzig tätig. Als Honorarprofessor vertritt er die Bereiche öffentli-

ches und privates Baurecht; seit 1998 ist er ehrenamtlicher Beisitzer der 1. Sächsischen Vergabekammer; 1990 bis 2010 war er Syndikus einer Architektenkammer. Prof. Dr. Dammert ist als Mitherausgeber und Autor an einer Reihe baurechtlicher Publikationen beteiligt. Darüber hinaus war er 2010 bis 2013 Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht sowie der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht beim BMJ.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Mathias Preussner, Konstanz

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

#### A. Thema des Arbeitskreises

Empfehlen sich gesetzliche Regelungen für das Gesamtschuldverhältnis zwischen Architekt und Bauunternehmer?

#### B. Einführung

*von Rechtsanwalt Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt*

In der zurückliegenden Legislaturperiode hat sich zwischen 2010 und 2013 eine beim Bundesministerium der Justiz eingerichtete Arbeitsgruppe damit befasst, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung bestehender Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts geeignet erscheint. Neben rein bauvertragsrechtlichen Fragestellungen wurden in einer parallelen Unterarbeitsgruppe die speziellen Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertragsrechts behandelt. Hierzu gehörte insbesondere auch das Thema der gesamtschuldnerischen Haftung von Architekt/Ingenieur zusammen mit dem bauausführenden Unternehmer. Im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe vom 18.06.2013 wurde insoweit festgehalten, dass eine überproportionale Belastung der Architekten/Ingenieure,



die aus der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer folgt, durch gesetzgeberische Maßnahmen reduziert werden kann. Hierzu wurden in der Arbeitsgruppe verschiedene Lösungsmöglichkeiten diskutiert, die von der Abschaffung der gesamtschuldnerischen Haftung der am Bau Beteiligten, über die Einschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung durch Regelung der Rangfolge der Inanspruchnahme bis hin zu einer Versicherungspflicht auch des Bauunternehmers oder aber einer Absicherung des Bestellers durch eine vom Bauunternehmer zu stellende Sicherheit reichten. Da im Rahmen sowohl der Arbeitsgruppe wie auch der zugehörigen Unterarbeitsgruppe kein abschließendes und gesetzlich umzusetzendes Konzept erarbeitet werden konnte, soll im Arbeitskreis IV nunmehr der Frage nachgegangen werden, welchen Gesichtspunkten besondere Bedeutung bei einer gesetzlichen Ausgestaltung des Gesamtschuldverhältnisses zwischen Architekt/Ingenieur einerseits und bauausführendem Unternehmer andererseits Beachtung zu schenken ist. Die von den Referenten zur Diskussion gestellten Thesen betreffen zunächst die Frage, inwieweit überhaupt eine uneingeschränkte Haftung des Architekten/Ingenieurs für sämtliche Baumängel angezeigt erscheint (Rechtsanwalt Prof. Dr. Dammert). Hieran anschließend wird die weitere Frage aufgeworfen, inwieweit die gesamtschuldnerische Haftung des Architekten/Ingenieurs gemeinsam mit den am Bau Beteiligten und den Sonderfachleuten gerechtfertigt erscheint (Prof. Dr. Preussner). Schließlich wird der aus Sicht von Architekten/Ingenieuren entscheidenden Fragestellung nachgegangen, ob und inwieweit eine Honorarblockade für Architekten/Ingenieure wegen vorliegender Baumängel in Ansehung gesamtschuldnerischer Haftung berechtigt erscheint (Dr. Koeble).

### C. Thesen

#### I. Thesen von Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Dammert

Bedarf es der vollen Haftung des Architekten für alle Baumängel?

##### 1. These

Der werkvertragliche Leistungserfolg des Architektenwerks ist nicht die Mangelfreiheit des Bauwerks, sondern die mangelfreie Planung und Überwachung. Dies ist bei der Beschreibung der vertragstypischen Pflichten des Architekten- und Ingenieurvertrages im Rahmen künftiger Sonderregelungen im BGB zu berücksichtigen.

In Rechtsprechung und Schrifttum wird der werkvertragliche Leistungserfolg des Architektenwerks häufig damit umschrieben, „ein dauerhaft mangelfreies Bauwerk entstehen zu lassen“. Die Mangelfreiheit des Architektenwerks wird damit unzulässig gleichgesetzt mit der Mangelfreiheit des Bauwerks. Maßstab für die mangelfreie Planung und Überwachungsleistung ist aber nicht das vom Bauunternehmer aufgrund eigener vertraglicher Erfolgsverpflichtung hergestellte Bauwerk, sondern die vertragliche Vereinbarung über die Funktion(stauglichkeit) des Architektenwerks. Durch die Rückkopplung des Mangelurteils bezogen auf das Architektenwerk an das Bauwerk selbst wird der Architekt haftungsrechtlich in eine Garantstellung für die (qualitative) Vertragserfüllung des Bauerrichtungsvertrages gedrängt. Dies ist systemwidrig: Denn Erfolgshaftung im Werkvertragsrecht bedeutet, Haftung für das eigene Werk und nicht für fremde Leistungen.

Natürlich steht die Erfolgshaftung des Architekten für sein Werk nicht beziehungslos neben der Erfolgshaftung des Bauunternehmers. Verfehlt ist aber der Rückschluss, weil ein Baumangel vorliege, sei auch das Architektenwerk mangelhaft.

Deshalb: Inhalt und Reichweite der Erfolgshaftung des Architekten ergeben sich aus der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit des Architektenwerks. Mängel des Bauwerks selbst indizieren weder einen Planungsmangel noch sind sie „automatische“ Folge eines Überwachungsmangels. Um zu beurteilen, ob Mängel des Architektenwerks vorliegen oder nicht, ist demnach zunächst die vertragliche Erfolgsverpflichtung des Architekten originär zu bestimmen. Hieran und nicht am hergestellten Bauwerk ist festzustellen, ob das vertragliche Erfolgsversprechen erfüllt wurde oder nicht.

##### 2. These

Der Architekt haftet nicht schlechthin für jeden Baumangel im Sinne mangelnder Funktionstauglichkeit.

Ob eine mangelnde Funktionstauglichkeit des Architektenwerks vorliegt, ist primär keine technische Frage. Es geht nicht darum, ob eine Planung „objektiv“ mangelhaft ist. Entscheidend ist vielmehr, ob die Planung die vertragliche Zweckbestimmung erfüllt oder nicht. Hierbei sind auch – ursprüngliche oder nachfolgende – vertragliche Risikoübernahmen des Bestellers zu berücksichtigen.

##### 3. These

Inhalt und Reichweite der vertraglichen Bauüberwachungspflicht: Zum Theorem von der „typischen Gefahrenquelle“.

Das in Rechtsprechung und Schrifttum verbreitet herangezogene Theorem von der „typischen Gefahrenquelle“ ist letztlich eine Fiktion. Es mag zwar sein, dass ein Bauherr einen Architekten mit der Bauüberwachung beauftragen will, „um sicher sein zu können, schließlich ein insgesamt plangemäßes, mangelfreies und funktionstaugliches Gesamtbauwerk“ (so z.B. OLG Düsseldorf, Urteil v. 06.11.2012 – I-23 U 156/11 –) zu erhalten. Wodurch wird diese subjektive Absicht aber zum erfolgsverpflichtenden Vertragsinhalt? Nach der Rechtsprechung muss der Architekt „insbesondere schwierige oder gefahrenträchtige Arbeiten, typische Gefahrenquellen und kritische Bauabschnitte in gesteigerter Weise beobachten und überprüfen“. Allein mit dem Begriff der Bauüberwachung lässt sich eine solche Erfolgshaftung aber nicht begründen. Ergibt sich eine solche Pflicht aus der nach dem Vertrag vorausgesetzten Funktionstauglichkeit der Bauüberwachung oder wird hierdurch nicht eine Fiktion durch eine andere ersetzt?

### II. Thesen von Rechtsanwalt Prof. Dr. Matthias Preussner

Ist die gesamtschuldnerische Haftung des Architekten/Ingenieurs gemeinsam mit den am Bau Beteiligten und Sonderfachleuten gerechtfertigt?

#### 1. These

§ 421 BGB ist neu zu fassen, weil es an der Gleichstufigkeit des Schadensersatzanspruchs des Architekten und des Nacherfüllungsanspruchs des Bauunternehmers fehlt; ein Gesamtschuldverhältnis besteht insoweit nicht.

Wesentliche Merkmale eines Gesamtschuldverhältnisses sind die Gleichstufigkeit der Leistung und die Zweckgemeinschaft zwischen den Schuldnern (BGH, NJW 1952, 1087). Voraussetzung für die Gleichstufigkeit der Leistungen soll dabei folgendes sei: Beide Schuldner haften auf Geld; die Ansprüche stehen gleichrangig nebeneinander; es ist ein inhaltsgleiches Gläubigerinteresse zu befriedigen; schließlich ist ein gleichartiger Vermögensnachteil zu beheben (BGH, NJW 1952, 1087). Unter Heranziehung dieser Kriterien ist bezogen auf das Verhältnis zwischen Architekt/Ingenieur einerseits und bauausführendem Unternehmer andererseits entgegen der Annahme des BGH (NJW 1965, 1175) nicht von einer Gleichstufigkeit der gegen Architekt/Ingenieur und bauausführenden Unternehmer gerichteten Ansprüche auszugehen und zwar aus folgendem Grunde:

- Die Ansprüche sind ihrem Inhalt nach nicht identisch (Geldschuld versus Bauleistung).
- Der Bauunternehmer kann sich auf ein Mitverschulden des Bestellers wegen der Lieferung mangelhafter Pläne berufen, während dem Architekten der Mitverschuldenseinwand wegen mangelhafter Bauleistung nicht zusteht (BGH, NJW 1956, 217).
- Aus den Regelungen der §§ 635, 636, 281 Abs. 1 und 323 Abs. 1 BGB ergibt sich der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs gegenüber einem Schadensersatzanspruch aus § 281 Abs. 1 BGB, der durch eine Gleichschaltung qua Gesamtschuldverhältnis unterlaufen würde (BGH, NJW 1993, 585).
- Der wirtschaftliche Umfang des Schadensersatzanspruchs (= Kosten der Mangelbeseitigung durch einen Drittunternehmer zu Marktpreisen) einerseits und des Nacherfüllungsanspruches (= Selbstkosten des Bauunternehmers) andererseits weichen deutlich voneinander ab.

Im Ergebnis sprechen bei genauerer Betrachtung die vorstehenden Gesichtspunkte gegen die Annahme des Vorliegens einer Gesamtschuld.

#### 2. These

Bei der Ausgestaltung des § 421 BGB sollte berücksichtigt werden, dass der Architekt berechtigt ist, einem gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch entgegenzuhalten, dass der Besteller zunächst seinen – ihm zumutbaren – Nacherfüllungsanspruch gegen den bauausführenden Unternehmer geltend zu machen hat. Der Schadensersatzanspruch gegen den Architekten/Ingenieur sollte uneingeschränkt bestehen, wenn der Bauunternehmer dem Besteller gegenüber nicht bzw. nicht mehr zur Nacherfüllung berechtigt ist.

Der Bauherr kann sich nach gegenwärtigem Verständnis nach seinem Belieben an den Architekten/Ingenieur oder aber den bauausführenden Unternehmer halten (BGH, NJW 1965, 1175). § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB ist selbst dann nicht anwendbar, wenn der Auftraggeber von dem Architekten/Ingenieur gemäß § 635 BGB Schadensersatz verlangt, ohne zuvor gegen den Unternehmer einen erfolgversprechenden Nachbesserungsanspruch geltend gemacht zu haben (vgl. nur BGH, BauR 1971, 60). Wenn der Bundesgerichtshof die Gesamtschuld zwischen Architekt/Ingenieur und bauausführenden Unternehmer damit begründet, dass eine Gleichstufigkeit der Ansprüche bestehe, weil der Architekt/Ingenieur durchaus zur Nacherfüllung berechtigt sein könne, so darf dieses „besonders nahe“ Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander bzw. deren „besonders enge Verwandtschaft“ nicht dadurch konter-

kariert werden, dass der Nacherfüllungsanspruch des Architekten nur „in besonderen Ausnahmefällen“ besteht. Diesem Umstand ist durch die vorgenannte These zur Ausgestaltung des § 421 BGB zu entsprechen.

### 6. These

Der Schadensersatzanspruch des Bauherrn gegen den Architekten/Ingenieur sollte gesetzlich auf die Kosten der Nacherfüllung beschränkt werden, so wie diese beim betreffenden bauausführenden Unternehmer anfallen würden. Bei der Ermittlung der Nacherfüllungskosten sind die Angebotspreise des bauausführenden Unternehmers zu berücksichtigen.

Im Verhältnis zwischen Architekt/Ingenieur und bauausführendem Unternehmen besteht eine Ausgleichspflicht nach Maßgabe des § 426 BGB (BGH, NJW 1965, 1175). Der Ausgleich wird durch einen Wertausgleich vorgenommen, wenn der Architekt Schadensersatz in Geld wegen Nichterfüllung geleistet hat und der Unternehmer dadurch von seiner Pflicht zur Nachbesserung frei geworden ist (BGH, NJW 1965, 1175). Dabei kann es dazu kommen, dass der Architekt in voller Höhe Schadensersatz leisten muss, obwohl sein Verschulden im Verhältnis zum Verschulden des ausführenden Unternehmers so gering wiegt, dass er im Innenverhältnis vom Unternehmer 100 % Erstattung verlangen kann (BGH, NJW 1965, 1175). Allerdings kann der bauausführende Unternehmer regelmäßig einwenden, dass der Schaden bei einer Nacherfüllung durch ihn deutlich geringer ausgefallen wäre als der zum Ausgleich anstehende Schadensersatzanspruch. Darüber hinaus trägt der Architekt/Ingenieur trotz seines untergeordneten Verschuldensanteils das Insolvenzrisiko, falls der bauausführende Unternehmer vermögenslos wird. Dies wiegt umso schwerer, als der Architekt keinen Einfluss auf die Auswahl des bauausführenden Unternehmers hat. Ggf. muss er dafür einstehen, dass der Besteller einen besonders billigen und dementsprechend insolvenzgefährdeten Bauunternehmer ausgewählt hat. Der Lösung dieser Problemlage dient die vorgenannte These.

### III. These von Rechtsanwalt Dr. Koeble

Ist bei Schadensersatzansprüchen eine Honorarblockade des Architekten/Ingenieurs gerechtfertigt?

#### These

Der Gesetzgeber ist gefordert, die Honorarblockade für Architekten und Ingenieure wegen Baumängeln aller Art zu beseitigen. Die Einführung einer Pflichtversicherung für den Bereich der

Berufshaftpflichtversicherung von Architekten und Ingenieure wäre dazu ein entscheidender Schritt

Einem dem Grunde und der Höhe nach berechtigten und unstreitigen Anspruch des Architekten bzw. Ingenieurs auf eine Abschlagszahlung oder die Schlusszahlung werden seitens der Bauherren häufig Ansprüche wegen behaupteten Mängeln oder Pflichtverletzungen entgegengesetzt. In vielen Fällen kann es Jahre dauern bis geklärt ist, ob der Auftragnehmer überhaupt haftet. Das führt zu einem Liquiditätsengpass bei Auftragnehmern, der z.T. auch existenzielle Probleme bzw. Entlassungen von Mitarbeitern nach sich ziehen kann. Gar nicht selten stellt sich – vor allem wenn mehrere Verfahren mit Streitverkündung laufen – hinterher heraus, dass der Auftragnehmer selbst überhaupt nicht haftet oder – wie oftmals bei Ausführungsfehlern von am Bau Beteiligten – Regress bei Dritten nehmen kann.

Die Klage auf eine Abschlagszahlung oder die Schlusszahlung führen nicht zur schnellen Klärung und Abkopplung des Honorarstreits vom Mängelthema. Der BGH (Urteil v. 24.11.2005 – VII ZR 304/04 –, BauR 2006, 411 = NZBau 2006, 169; Urteil v. 27.09.2007 – VII ZR 80/05 –, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55) hat nämlich entschieden, dass kein Vorbehalturteil erlassen werden könne, wenn Mängel auf eine Leistung des Auftragnehmers zurückzuführen sind, weil der Schadensersatzanspruch ein vertragswidriges Verhalten des Auftragnehmers voraussetze. Für Schadensersatzansprüche gegen Architekten und Ingenieure ist dies zwar in dieser Form nicht einschlägig. Dennoch ist bisher kein Fall eines Vorbehalturteils bekannt geworden. Im Übrigen wäre ein Vorbehalturteil in erster Instanz nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar, was dem Auftragnehmer wiederum keine Liquidität bringen würde.

Vertragliche Regelungen in Architekten- und Ingenieurverträgen, wonach die Aufrechnung ausgeschlossen und nur mit unbestrittenen bzw. rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen erlaubt sein soll, sind in Formularverträgen und AGB unwirksam (BGH, Urteil v. 07.04.2011 – VII ZR 209/07 –, BauR 2011, 1185 = NZBau 2011, 428).

Das Interesse des Auftraggebers an einer Sicherung etwaiger Gegenansprüche rechtfertigt diese Rechtsprechung zum Vorbehalturteil und auch zum Aufrechnungsverbot. Jedoch wäre diesem Sicherungsbedürfnis genüge getan, wenn dem Auftraggeber direkte Ansprüche gegen einen

## Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Haftpflichtversicherer zur Verfügung stehen würden. Die Pflichtversicherung – wie bei Kfz-Schadensfällen – mit Direktanspruch des Auftraggebers gegen den Versicherer könnte hier eine für beide Vertragsparteien positive Lösung darstellen. Der Gesetzgeber sollte sie deshalb für die Berufshaftpflichtversicherung aller mit Bauvorhaben befassten Architekten und Ingenieure einführen.

## Arbeitskreis V – Bauträgerrecht Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt und Notar Manfred Blank, Lüneburg

**Manfred Blank** ist Rechtsanwalt und Notar in Lüneburg und Herausgeber der Deutschen Notarzeitschrift. Er ist stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Schuld- und Liegenschaftsrecht bei der Bundesnotarkammer, zu dessen Aufgabengebiet auch das Bauträgerrecht zählt. Manfred Blank ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Bauträgerrecht und langjähriger Referent in diesem Rechtsgebiet. Er ist Verfasser des bereits in 4. Aufl. erschienenen Werkes „Bauträgervertrag“.

### Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Dr. Hans-Egon Pause

**Dr. Hans-Egon Pause** ist seit über 30 Jahren als Rechtsanwalt in München tätig und Partner der Rechtsanwaltskanzlei Pause & Weiss. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im Bau- und Architektenrecht. Dazu gehört insbesondere die baubegleitende Rechtsberatung von Bauherren, Bauunternehmen, Architekten und Ingenieuren, die Tätigkeit als Schiedsrichter sowie die Vertretung der Baubeteiligten im Prozess. Neben einer Vielzahl baurechtlicher Veröffentlichungen ist er seit vielen Jahren als Referent bei Vortrags- und Lehrveranstaltungen tätig. Dr. Pause ist u.a. Verfasser des bereits in 5. Aufl. erschienenen Werkes „Bauträgerkauf und Baumodelle“ und Mitautor des Münchner Prozessformularbuchs „Privates Baurecht“.

### Referenten

Rechtsanwalt Dr. A. Olrik Vogel, München

**Dr. A. Olrik Vogel** ist als Rechtsanwalt in München in der Kanzlei Kraus, Sienz & Partner tätig. Er ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Bau- und Bauträgerrecht sowie langjähriger Referent in diesem Gebiet. Er ist u.a. Mitautor des Kommentars von Kniffka „Bauvertragsrecht“.

Prof. Dr. Jochen Glöckner, Konstanz

**Prof. Dr. Jochen Glöckner** ist Universitätsprofessor an der Universität Konstanz und Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht. Er ist darüber hinaus

Richter am OLG Karlsruhe und Direktor des Instituts für Baurecht Freiburg e.V.

## A. Thema des Arbeitskreises

- Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung dahingehend, dass dem Erwerber beim Bauträgervertrag mit bautenstandsabhängiger Zahlung eine „Rückzahlungsbürgschaft“ über den gezahlten Erwerbspreis vorliegen muss?
- Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung zur Baubeschreibungspflicht?
- Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung, die dem Verbraucher bei Bauträgerverträgen einen Anspruch auf Dokumentation bestimmter Beschaffenheiten gewährt?

## B. Einführung

von Rechtsanwalt und Notar Manfred Blank

### I. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung dahingehend, dass dem Erwerber beim Bauträgervertrag mit bautenstandsabhängiger Zahlung eine „Rückzahlungsbürgschaft“ über den gezahlten Erwerbspreis vorliegen muss?

Die derzeitige Praxis der Vertragsgestaltung ist das Vormerkungsmodell. Dieses Vormerkungsmodell steht seit einiger Zeit in der Kritik.

Das Vormerkungsmodell war bereits Gegenstand einer Diskussion im Arbeitskreis V des 3. Deutschen Baugerichtstages.

Ich zitiere aus der damaligen Begründung:

„Beim derzeit in der Praxis üblichen Vormerkungsmodell leistet der Erwerber je nach Baufortschritt Abschlagszahlungen. ... Außerdem besteht eine – aus Verbrauchersicht oftmals existenzbedrohende – Schutzlücke, falls der Bauträger vor Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe des Objektes insolvent wird. Ein Rücktritt ist für den Verbraucher in diesen Fällen oftmals keine echte Option, weil die Freistellungserklärung der den Bauträger finanzierenden Bank in der Regel so formuliert ist, dass keine Rückzahlungspflicht für vor dem Rücktritt erhaltene Zahlungen besteht, wenn der Eigentumsverschaffungsanspruch des Erwerbers erloschen ist. Auch die für den Erwerber im Grundbuch eingetragene Vormerkung erlischt beim Rücktritt auf Grund ihrer Akzessorietät. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vermittelt die dann nur noch vorhandene Buchposition der Vormerkung dem Erwerber in der Insolvenz des Bauträgers kein Zurückbehaltungsrecht. Dem Erwerber bleibt in der Regel nur, das Bauvorhaben unter Mitwirkung aller Beteiligten

ten und oftmals unter erheblichen finanziellen Mehraufwand zu Ende zu bauen.“

Bereits der 3. Deutsche Baugerichtstag hatte eine Empfehlung ausgesprochen, die letztlich von der Bundesnotarkammer, den Bauherren-Schutzbund e.V. und dem Verband Privater Bauherren e.V. aufgegriffen worden ist. Die Vorschläge zur Änderung des Sicherheitskonzeptes beim Bauträgervertrag sind dem Bundesministerium der Justiz zugeleitet worden, haben aber in den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz keinen Eingang gefunden. Im Rahmen des 5. Baugerichtstages will der Arbeitskreis V die bestehende Schutzlücke noch einmal diskutieren. Ein besonderer Handlungsbedarf besteht im Hinblick auf die Möglichkeit der abflauenden Baukonjunktur, die zu vermehrten Insolvenzen von Bauträgergesellschaften führen könnte.

### **II. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung zur Baubeschreibungspflicht?**

Die vom Bauträger geschuldete Leistung muss schon nach geltendem Recht beschrieben werden. Ohne eine solche Leistungsbeschreibung käme kein wirksamer Vertrag zustande. Im Übrigen folgt eine Baubeschreibungspflicht auch aus § 11 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 10 Abs. 4 MaBV. Als Problem erweisen sich in der Praxis aber nichtssagende und intransparente Baubeschreibungen, in denen die geschuldete Bauleistung unvollständig und unklar dargestellt wird. Gleiches gilt für die Vertragspläne.

Baubeschreibungen sollen die wesentlichen technischen Eigenschaften und Beschaffenheitsmerkmale des Bauwerks darstellen. Dabei müssen die Qualitätsmerkmale der Bauleistung und die Funktion des Objekts im Vordergrund stehen und nicht die zur Erreichung der vereinbarten Qualität notwendigen technischen Eigenschaften und Merkmale der Baustoffe und Bauweisen. Es soll nicht umfänglichen Leistungsverzeichnissen das Wort geredet und eine funktionale Baubeschreibung verhindert werden. Ziel ist es, Mindestanforderungen an den Inhalt der Baubeschreibung zu formulieren. Die Transparenz und Vergleichbarkeit und damit auch Wettbewerbsfähigkeit sollen erreicht werden.

Ein weiteres praktisches Problem ist die häufige Divergenz zwischen beurkundeter Baubeschreibung und Plänen einerseits und den vor Vertragsschluss veröffentlichten bzw. dem Erwerber sonst wie ausgehändigten Unterlagen andererseits. Die Rechtsprechung greift auf das Prospektmaterial schon jetzt zum Zwecke der Auslegung des Bau-

trägervertrages zurück. Diese Methode stößt aber bei offenen Widersprüchen an ihre Grenzen. Bei Abweichungen ist deshalb eine Klarstellung über etwaige Änderungen durch den Bauträger vor Vertragsschluss zu fordern.

### **III. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung, die dem Verbraucher bei Bauträgerverträgen einen Anspruch auf Dokumentation bestimmter Beschaffenheiten gewährt?**

Konfliktträchtig und durch die Rechtsprechung ungeklärt ist die Frage, ob und in welchem Umfang der Bauträger zur Herausgabe von Bauunterlagen verpflichtet ist. Zum Teil wird vertreten, dass die vom Bauträger hergestellten Planunterlagen, Berechnungen und Zeichnungen in Bezug auf die geschuldete Bauleistung nur Mittel zum Zweck sind. Deshalb sei der Bauträger auch nicht zur Vorlage von Bauplänen usw. verpflichtet. Das verkennt, dass die Bauwerke technisch immer komplexer und anspruchsvoller werden und die laufende Unterhaltung, Instandhaltung und Instandsetzung, erst recht aber spätere bauliche Änderungen genaue Kenntnisse über die Baukonstruktion, also über die zugrundeliegende Planung erfordern. Daraus ergibt sich das Interesse der Erwerber an der Aushändigung der das Objekt dokumentierenden Unterlagen. Dem ist durch eine gesetzliche verankerte Dokumentationspflicht Rechnung zu tragen.

### **IV. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung dahingehend, dass die Abnahme des Baukörpers, der Gemeinschaftseigentum wird, durch die Wohnungseigentümergeinschaft erklärt werden kann?**

§ 640 BGB bestimmt, dass die Abnahme eine der Hauptpflichten des Auftraggebers ist. Bei einer Vielzahl von Bauträgerobjekten handelt es sich um Wohnungseigentum. Die Konzeption des Werkvertragsrechts macht eine Abnahme auch im Wohnungseigentum von jedem einzelnen Erwerber notwendig. Es ist versucht worden, Lösungen einer Vereinheitlichung der Abnahme des Baukörpers, der später Gemeinschaftseigentum wird, zu finden. Über die Zulässigkeit einer Abnahme durch den Verwalter hat der VII. Zivilsenat entschieden (Beschluss v. 12.09.2013 – VII ZR 308/12 –, NJW 2013, 3360 f.) und für eine Delegation Kriterien vorgegeben. Es bleibt das Problem des Nachzüglerfalles, d.h. eines Erwerbers, der erst nach erfolgter Abnahme des Baukörpers im Gemeinschaftseigentum den Vertragsgegenstand als neu erwirbt und dessen notwendige Abnahme nach der Rechtsprechung des 7. Senates faktisch die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche auch der übrigen Erwerber verlängert.

## C. Thesen

### I. Thesen von Prof. Dr. Glöckner

#### 1. Informationspflichten

##### These 1

Der Gesetzgeber möge die von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht des BMJ entwickelte Baubeschreibungspflicht (vgl. Anh.) auf Verbraucher-Bauträgerverträge erstrecken.

##### a) Problem

Die bis heute fehlende Pflicht der Bauträger, die geschuldete Immobilie in qualifizierter Weise zu beschreiben, wird allgemein als Missstand betrachtet. Wenngleich die Praxis durch die weite Auslegung des Mangelbegriffs und eine auftraggeberfreundliche Vertragsauslegung in zahlreichen Fällen Abhilfe schaffen kann, ist offensichtlich, dass mangelnde Beschreibungen Anlass zu (gerichtlichen) Auseinandersetzungen geben und insbesondere auf Verbraucher-Auftraggeber zumindest abschreckende Wirkung haben, bestehende Ansprüche durchzusetzen.

Dass zahlreiche Bauträger bereits heute ausreichende Baubeschreibungen verwenden, vermag das Regelungsbedürfnis im Hinblick auf die übrigen Bauträger nicht auszuschließen. Im Gegenteil trägt das Fehlen einer gesetzlichen Regelung dazu bei, einheitliche Wettbewerbsbedingungen zu verhindern und Wettbewerbsverfälschungen durch „schwarze Schafe“ zu erleichtern. Nicht zuletzt werden Unvollkommenheiten des ohnehin problematischen Marktes für Wohneigentum durch mangelnde Leistungstransparenz verschärft.

Widersprüchlich erscheint im Übrigen, sämtliche Verbraucherbauverträge nach der Umsetzung der Verbraucherrechtlichrichtlinie ab dem 13.06.2014 der in § 312b Abs. 2 BGB n.F.<sup>32</sup> geregelten Informationspflicht zu unterwerfen, ausgerechnet Verbraucherbauverträge aber von dieser Informationspflicht zu befreien, § 312 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB n.F.

##### b) Lösungsvorschlag

##### aa) Europarechtliche Vorgaben

Richtig ist, dass auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 3 lit. e VerbraucherrechteRL<sup>35</sup> keine Pflicht

<sup>32</sup> In der Fassung nach der Änderung durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlichrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnraumvermittlung. Vom 20.09.2013, BGBl. 2013 I, 3642.

<sup>33</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und

besteht, bei Bauträgerverträgen eine besondere Informationspflicht zu begründen. Bereits die für die Ausnahmen in Art. 3 Abs. 3 lit. e, f VerbraucherrechteRL gegebene Begründung, wonach die darin enthaltenen Verträge bereits Gegenstand einer Reihe spezifischer einzelstaatlicher Rechtsvorschriften seien und die in der Verbraucherrechtlichrichtlinie enthaltenen Bestimmungen sich für derartige Verträge nicht eigneten, vgl. EGr 26 VerbraucherrechteRL, überzeugt nicht.

Der deutsche Gesetzgeber hat im Bereich der Art. 3 Abs. 3 lit. e, f VerbraucherrechteRL vor allem deshalb nicht von der Möglichkeit überschießender Umsetzung Gebrauch gemacht, weil den Ergebnissen der zum maßgeblichen Zeitpunkt andauernden Arbeiten der vom Bundesministerium für Justiz eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu einer Reform des Bauvertragsrechts nicht vorgegriffen werden sollte. Tatsächlich schlägt der Abschlussbericht die Einführung einer Baubeschreibungspflicht vor, die sich nach ihrem Anwendungsbereich sprachlich und sachlich in die Ausnahmereiche des Art. 3 Abs. 3 lit. e, f VerbraucherrechteRL „anschmiegt“, deshalb keine Bedenken im Hinblick auf die Richtlinienkonformität nach sich zieht und insbesondere die sehr offen formulierte Informationspflicht über wesentliche Eigenschaften der Leistung konkretisiert (nachstehend im Anh. abgedr.).<sup>34</sup> Eine nachfolgende gesetzliche Regelung, die eben diesen Inhalt haben sollte, wird so nahegelegt.<sup>35</sup>

Der einschlägige Vorschlag des Abschlussberichts erfasst indes allein „Verträge mit Verbrauchern über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden“.<sup>36</sup> Zu Bauträgerverträgen verhält

der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 Nr. L 304/64.

<sup>34</sup> Vgl. den inzwischen veröffentlichten Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013, S. 13 ff., 15, [http://www.werner-bau-recht.jurion.de/fileadmin/\\_temp\\_/Werner\\_Baurecht/pdf/13-06-20\\_Schlussfassung\\_Abschlussbericht\\_AG\\_Bauvertragsrecht-1.pdf](http://www.werner-bau-recht.jurion.de/fileadmin/_temp_/Werner_Baurecht/pdf/13-06-20_Schlussfassung_Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht-1.pdf), site zul. besucht am 06.11.2013.

<sup>35</sup> Vgl. bereits in diesem Sinne die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/12637, S. 95.

<sup>36</sup> Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013, S. 13, [http://www.werner-bau-recht.jurion.de/fileadmin/\\_temp\\_/Werner\\_Baurecht/pdf/13-06-20\\_Schlussfassung\\_Abschlussbericht\\_AG\\_Bauvertragsrecht-1.pdf](http://www.werner-bau-recht.jurion.de/fileadmin/_temp_/Werner_Baurecht/pdf/13-06-20_Schlussfassung_Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht-1.pdf).

sich der Abschlussbericht ausdrücklich nicht.<sup>37</sup> Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass die Gründe, die im Bereich der Privilegierung des Art. 3 Abs. 3 lit. e, f VerbraucherrechteRL eine überschießende Umsetzung für Verbraucherbauverträge gebieten, auch bei Verbraucherbauverträgen vorliegen. Als einziger Unterschied ist das bei Bauträgerverträgen eingreifende qualifizierte Formerfordernis zu beachten:

Die bei Bauträgerverträgen wegen der Pflicht zur Verschaffung von Eigentum an Grundstücken eingreifende Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB, mit welcher die notarielle Belehrung verbunden ist, vermag die Pflicht zur Baubeschreibung schon deshalb nicht zu ersetzen, weil sie allein die rechtliche Vertragsgestaltung umfasst. Im Hinblick auf die Beschreibung des Leistungsgegenstandes könnte der Notar allenfalls über die rechtlichen Vor- und Nachteile einer detaillierteren Beschreibung bzw. deren Rechtsfolgen belehren, nicht aber die tatsächlichen Lücken der Beschreibung füllen.

### bb) Persönlicher Anwendungsbereich

Im Interesse des Regelungsgleichlaufs und im Hinblick auf das mindere Schutzbedürfnis anderer Erwerber sollte die Pflicht zur Baubeschreibung allein bei Verbraucherbauverträgen begründet werden.

### cc) Gegenständlicher Anwendungsbereich

Die im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht herausgearbeiteten Elemente der Baubeschreibungspflicht lassen sich zwanglos auf den Bauträgervertrag übertragen. Sie sind maßgeschneidert für das „Bauen aus einer Hand“. Sachliche Gründe für die unterschiedliche Behandlung von Generalunter- und -übernehmerverträgen oder Fertighausverträgen mit Errichtungsverpflichtung auf der einen Seite und Bauträgerverträgen auf der anderen sind nicht erkennbar. Stets geht es darum, vor dem Vertragsschluss Vergleichbarkeit und Wettbewerb zugunsten der Auftraggeber zu fördern und zugunsten beider Parteien Konfliktpotential bei der Vertragsdurchführung zu minimieren.

Dass die Liste einerseits gemessen an der Rechtssetzungskultur des BGB recht lang, andererseits gemessen an den zu erwartenden Streitgegenständen vergleichsweise abstrakt bleibt, sollte nicht gegen sie, sondern für einen im ganzen gelungenen Kompromiss sprechen, welcher den Gerichten hinreichend Anknüpfungspunkte für die Entwicklung einer interessengerechte Praxis geben wird. Überdies besteht die Möglichkeit, das bereits etablierte Regelungsmodell weiter zu verfolgen und im BGB allein die Baubeschreibungspflicht als solche niederzulegen und für ihren Inhalt eine Regelung im EGBGB zu schaffen.

### dd) Rechtsfolgen

#### (1) Vorgelegte Baubeschreibung

#### These 2

- Für Bauträgerverträge sollte (wie für alle Verträge über das Bauen aus einer Hand) eine gesetzliche Vermutung aufgestellt werden, dass der Inhalt einer vorgelegten Baubeschreibung Vertragsbestandteil geworden ist.
- Ändern jüngere Baubeschreibungen Leistungsbestandteile, über die nicht mehr verhandelt wurde, so wird die Vermutung nur widerlegt, wenn der Auftraggeber auf diese Änderungen ausdrücklich hingewiesen wurde.

Anders als bei Fernabsatzverträgen und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (vgl. dazu § 312d Abs. 1 Satz 2 BGB n.F.) fehlt im BGB eine Regelung der Rechtsfolgen erteilter Informationen bereits bei einfachen Verbraucherverträgen. Dadurch wird der Rechtsanwender auf die allgemeine Rechtsgeschäftslehre zurückgeworfen. Insoweit entspricht es allgemeiner Ansicht, dass vorvertragliche Äußerungen im geschlossenen Vertrag fortwirken, solange die Partei sich bis zu ihrer auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung nicht für die andere Partei objektiv erkennbar von ihnen distanziert. Das gilt auch für beurkundungspflichtige Geschäfte. Die Grundsätze der „*falsa demonstratio*“ überwinden selbst die objektiv eindeutige Fehlbeurkundung des von den Parteien übereinstimmend Gewollten.<sup>38</sup> Für Bauträgerverträge liegt wie bei anderen Verträgen über das Bauen aus einer Hand<sup>39</sup> nahe,

20\_Schlussfassung\_Abschlussbericht\_AG\_Bauvertragsrecht-1.pdf, site zul. besucht am 06.11.2013.

<sup>37</sup> Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013, S. 8 [http://www.werner-bau-recht.jurion.de/fileadmin/\\_temp/\\_Werner\\_Baurecht/pdf/13-06-](http://www.werner-bau-recht.jurion.de/fileadmin/_temp/_Werner_Baurecht/pdf/13-06-)

20\_Schlussfassung\_Abschlussbericht\_AG\_Bauvertragsrecht-1.pdf, site zul. besucht am 06.11.2013.

<sup>38</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 07.12.2001 – V ZR 65/01 –, NJW 2002, 1038.

<sup>39</sup> Vgl. dazu den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013, S. 13 [http://www.werner-bau-recht.jurion.de/fileadmin/\\_temp/\\_Werner\\_Baurecht/pdf/13-06-](http://www.werner-bau-recht.jurion.de/fileadmin/_temp/_Werner_Baurecht/pdf/13-06-)

20\_Schlussfassung\_Abschlussbericht\_AG\_Bauvertragsrecht-1.pdf, site zul. besucht am 06.11.2013.



eine gesetzliche Vermutung zu begründen, dass das einmal Beschriebene auch vertraglich geschuldet wird.

Mit dieser Vermutung können insbesondere Zweifelsfälle gelöst werden, bei denen sich der beurkundete Vertrag nicht mehr zu einer in der vorgelegten Beschreibung noch enthaltenen Eigenschaft der Immobilie verhält. Es obliegt dann dem Bauträger, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass eine von der einmal erteilten Beschreibung abweichende neue Vereinbarung getroffen, bzw. eine objektiv erkennbare Distanzierung stattgefunden hat.

Praktische Schwierigkeiten bereiten hingegen Fälle, bei denen die dem notariell beurkundeten Bauträgervertrag beigefügten Baubeschreibungen inhaltlich von älteren, den Verhandlungen zugrundegelegten Baubeschreibungen abweichen. In solchen Fällen würde nicht allein die Vermutung widerlegt, sondern es griffe auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre der Grundsatz ein, dass der Inhalt der Willenserklärung sich durch die letzten Äußerungen bestimmt.

Das eigentliche Problem ist in für den Erwerber gerade bei umfangreichen Beschreibungen nicht mehr offensichtlichen Änderungen gegenüber früheren Fassungen zu erkennen. Es entspricht gängigen Verhandlungstechniken, dass auf der Grundlage vorliegender Beschreibungen nur problematische Punkte weiter be- und verhandelt werden. Bei diesem Vorgehen werden die Parteien annehmen und nach Treu und Glauben annehmen dürfen, dass jüngere Fassungen der Baubeschreibung allein diejenigen Punkte verändern, die noch verhandelt werden, nicht aber Änderungen in anderen Bereichen mit sich bringen. Vor diesem Hintergrund sollten besondere Hürden für die Widerlegung der Vermutung aufgestellt werden, dass die Inhalte der (älteren) Baubeschreibung Vertragsbestandteil geworden sind. Es erscheint angemessen, insoweit einen ausdrücklichen Hinweis zu verlangen.

### (2) Fehlende Baubeschreibung

#### These 3

- Bei der Baubeschreibungspflicht handelt es sich um eine vorvertraglich zu erfüllende Pflicht, deren zu vertretende Verletzung nach allgemeinen Grundsätze Ansprüche aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB begründet.
- In Abhängigkeit von entstehenden Entscheidungskonflikten kann und muss eine Vermu-

tung informationskonformen Verhaltens herangezogen werden, um die effektive Sanktionierung zu gewährleisten.

- Zum Schutz des Bauträgers vor erpresserischem Verhalten ist als Ausfluss der Schadensminderungsobliegenheit die Gelegenheit vorzusehen, den aus der Belastung mit dem Vertrag resultierenden Vermögensschaden auszugleichen bzw. den subjektiven Schadenseinschlag zu beseitigen. Aus ergänzender Vertragsauslegung kann sich ein Anspruch des Unternehmers auf Erstattung der Sowieso-Kosten ergeben, wenn der Bauträger, um den subjektiven Schadenseinschlag zu beseitigen, eine Änderung der Leistung anbietet.
- Einer gesetzlichen Regelung bedarf es für all dies nicht.

#### aaa) Anspruchsgrundlage

Die Nichterfüllung einer Informationspflicht wird als solche in der Regel keinen Einfluss auf die primär geschuldete Leistung haben. Eine Anwendung der Mängelansprüche scheidet daher *a priori* aus. Anders stellt sich dies nur bei Informationspflichten dar, welche der vertragsgemäßen Nutzung des Leistungsgegenstandes dienen und daher leistungsbezogene Pflichten gem. § 241 Abs. 1 BGB sind (vgl. dazu bereits o. zur Begründung einer Dokumentationspflicht). Somit ist die Qualifikation der Informationsverpflichtung von entscheidender Bedeutung.

Für die zu begründende Pflicht zur Baubeschreibung empfiehlt sich ein möglichst weitgehender Gleichlauf mit der allgemeinen Informationspflicht bei Verbraucherverträgen. Da der Unternehmer bereits *vor* Vertragsschluss seiner Informationsverpflichtung nachkommen muss, Art. 246 Abs. 1 EGBGB n.F., ist die Einordnung als nicht leistungsbezogene Nebenpflicht zutreffend. Kommt der Unternehmer seiner vorvertraglichen Informationspflicht nicht nach, so ist für den Verbraucher grds. ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB sowie ein Rücktrittsrecht gem. § 324 BGB denkbar. Das verschuldensunabhängige Rücktrittsrecht stellt hohe Anforderungen an die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag, welche durch die bloße Nichtbeachtung der Informationspflicht nicht erfüllt werden.

Verletzt der Unternehmer zumindest fahrlässig – was i.d.R. zu bejahen sein wird – seine Informationspflicht, so sind indes die ersten beiden Erfordernisse des verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruches bereits erfüllt. Schwieriger zu beurteilen sind die weiteren Erfordernisse der Kausalität sowie des Vermögensschadens.

### bbb) Kausalität

Der Verbraucher-Besteller wird i.d.R. geltend machen, als Folge der unterlassenen Information mit einem Vertrag belastet zu sein, den er bei pflichtgemäßer Information nicht geschlossen hätte. Da der Beweis des eigenen hypothetischen Verhaltens niemals leicht fällt, hat die Praxis im Bereich der deliktischen Haftung eine Beweiserleichterung bei Verletzungen von Warnpflichten entwickelt.<sup>40</sup> Der Aufklärungspflichtige trägt die Darlegungs- und Beweislast, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Dies bedeutet allerdings, dass es bei konformen Verhalten für den anderen Teil keinen Entscheidungskonflikt geben darf.<sup>41</sup> Beide Aspekte sind auf die Baubeschreibungspflichten bei Bauträgerverträgen zu übertragen: Ohne eine Kausalitätsvermutung bliebe die Baubeschreibungspflicht einerseits ein zahnlöser Tiger (symbolische Gesetzgebung). Andererseits würde das von einem so weitreichenden Anspruch insbesondere im Fall der bereits eingetretenen Erfüllung ausgehende Erpressungspotential ohne eine Beschränkung unbeherrschbar.

### ccc) Schaden

Ein Vermögensschaden kann sich nach etablierter Praxis aufgrund einer Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile des eingegangenen Vertrages ergeben.<sup>42</sup> Daneben kann ein Vermögensschaden bereits darin liegen, dass der von dem schuldhaften Pflichtverstoß Betroffene in seinen Vermögensdispositionen beeinträchtigt ist, selbst wenn die vom Schuldner des Schadensersatzanspruchs geschuldete Leistung die vereinbarte Vergütung objektiv wert ist. Der Schadensbegriff ist mithin im Ansatz subjektbezogen.<sup>43</sup> Allerdings muss auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig und den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen ansehen und die erbrachte Leistung somit als Schaden einordnen.

### ddd) Mögliche Einschränkungen des Schadensersatzanspruchs

<sup>40</sup> BGH, Urteil v. 18.10.1988 – VI ZR 94/88 –, NJW-RR 1989, 219 – Baggersee.

<sup>41</sup> BGH, Urteil v. 10.05.1994 – XI ZR 115/93 –, NJW 1994, 2541, 2542; Urteil v. 11.03.1997 – XI ZR 92/96 –, NJW 1997, 2171, 2173; Urteil v. 06.04.2001 – V ZR 402/99 –, NJW 2001, 2021.

<sup>42</sup> BGH, Urteil v. 26.09.1997 – V ZR 29/96 –, NJW 1998, 302, 304 f.; MünchKomm.-Oetker, § 249 Rdnr. 28.

<sup>43</sup> BGH, Urteil v. 26.09.1997 – V ZR 29/96 –, NJW 1998, 302, 304 f.; Lange, § 1 Abs. 3 Satz 2; Soergel/Mertens, Vorb. §249 Rdnr. 20 ff.

Wird der Vermögensschaden in der Belastung mit dem Vertrag als solchem erkannt, so ist der Anspruch auf Schadensersatz auf Rückgängigmachung aller erbrachten Leistungen, ungeachtet ihrer Werthaltigkeit, gerichtet. Dieser Anspruch ist für den Schuldner, der nach Erbringung der Leistungen zum Rückbau verpflichtet ist und den Anspruch auf die Vergütung verliert, extrem belastend.

Wird jedoch bei genauerer Betrachtung der Vermögensschaden in der Störung des Äquivalenzverhältnisses bzw. im subjektiven Schadenseinschlag erkannt, so sind die erforderlichen Restitutionsmaßnahmen sehr viel weniger einschneidend:

Im Hinblick auf die Störung des Äquivalenzverhältnisses kann eine Reduktion des Vergütungsanspruches erfolgen. Bei einem Vermögensschaden durch den „subjektiven Schadenseinschlag“ kann dem Schuldner die Möglichkeit eingeräumt werden, die Brauchbarkeit des Werkes für den Gläubiger wieder herzustellen. Aufgrund der in den §§ 249, 251 BGB zum Ausdruck gebrachten Schadensminderungsobliegenheit des Gläubigers ist immer die den Schuldner minder belastende Form des Schadensersatzes zu wählen. Erlangt der Gläubiger durch die Beseitigung des subjektiven Schadenseinschlages eine objektiv hochwertigere Leistung, so ist er überdies zur Zahlung der „Sowieso-Kosten“ verpflichtet, wenn er sich bei pflichtgemäßer Information für eine geänderte und teurere Ausführungsart entschieden hätte.

## 2. Dokumentationspflichten des Bauträgers These 4

- Es bedarf einer gesetzlichen Niederlegung und Konkretisierung bestimmter Dokumentationspflichten des Bauträgers bei Verbraucherverträgen.
- Die Dokumentationspflichten dienen (a) der Verbürgung bestimmter Qualitätsaspekte, (b) der Ermöglichung der Instandhaltung, Modernisierung und Änderung von Immobilien als langlebigen Wirtschaftsgütern über einen längeren Zeitraum sowie (c) der Sicherung von Vermögensinteressen des Auftraggebers.
- Die Verletzung der genannten Dokumentationspflichten begründet keinen Sach- bzw. Werkmangel, wenn sie die gewöhnliche oder vertragliche vorausgesetzte Verwendung der Immobilie zur Zeit des Gefahrübergangs nicht beeinträchtigt. Abgesehen davon handelt es sich bei den Dokumentationspflichten um selbständige leistungsbezogene Pflichten, die selbständige Erfüllungsansprüche begründen und gerichtlich durchsetzbar sind, aber auch

ein Leistungsverweigerungsrecht gem. §§ 273, 274 BGB begründen. Der Bauträger hat nach allgemeinen Grundsätzen eine Nacherfüllungsbefugnis auch im Hinblick auf die Dokumentationspflicht.

### a) Problem

In Abgrenzung zur bloßen Information trägt der Begriff „Dokumentation“ eine besondere zukunftsgerichtete Finalität in sich. Dokumentation wird als Nutzbarmachung von Information zur weiteren Verwendung verstanden, welche sich des Erfassens, Ordnen und Aufschließens von Dokumenten bedient.<sup>44</sup>

Bis heute verweigern die Gerichte Auftraggebern bei Bauträgerverträgen Ansprüche auf Dokumentation bestimmter Beschaffenheiten der Immobilie, soweit solche Ansprüche nicht vertraglich vereinbart wurden.<sup>45</sup> Die damit verbundene Belastung der Auftraggeber ist erheblich, zeigt sich aber nicht selten erst nach einem längeren Zeitraum in Gestalt höherer Kosten der Bestandsaufnahme bei Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, bei Modernisierungen oder Umgestaltungen.<sup>46</sup>

Es entspricht verhaltensökonomischen Erkenntnissen ebenso wie dem geschulten Vorurteil, dass Auftraggeber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wegen der zeitlichen Entfernung relevanter Ereignisse und der unsicheren Einschätzung des Werts diesbezüglicher Informationen in der Regel zu geringen (wirtschaftlichen) Wert auf die Erlangung der maßgeblichen Informationen legen. Der für die Erstellung der Dokumentation selbstverständlich erforderliche und in die Vergütung des Bauträgers einzupreisende Einsatz „guten Geldes“ zum Zeitpunkt des Erwerbs wird meist höher bewertet als die nach Wahrscheinlichkeit und Höhe schwer zu kalkulierenden erhöhten Kosten für die Durchführung von Instandhaltungsmaß-

nahmen, Modernisierungen oder Änderungsmaßnahmen zu einem späteren Zeitpunkt.<sup>47</sup>

Daneben steht die selbständige Problematik, dass auch sachkundig beratenen Auftraggebern die Überprüfung der Mangelfreiheit der Immobilie erschwert wird, wenn sie über keine Dokumentation der konkreten Bauausführung verfügen.

### b) Lösungsvorschlag

#### aa) Persönlicher Anwendungsbereich

Bauträgerverträge werden in aller Regel als Verbraucherverträge gem. § 310 Abs. 3 BGB geschlossen. Der von den Sonderregelungen der MaBV erfasste Bauträger ist *per definitionem* Unternehmer i.S. des § 14 BGB, vgl. § 1 MaBV. Wegen der Privilegierung der Vermögensverwaltung ist selbst ein Auftraggeber, der einen Bauträgervertrag zur Kapitalanlage im Hinblick auf die anschließende Vermietung abschließt, Verbraucher i.S. des § 13 BGB.

Die Gründe, die für die Niederlegung einer Dokumentationspflicht sprechen, werden bei Bauträgerverträgen, die nicht als Verbraucherverträge geschlossen werden, häufig in gleicher Weise vorliegen. Dennoch entspricht es zum einen verbreiteter Wahrnehmung, zum anderen den Strukturentscheidungen des BGB, bei gewerblichen Auftraggebern auf die privatautonome Gestaltung durch die Parteien zu vertrauen. Überdies kann dadurch ein weitgehender Gleichlauf von Dokumentations- und Informationspflichten (vgl. dazu o.) hergestellt werden.

#### bb) Gegenständlicher Anwendungsbereich

(1) Konzept und Struktur von Dokumentationspflichten

Der Bauträger haftet – unabhängig von der kauf- oder werkvertraglichen Qualifikation des Bauträgervertrages – stets für die Verschaffung einer Immobilie, welche die übliche Beschaffenheit aufweist und sich für die gewöhnliche Verwendung eignet. Die einschlägigen Vorschriften in den §§ 434 Abs. 1, 633 Abs. 2 BGB steuern zugleich das Leistungsprogramm des Bauträgers. Es handelt sich daher insoweit um leistungsbezogene Pflichten gem. § 241 Abs. 1 BGB. Parallel dazu bestehen nicht leistungsbezogene Pflichten, die

<sup>44</sup> Lotz, Bauunterlagen und Dokumentation, BauR 2012, 157, 158.

<sup>45</sup> OLG Karlsruhe, Urteil v. 05.07.1974 – 10 U 222/73 –, NJW 1975, 694; OLG München, Urteil v. 15.10.1991 – 9 U 2958/91 –, BauR 1992, 95; LG München Urteil v. 2.03.2007 – 2 O 23839/06 –, BauR 2007, 1431; LG Krefeld, Urteil v. 11.12.2008 – 2 O 56/08 –, BauR 2009, 860, zu einem Bauträgervertrag. Dagegen bereits Mandelkow, Technische Nachweise beim Bauen – Gesetzliche Verpflichtung statt inhaltsleerer Absichtserklärung, BauR 2007, 1474, 1476 ff., der eine sich aus der Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik resultierende Nachweispflicht auf § 134 BGB analog stützt; differenzierend Lotz, Bauunterlagen und Dokumentation, BauR 2012, 157, 162 ff.

<sup>46</sup> Vgl. etwa Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl., 2011, Rdnr. 470.

<sup>47</sup> Kahnemann/Knetsch/Thaler, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, Journal of Economic Perspectives Vol. 5, Nr. 1, 1991, 193, in: E.L. Khalil, The New Behavioral Economics, Volume III – Tastes for Endowment, Identity and the Emotions, 2009, S. 54 f.; Sunstein, Behavioral law and economics, 2000, S. 225.

auf Rücksichtnahme auf die Vermögensinteressen der jeweils anderen Vertragspartei gerichtet sind. In diese Strukturen sind bestehende und zu begründende Dokumentationspflichten einzufügen.

(2) Für die nach der gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Nutzung erforderliche Dokumente

Dokumente, die für die gewöhnliche oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Nutzung des Vertragsgegenstandes unmittelbar erforderlich sind, hat der Bauträger bereits auf der Grundlage der §§ 434 Abs. 1, 633 Abs. 2 BGB zu verschaffen. Dazu gehört zum einen die Dokumentation, die zur vertragsgemäßen Verwendung des Leistungsgegenstandes erforderlich ist (z.B. Bedienungsanleitungen)<sup>48</sup>, aber auch alles, was erforderlich ist, um den Leistungsgegenstand aus öffentlich-rechtlicher Sicht nutzen zu können, also z.B. Bescheinigungen, die für die feuerpolizeiliche Genehmigung einer Feuerstätte erforderlich sind. Selbstredend ist eine nicht gewöhnliche Nutzung allein dann nach dem Vertrag vorausgesetzt, wenn sie nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen Vertragsbestandteil geworden ist. Die Nichterfüllung solcher Dokumentationspflichten begründet unmittelbar die Mangelhaftigkeit der Immobilie<sup>49</sup> und leitet in die Mängelansprüche über.<sup>50</sup> Besonderer Vorschriften bedarf es dazu nicht.

Nach allgemeiner Auffassung zählt auch beim Bauträgervertrag die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zur üblichen Beschaffenheit<sup>51</sup> der geschuldeten Leistung. Eine Vermutung spricht dafür, dass DIN-Normen die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben. In nicht unerheblichem Umfang begründen DIN-Normen Nebenleistungspflichten, die auf die Dokumentation der Qualität der erbrachten Leistungen gerichtet

<sup>48</sup> So ist beispielsweise der Unternehmer aus einem als Werkvertrag zu qualifizierenden Softwarevertrag regelmäßig auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet, die diesen in die Lage versetzt, mit dem System zu arbeiten. BGH, Urteil v. 20.02.2001 – X ZR 9/99 –, NJW 2001, 1718, 1719. Die Überlassung einer solchen Dokumentation hat der BGH als Hauptpflicht, qualifiziert, die im Synallagma steht und die Rechte der §§ 325, 326 BGB a.F. begründet.

<sup>49</sup> OLG Brandenburg, Urteil v. 04.07.2012 – 13 U 63/08 –, juris-Rdnr. 57, zu Protokollen bzw. Dokumentationen über die Druckprüfung und die Einstellarbeiten an den Ventilen einer Heizungsanlage; OLG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 08.02.2013 – 1 U 76/12 –, juris-Rdnr. 61.

<sup>50</sup> Lotz, BauR 2012, 157, 165.

<sup>51</sup> Vgl. nur Bastly, Bauträgervertrag, 7. Aufl., 2012, Rdnr. 871 m. zahlr. Nachw.

sind.<sup>52</sup> Auch auf diesem Wege könnte zwar bei unzureichender Dokumentation ein Werkmangel begründet werden.<sup>53</sup>

Es ist aber zu beachten, dass ein diesbezüglicher Dokumentationsmangel nicht der Immobilie als solcher anhaftet (vgl. dazu sogl.). Solange Dokumentationsmängel die Verwendungsfähigkeit der Immobilie nicht einschränken, sollten sie deshalb keinen Sach- bzw. Werkmangel begründen (zu weiteren Folgen vgl. sogl.).

(3) Gewöhnliche Verwendung und künftige Nutzung

Immobilien, welche den Gegenstand von Bauträgerverträgen bilden, sind langlebige Wirtschaftsgüter. Überdies besteht ein öffentliches Interesse an ihrer möglichst langfristigen Nutzung im Sinne eines nachhaltigen Ressourceneinsatzes. Bei den Immobilien, welche den Leistungsgegenstand von Bauträgerverträgen bilden, umfasst deshalb die gewöhnliche Verwendung die fortlaufende Instandhaltung, die Modernisierung und selbst die Umgestaltung in bestimmtem Umfang.

Das Fehlen der Dokumentation etwa der Statik, technischen Ausstattung oder der verwendeten Materialien beeinträchtigt, anders als bei der vorgenannten Fallgruppe, die Eignung der Immobilie für die gewöhnliche Verwendung zwar nicht zur maßgeblichen Zeit des Gefahrübergangs,<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Z.B. sind gem. Abschnitt 4.1.3 DIN 18331 Betonarbeiten unter dem Begriff Nebenleistungen auch solche Leistungen zu verstehen, welche zum Nachweis der Güte der Stoffe, Bauteile und des Betons erbracht werden. Als Güte- oder Brauchbarkeitsnachweis kommen für genormte Produkte (Fertigteile und Bewehrungsmaterial) Gütenachweise bzw. der Nachweis der Konformität durch den Hersteller z.B. durch Übereinstimmungszeichen (Ü-Zeichen) nach Bauregelliste in Frage. Für nicht genormte Produkte hingegen ist eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung des Instituts für Bautechnik, Berlin, ein allgemeines Prüfzeichen der verschiedenen Güteschutzgemeinschaften oder auch ggf. die Zulassung des Produktes nach Einzelfallprüfung erforderlich, vgl. Scherer/Schuldt, Beck'scher VOB-Kommentar; Englert/Motzke/Katzenbach, VOB Teil C, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 139.

<sup>53</sup> OLG Brandenburg, Urteil v. 04.07.2012 – 13 U 63/08 –, juris-Rdnr. 57, zu gem. ATV 18379 (Lüftung) und ATV 18381 (Wasser- und Entwässerungsanlagen) zu liefernden Protokollen bzw. Dokumentationen über die Druckprüfung und die Einstellarbeiten an den Ventilen einer Heizungsanlage.

<sup>54</sup> Lotz, BauR 2012, 157, 165. Klarzustellen ist auch bereits an dieser Stelle, dass die Maßgeblichkeit des Gefahrübergangs für die Risikotragung nicht in Frage gestellt wird. Nach dem Gefahrübergang eintretender Verschleiß begründet für sich genommen keinen Mangel, wohl aber kann die fehlende Dokumentation als Grundlage für als Folge des

erhöht aber zumindest die Aufwendungen des Auftraggebers, der zu einem späteren Zeitpunkt, wenn der Instandhaltungs-, Modernisierungs- oder Änderungsbedarf sich konkretisiert, jeweils auf eigene Kosten eine Bestandsaufnahme durchführen muss. U.U. wird die Bestandsaufnahme mit der Notwendigkeit zerstörender Eingriffe belastet oder gar völlig verunmöglicht. Durch die Notwendigkeit, auf unsicherer Tatsachengrundlage Instandhaltungs-, Modernisierungs- oder Änderungsmaßnahmen vornehmen zu müssen, entstehen ein besonderes Risiko sowie Folgekosten, wenn das Risiko sich realisiert. Der Bedarf an Dokumentation nimmt wegen der zunehmend anspruchsvollen Bautechnik in der Tendenz zu.

Die Zuordnung von Instandhaltungs-, Modernisierungs- oder Änderungsmaßnahmen zur gewöhnlichen Verwendung scheint auf die unmittelbare Anwendung der §§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB und eine Lösung des Dokumentationsproblems über die Mängelansprüche zu deuten. Richtig ist daran, dass diese Vorschriften die Schutzwürdigkeit der Erwartung des Käufers oder Bestellers anerkennen, ein Produkt zu erhalten, das sich im Zeitpunkt des Gefahrübergangs für die gewöhnliche Verwendung eignet.

Dennoch stellen zwei Umstände die Lösung über die Mängelansprüche in Frage: Zum einen haftet der Dokumentationsmangel weder der Kaufsache noch dem Werk an, weshalb diesbezügliche Lücken traditionell als Nebenleistungspflichtverletzungen aufgefasst werden.<sup>55</sup> Bis heute wird im kaufrechtlichen Zusammenhang die Bedeutung des Elements der „Beschaffenheit der Sache“ darin erkannt, dass eine für § 434 relevante Vereinbarung sich auf die Erwartungen beziehen muss, die sich mit der physischen Beschaffenheit und den Umweltbeziehungen der Sache selbst verknüpfen, also nicht die weiteren Folgen der Einfügung der Sache ins Käufervermögen (etwa steuerrechtliche Konsequenzen) oder die Verhaltensweisen des Verkäufers bei der Erfüllung, selbst wenn hierzu Vereinbarungen getroffen sind, weil andernfalls der Bereich der verschuldensunabhängigen Gewährleistung uferlos würde<sup>56</sup>. Nichts anderes gilt im Werkvertragsrecht. Zum anderen führt ein solcher Dokumentationsmangel weder zur unmittelbaren Beeinträchtigung der

Verwendungseignung bei Gefahrübergang, noch ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Hinblick auf die oben gezeigte Beeinträchtigung der Vermögensinteressen in irgendeiner Weise relevant, denn der durch die Pflichtverletzung berührte Instandhaltungs-, Modernisierungs- oder Änderungsbedarf wird erst erheblich später entstehen.

Wenngleich Dokumentationspflichten zum Zweck der Ermöglichung solcher Maßnahmen als Elemente der auf mangelfreie Werkherstellung gerichteten werkvertraglichen Erfüllungsverpflichtung konstruierbar wären, zeigt nicht zuletzt die der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>57</sup> geschuldete Regelung in § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB (sog. „IKEA-Klausel“) und ihre schwierige Einpassung in das System der Mängelansprüche,<sup>58</sup> dass eine Inklusion leistungsbezogener Nebenpflichten des Bauträgers in die Pflicht zur Erbringung eines mangelfreien Werks nicht sinnvoll ist.

Es ist daher davon auszugehen, dass es sich bei den Dokumentationspflichten, welche die künftige Verwendung auch in Gestalt von Instandhaltungsarbeiten, Sanierungen oder Änderungen sichern, um leistungsbezogene Nebenpflichten<sup>59</sup> handelt. Der für die Weiterveräußerung bzw. Vermietung – auch dabei handelt es sich um gewöhnliche Verwendungsformen von Immobilien über den Lauf der Zeit – erforderliche Energieausweis bzw. der Anspruch auf Ausstellung eines solchen gem. § 16 EnEV zählt ebenfalls zu dieser Kategorie. Schließlich sollte dasselbe für die oben angesprochenen Dokumentationspflichten gelten, welche die Qualität der Leistung verbürgen sollen.

Mit dieser Einordnung sind für den Auftraggeber keine Nachteile verbunden: Leistungsbezogene Nebenpflichten sind zunächst einer selbständigen Durchsetzung zugänglich.<sup>60</sup> Der Auftraggeber

---

Verschleißes absehbare Instandhaltungsmaßnahmen die Annahme einer Pflichtverletzung bieten.

<sup>55</sup> Vgl. für Kaufverträge nur Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., 2013, § 433 BGB Rdnr. 24, 25.

<sup>56</sup> MünchKomm.-H.P. Westermann, BGB, 6. Aufl., 2012, § 434 BGB Rdnr. 10 m.w.N.

<sup>57</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 Nr. L 171/12.

<sup>58</sup> Für die hier zu beantwortenden Fragen nach der Verwendungseignung über die Zeit hinweg ist aufschlussreich, dass in dem Fall, in dem ein mit einer mangelhaften Bauanleitung zunächst vom handwerklich überdurchschnittlich begabten Vater des Käufers mangelfrei zusammengebaut wird, nach dem zwischenzeitig erfolgten Abbau aber vom Käufer in dessen Studentenwohnung mangelhaft zusammengebaut wird, nicht klar ist, ob die Mängelansprüche fortbestehen oder durch den erstmaligen mangelfreien Aufbau untergehen, vgl. MünchKomm.-H.P. Westermann, § 434 BGB Rdnr. 41 m. zahlr. Nachw.

<sup>59</sup> Vgl. für Kaufverträge nur Palandt/Weidenkaff, § 433 BGB Rdnr. 24, 25.

<sup>60</sup> OLG Köln, Urteil v. 06.08.1999 – 19 U 176/98 –, VersR 2001, 1157; OLG Stuttgart, Beschluss v. 25.01.2010 – 10 U 119/09 –, IBR 2010, 443. Vgl. Lotz, BauR 2012, 157, 165;

kann deshalb Erfüllungsansprüche geltend machen, die auf die geschuldete Dokumentation gerichtet sind, und diese gerichtlich durchsetzen. Er kann seine Ansprüche aber auch einredehalber gem. §§ 273, 274 BGB gegen den Zahlungsanspruch geltend machen. Allein die Abnahme wird in der Regel nicht verweigert werden können,<sup>61</sup> was jedoch wiederum stimmig ist, da manche Dokumentation zum Abnahmezeitpunkt noch gar nicht geschuldet ist. Auch dem Bauträger geschieht durch diese Ausgestaltung kein Übel, behält er doch auch im Hinblick auf den selbständigen Dokumentationsanspruch des Auftraggebers seine Nacherfüllungsbefugnis.

Zur Klärung der Rechtslage sollte der Gesetzgeber sowohl die grundsätzliche Dokumentationspflicht des Bauträgers hinsichtlich Grund und Reichweite als auch deren Einordnung gesetzlich niederlegen.

(4) Dokumentation als selbständige leistungsbezogene Pflicht

Die Komplexität der bauvertraglichen Vertragsbeziehungen bringt es mit sich, dass mitunter auch Dokumentation geschuldet werden kann, die weder für die unmittelbare bestimmungsgemäße Verwendung des Werks noch für seine künftige Verwendung erforderlich ist, sondern allein im Hinblick auf die Vermögensinteressen des Bestellers: Wenn etwa der Auftraggeber den Bauträgervertrag mit von der KfW geförderten Darlehen finanziert, benötigt er die für die Inanspruchnahme der Fördermittel erforderlichen Nachweise über die Energieeffizienz.

Wird eine diesbezügliche Pflicht in den Vertrag aufgenommen, so handelt es sich gleichfalls um eine selbständige Leistungspflicht, die nicht dem Mängelregime unterworfen ist, aber zum einen mit einem Erfüllungsanspruch selbständig durchsetzbar ist und zum anderen im Fall der Nichterfüllung eine Obliegenheit des Auftraggebers zur Fristsetzung begründet.

Im Hinblick auf die Wertung der §§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB muss davon ausgegangen werden, dass eine solche Dokumentationspflicht bereits dann konkludent vereinbart wird, wenn der Auftraggeber den Umstand der Kreditfinanzierung durch die KfW bei den Vertragsverhandlungen einführt und der Bau-

träger zu verstehen gibt, dass das Objekt förderungsfähig ist bzw. dem nicht ausdrücklich widerspricht. Denkbar wäre zwar an dieser Stelle, an die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB anzuknüpfen. Dies hätte aber für den Bauträger den Nachteil, dass er nach überwiegender Auffassung keine Nacherfüllungsbefugnis hätte.

Zur Klärung der Rechtslage sollte der Gesetzgeber sowohl die grundsätzliche Dokumentationspflicht des Bauträgers hinsichtlich Grund und Reichweite als auch deren Einordnung gesetzlich niederlegen.

(5) Keine Dokumentation zur Ermöglichung der Prüfung der Vertragsmäßigkeit

Auftraggeber mögen ein erhebliches Interesse daran haben, die konkrete Herstellung der Immobilie betreffende Informationen zu erhalten, um möglichst bereits bei Abnahme sachverständig unterstützt die vertragsmäßige Erfüllung prüfen zu können.

Die hier vorgeschlagene Dokumentationspflicht soll indes weder diesem Zweck dienen noch dafür – aus diesem Grund – erforderliche Informationen umfassen. Es erschiene systemwidrig, eine so weitreichende Dokumentationspflicht vorzusehen. Weder beim Kauf- noch beim Werkvertrag im Übrigen bestehen solche Pflichten. Schwierigkeiten des Käufers bzw. Bestellers, bei einer festgestellten Fehlfunktion einen Mangel nachzuweisen, kommt die Praxis durch Herabsetzungen der Prozesslasten (Symptomrechtsprechung)<sup>62</sup> hinreichend nach. Die Konkretisierungswirkung der Baubeschreibung (vgl. dazu o.) sollte den Auftraggeber in die Lage versetzen, bei Abnahme die Vertragsgemäßheit zu überprüfen.

Schließlich besteht bei verhaltensökonomischer Betrachtung das Sonderproblem der strukturellen Unterbewertung der künftigen Zusatzkosten nicht. Der Auftraggeber kann recht gut beurteilen, was ihm die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses einzupreisende Dokumentation im Hinblick auf die bloße Sicherheit, versteckte Mängel bereits bei der Abnahme zu erkennen und diesbezügliche Ansprüche geltend zu machen, wert ist und auf dieser Grundlage einen weiterreichenden Anspruch auf Dokumentation in den Vertrag hineinverhandeln.

Mandelkow, BauR 2007, 1474, 1477; für den Fall einer existierenden konkreten vertraglichen Vereinbarung ohnehin bejahend BGH, Urteil v. 29.06.1993 – X ZR 60/92 –, NJW-RR 1993, 1461, 1462; Pause, Rdnr. 470.

<sup>61</sup> OLG Stuttgart, Beschluss v. 25.01.2010 – 10 U 119/09 –, IBR 2010, 443.

<sup>62</sup> BGH, Urteil v. 18.01.1990 – VII ZR 260/88 –, BauR 1990, 356; Urteil v. 03.07.1997 – VII ZR 210/96 –, BauR 1997, 1029; Urteil v. 30.03.2004 – X ZR 127/01 –, BGHReport 2004, 1067.

### cc) Maßgeblichkeit der Vertragsumstände für Dichte und Fälligkeit des Anspruchs auf Dokumentation

Eine pauschale Aussage über die Reichweite der Dokumentationspflicht lässt sich indes nicht treffen. Maßgeblich müssen die Umstände des Gesamtvertrages sein. Je komplexer etwa die in der Ausstattung verwendete Technik ist, desto höher werden die Anforderungen an die Dokumentation sein. Je näher nach der Art des Bauwerks eine spezifische Änderungsmaßnahme liegt, z.B. ein Erweiterungsbau, desto weiter werden die Pflichten im Hinblick auf dafür erforderliche Informationen (z.B. Statik, verwendete Bautechniken) reichen.

Dasselbe gilt für den Zeitpunkt der Erfüllung der Dokumentationspflicht. Im Regelfall werden die erforderlichen Dokumente zum Zeitpunkt der Abnahme zur Verfügung zu stellen sein, allein schon, um dem Auftraggeber die Prüfung der Vollständigkeit der Dokumentation – nicht: der im Übrigen vertragsgemäßen Erstellung der Immobilie, vgl. o. – zu ermöglichen. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass bestimmte Dokumente erst nach der Abnahme vorliegen werden, etwa die Bescheinigung des Schornsteinfegers der Betriebssicherheit der Feuerstätte, oder abschließend zu ermitteln sind.

#### Anhang

*Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013*

Für Verträge mit Verbrauchern über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden soll eine Pflicht des Unternehmers zur Erstellung einer Baubeschreibung gesetzlich vorgeschrieben werden. Die Regelung soll nur für solche Fälle gelten, in denen der Verbraucher die wesentlichen Planungsvorgaben weder selbst noch durch einen von ihm Beauftragten macht.

Bei der Ausgestaltung sollen folgende Eckpunkte zu berücksichtigen werden:

- Die Baubeschreibung ist dem Besteller in Textform und rechtzeitig vor Vertragsschluss zur Verfügung zu stellen.
- In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des geschuldeten Werks in klarer und verständlicher Weise darzustellen. Hierzu gehören in der Regel:
  - eine allgemeine Beschreibung der herzustellenden Objekts (ggf. Haustyp und Bauweise),

- Art und Umfang der angebotenen Leistungen (ggf. Planung und Bauleitung, Arbeiten am Grundstück und Baustelleneinrichtung, Ausbaustufe),
- Gebäudedaten, Pläne (Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte),
- Angaben zum Energie- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,
- Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktion aller wesentlichen Gewerke,
- Beschreibung der haustechnischen Anlagen,
- Angaben zu Qualitätsmerkmalen,
- Beschreibung der Sanitärprojekte, der Armaturen, Elektroanlage, Installation, Informationstechnologie und der Außenanlagen.

- In die Regelung soll ausdrücklich eine Vermutung aufgenommen werden, dass die Angaben in einer vorvertraglich übergebenen Baubeschreibung zum Vertragsinhalt geworden ist. Diese Vermutung kann insbesondere dadurch widerlegt werden, dass eine Einigung über Änderungen nachgewiesen wird.
- Eine den Anforderungen des zweiten Punktes nicht genügende Baubeschreibung, ist nach dem Vorbild der Auslegungskriterien des AGB-Rechts zu Gunsten des Verbrauchers (ergänzend) auszulegen. Maßstab soll dabei das Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen sein. Ein Rücktrittsrecht aus diesem Grund soll dem Verbraucher nicht gewährt werden.

## II. Thesen von Rechtsanwalt Dr. A. Olrik Vogel, München

### 1. These: Absicherung beim sog. Vormerkungsmodell

Die derzeit bestehende Möglichkeit des Bauträgers, bautenstandsabhängig nach Absicherung der Lastenfreistellung und Vorliegen der öffentlich-rechtlich erforderlichen Genehmigungen den Erwerbspreis entgegen zu nehmen, ist jedenfalls beim Verbrauchervertrag durch eine zwingende Regelung dahin einzuschränken, dass dem Erwerber vorher eine „Rückzahlungsbürgschaft“ über den gezahlten Erwerbspreis vorliegen muss.

Der Kodifizierung eines insolvenzbedingten Kündigungsrechts des Erwerbers bedarf es nicht.

Das an § 3 Abs. 2 MaBV und § 632a Abs. 2 BGB i.V.m. der Verordnung über Abschlagszahlungen beim Bauvertrag orientierte und heute nahezu ausnahmslos praktizierte Vertragsmodell sieht vor, dass der Erwerber den Erwerbspreis entsprechend dem Baufortschritt in maximal sieben Abschlagszahlungsraten zahlen muss, wenn der Eigentumserwerb durch Eintragung einer Auflassung

sungsvormerkung und die Lastenfreistellung durch eine Freistellungserklärung des den Bauträger globalfinanzierenden Kreditinstituts gesichert ist sowie die öffentlich-rechtlich erforderlichen Genehmigungen vorliegen. Im Falle von Leistungsstörungen nützt auch die in § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB vorgesehene Sicherheit dem Erwerber wenig. Die Absicherung i.H.v. 5 % reicht bei erheblichen Leistungsstörungen nicht ansatzweise aus, den entstandenen Schaden zu kompensieren und das Bauvorhaben fertig zu stellen. Gerade beim Geschosswohnungsbau können nach Verlust der Bonität des Bauträgers oder formeller Insolvenz die Restfertigstellungsmehrkosten und die Verzögerungsschäden immens sein. Anders als beim „Bauen auf eigenem Grund“ kann der Erwerber in diesen Fällen nicht mit vertretbaren wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen die Rückabwicklung des Vertrags, sei es im Wege des Rücktritts oder sei es im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung, herbeiführen. Die Absicherung des Eigentumserwerbs durch Vormerkung setzt einen wirksamen Eigentumsverschaffungsanspruch voraus. Mit Rückabwicklung des Vertrags, sei es durch Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung, erlischt dieser Anspruch und damit automatisch die Absicherung des Erwerbs durch die akzessorische Vormerkung. Gegenüber dem Grundbuchberichtigungsanspruch besitzt der Erwerber kein insolvenzfestes Zurückbehaltungsrecht.<sup>63</sup> Der Anspruch auf Rückzahlung des angezahlten Erwerbspreises ist eine einfache Insolvenzforderung (§ 38 InsO), so dass der Erwerber allenfalls Jahre später eine geringe Quote erhält. Auch das Freigabeverprechen des den Bauträger finanzierenden Kreditinstituts ist nicht geeignet, den Erwerber sachgerecht zu schützen. Hierzu formuliert treffend die Begründung der gemeinsamen Vorschläge des Verbandes Privater Bauherren e.V., des Bauherrenschutzbundes e.V. und der Bundesnotarkammer vom 02.10.2012:

„Das Freigabeverprechen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV deckt das Rückgewährisiko des Erwerbers bei einer Nichtvollendung des Baus unzureichend ab. Insbesondere handelt es sich bei der Entscheidung, ob angesichts eines steckengebliebenen Baus der Grundbesitz von der Globalgrundschuld freigegeben wird oder die bereits geleisteten Abschlagszahlungen zurückgezahlt werden, nicht um ein Gestaltungsrecht des Erwerbers, sondern vielmehr um ein Wahlrecht bzw. eine Ersetzungsbefugnis des finanzierenden Kreditinstituts des Bauträgers. Der Umfang der Rückzahlungspflicht ist für den Erwerber regelmäßig

beschränkt auf den anteiligen Wert des Vertragsobjekts, d.h. auf den objektiven Wert des Vertragsobjekts mit dem im Zeitpunkt des Steckengeblehens bzw. der Rückzahlung erreichten Bautenstands. Der Erwerber trägt insoweit das Risiko, dass die durch ihn gezahlten Beträge den Wert des erreichten Bautenstands übersteigen, z.B. wenn er 'zu teuer' über dem Verkehrswert gekauft hat oder die bereits erbrachten Bauleistungen erhebliche Mängel aufweisen.“

In der Praxis ergeben sich zudem weitere Abwicklungsprobleme, weil die regelmäßig vorformulierten Freigabeverprechen sich eng an den Text der MaBV anlehnen, so dass die unklaren gewerberechtlichen Begriffe und Regelungen in das Zivilrecht „transferiert“ werden.<sup>64</sup> *De lege lata* ist also die Rückabwicklung für den Erwerber keine reelle, sondern eine desaströse Handlungsmöglichkeit, die die Frage aufwirft, ob die übliche Gestaltung der Bauträgerverträge supranationalem Verbraucherschutzrecht genügt.<sup>65</sup>

Obiger Vorschlag will durch eine nur für den Verbrauchervertrag zwingende Regelung sicherstellen, dass wie beim „Bauen auf eigenem Grund“ die Rückabwicklung des Vertrags für den Erwerber eine echte Handlungsalternative wird. Er berücksichtigt die Empfehlungen des 3. Deutschen Baugerichtstags im Arbeitskreis V vollumfänglich. Nach der rechtsökonomischen Studie der Bundesnotarkammer vom August 2008 (S. 89, Szenario V) verteuert eine solche zwingende Vertragsgestaltung den Erwerbspreis um durchschnittlich 1,11730 %, wenn der Erwerber keine „Zahlungsbürgschaft“ stellt. Dies ist im Hinblick auf den deutlich verbesserten Schutz des Erwerbers verkraftbar. Zudem bietet eine „Rückzahlungsbürgschaft“ als weitere „echte“ Sicherheit neben der Vormerkung und der Lastenfreistellungserklärung dem Erwerber bessere Finanzierungsmöglichkeiten. Derzeit trägt das den Erwerber finanzierende Kreditinstitut Risiken, die sachnäher dem Kreditinstitut des Bauträgers zuzuordnen wären. Begrenzte marktberreinigende Effekte sind mit dem vorgeschlagenen Regelungsmodell nicht auszuschließen, aber in Kauf zu nehmen. Ein Bauträger, der im Rahmen seiner Finanzierung nicht eine etwa berechnete Rückabwicklung des Erwerbers abzusichern vermag, verfügt über keine hinreichend geordneten Finanzverhältnisse.

<sup>63</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 22.01.2009 – IX ZR 66/07 –, NJW 2009, 1414.

<sup>64</sup> Vgl. Vogel, NZM 2009, 71, 74.

<sup>65</sup> Vgl. Messerschmidt/Voit/Wagner, 2. Aufl. 2012, E. Rdnr. 79.



Man kann parallel überlegen, ob und in welchem Umfang es bei einer solchen gesetzlichen Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) noch der Entgegennahmeverbote in § 3 MaBV bedarf. Dies soll bewusst der Diskussion überlassen werden. Die gewerberechtlichen Regelungen zum Bauträgervertrag hatten und haben den Vorteil, dass der Verordnungsgeber rascher als der Gesetzgeber die zwingenden Regelungen an „neue“ Praxisprobleme anpassen kann.

Die gemeinsamen Vorschläge des Verbandes Privater Bauherren e.V., des Bauherrenschutzbundes e.V. und der Bundesnotarkammer vom 02.10.2012 sehen ein insolvenzbedingtes Kündigungsrecht des Erwerbers vor, falls der Bauträger insolvent wird. Ein solches Kündigungsrecht ist zwar überlegenswert, weil der Bauträgervertrag als typengemischter Vertrag nur im Falle von Pflichtverletzungen des Bauträgers vom Erwerber hinsichtlich des werkvertraglichen Elements außerordentlich gekündigt werden kann.<sup>66</sup> Ein praktisches Bedürfnis speziell für ein solches Kündigungsrecht beim Bauträgervertrag besteht aber nicht, da sich der Erwerber im Falle einer konkreten Erfüllungsgefährdung ohnehin vom Vertrag lösen kann<sup>67</sup> und die allgemeinen Rückabwicklungsgründe im Falle verzögerter oder mangelhafter Erfüllung typischerweise ebenfalls vorliegen werden. Die Kodifizierung eines insolvenzbedingten Kündigungsrechts sollte daher eng an die allgemeine Diskussion gekoppelt werden, ob ein solches Kündigungsrecht auch für den Bauvertrag vom Deutschen Baugerichtstag vorgesehen werden soll.

Mangels zu erwartender Praxisrelevanz sehe ich davon ab, die gemeinsamen Vorschläge des Verbandes Privater Bauherren e.V., des Bauherrenschutzbundes e.V. und der Bundesnotarkammer vom 02.10.2012 zum „Fertigstellungsmodell“ dem Gesetzgeber zu empfehlen. Dieses Modell sieht vor, dass nahezu die gesamte Vergütung (96,5 %) erst mit Fertigstellung des Bauwerks bei Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe zu zahlen ist, der Erwerber indes in signifikanter Höhe (40 %) eine Sicherheit für den Erwerbspreisanspruch stellen muss. Die in den Vorschlägen verwendeten Begriffe „Fertigstellung“ und „Bezugsfertigkeit“ sind nicht deckungsgleich, so dass die Abwicklung dieses Modells in der Praxis erschwert werden würde. Die Absicherung von 40 % des Erwerbspreises

halte ich angesichts der Tatsache, dass der Bauträger „auf eigenem Grund und Boden“ baut, nicht mehr für angemessen. Zwar mag der Bauträger je nach Marktlage Probleme haben, ein Erwerbsobjekt nach Rückabwicklung des Vertrags wegen Liquiditätsproblemen des Erwerbers erneut zu vermarkten. Das Vertriebsrisiko als solches fällt aber sowieso in seinen Risikobereich.

### 2. These: Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Es ist in das neue Bauvertragsrecht eine Regelung aufzunehmen, wonach die Abnahmeverpflichtung hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums aus den individuellen Erwerbsverträgen dann fakultativ durch die Wohnungseigentümergeinschaft erklärt werden kann, wenn kumulativ die in der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft verbundenen Erwerber die Abnahmeverpflichtung durch bestandskräftigen Beschluss zum Verband ziehen, die Person des Abnehmenden ohne Einflussmöglichkeiten des Bauträgers oder mit ihm rechtlich, wirtschaftlich oder persönlich abhängiger Personen selbst bestimmen können und ihnen nicht die Möglichkeit genommen wird, an der Abnahmebegehung persönlich teilzunehmen und selbst die Abnahme zu erklären bzw. zu verweigern. Machen die werdenden Wohnungseigentümer von dieser Möglichkeit Gebrauch und wird auf dieser Grundlage die Abnahme der im Gemeinschaftseigentum stehenden Bausubstanz erklärt, sollte eine gesetzliche Regelung auch vorsehen, dass hieran etwaige Nachzügler gebunden werden können.

Für Bauträgerverträge gilt der Beweis des ersten Anscheins, dass der Bauträger die Regelungen im Erwerbsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt hat.<sup>68</sup> Auch Individualklauseln in Verbraucherverträgen unterliegen der nationalen Inhalts- und der europarechtlichen Missbrauchskontrolle (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Klauseln, die den Erwerber von der persönlichen Abnahme „verdrängen“ und vorsehen, dass ein Bevollmächtigter die Abnahme bindend erklärt, sind in mehrfacher Hinsicht *de lege lata* problematisch und führen zu einer AGB-rechtlichen Unwirksamkeit.<sup>69</sup> Die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Erwerbers, so dass sich vertreten lässt, dass es auch ein wesentliches Recht von ihm ist, grundsätzlich selbst die Vertragsgemäßheit der Leistung des Bauträgers zu prüfen. Die ausdrückliche oder

<sup>66</sup> BGH, Urteil v. 21.11.1985 – VII ZR 366/85 –, NJW 1986, 925.

<sup>67</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10 –, NJW 2012, 3714.

<sup>68</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 14.05.1992 – VII ZR 204/90 –, NJW 1992, 2160; OLG Brandenburg, Urteil v. 13.06.2013 – 12 U 162/12 –, IBR 2013, 623.

<sup>69</sup> Vgl. Kniffka-Pause/Vogel, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 29.09.2013, § 640 BGB Rdnr. 125 m.w.N.

vermeintliche Unwiderruflichkeit der Vollmacht hindert den Erwerber daran, selbst die Abnahme zu erklären, zumal der so Bevollmächtigte kein Treuhänder ist.<sup>70</sup> Die vom Bauträger vorgegebene und für die Abnahme vorgesehene Person ist entweder bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung im Rahmen der Inhaltskontrolle nicht „neutral“ oder nicht hinreichend sachkundig.<sup>71</sup> Die Unwirksamkeit der Klausel hat zur Folge, dass eine auf ihrer Grundlage erklärte Abnahme die Erwerber regelmäßig mangels potentiellen Erklärungsbewusstseins nicht bindet.<sup>72</sup> Deshalb wird es regelmäßig auch nicht zu einer stillschweigenden Abnahme kommen, weil dem Erwerber ohne Aufklärung über die Unwirksamkeit der Abnahmeklausel wegen der – wenn auch unwirksamen – Abnahme jegliches Bewusstsein fehlen wird, dass in der vollständigen Zahlung des Erwerbspreises oder fehlenden Mängelrügen quasi (nochmals) die Abnahme konkludent erklärt wird. Der redliche Bauträger, der von der Wirksamkeit seiner Abnahmeklausel ausgeht, wird das Verhalten der Erwerber auch nicht als (nochmalige) Abnahme verstehen. Dies hat zur Folge, dass sich eine erhebliche Anzahl von Bauträgerobjekten noch im Erfüllungsstadium befindet und die Mängelverjährungsfrist mangels Abnahme nicht zu laufen begonnen hat. Diese für den Erwerber erfreuliche Situation ist für den Bauträger desaströs, weil er nach Ablauf von ca. fünf Jahren gegenüber Bauunternehmern und Planern keinen Regress mehr nehmen kann. Allenfalls in Einzelfällen können Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln verwirkt sein.<sup>73</sup> Ob und inwieweit die Wohnungseigentümergeinschaft die Beschlusskompetenz besitzt, die Abnahme nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG zu „vergemeinschaften“, ist *de lege lata* höchststrichterlich ungeklärt.<sup>74</sup>

Der Vorschlag will einerseits der Bauträgerbranche eine rechtssichere Möglichkeit geben, die Abnahme in dem Rechtskreis der Wohnungseigentümergeinschaft zu konzentrieren, so gerade bei größeren Erwerbbergemeinschaften den Abnahmevorgang zu vereinbaren und der Bauträ-

gerbranche eine rechtssichere Möglichkeit zu geben, den Verjährungsbeginn herbeizuführen. Andererseits sieht hierfür der Gesetzgebungsvorschlag zum Schutz der Erwerber erhebliche Hürden vor, z.B. das Entstehen einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft, unbeeinflusste Auswahlentscheidung zur Bestimmung einer neutralen Person zwecks Abnahme durch die Erwerber, transparente Abnahmebegehung mit Selbstabnahmemöglichkeit usw. Der Vorschlag führt also nur zu einer „gekorenen“ Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, überlässt es also dem Bauträger und den Erwerbern, ggf. auch ohne Mitwirkung der Gemeinschaft eine Abnahme herbeizuführen. Dies ist gerade bei kleinen Gemeinschaften sachgerecht.

Sog. Nachzügler sind Erwerber, die ihren Erwerbsvertrag erst nach Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber abgeschlossen haben. Es dürfte in der Tendenz der höchststrichterlichen Rechtsprechung liegen, dass solche Verträge jedenfalls dann noch dem Werkvertragsrecht unterliegen, wenn die Wohnanlage unter Berücksichtigung ihrer üblichen Lebensdauer noch „neu“ ist.<sup>75</sup> „Neu“ kann die Wohnanlage auch noch nach zweieinhalb Jahren sein. Die Einzelheiten sind ungeklärt.<sup>76</sup> AGB-rechtlich ist es aus den obigen Gründen *de lege lata* nicht möglich, den Nachzügler an eine bereits erklärte Abnahme zu binden.<sup>77</sup> Dies wäre zudem eine Verkürzung der Mängelverjährungsfrist (§ 309 Nr. 8. lit. b) ff.) BGB.<sup>78</sup> Der Bauträger kann allenfalls durch individuelle Vereinbarung mit dem Erwerber eine kürzere Verjährungsfrist regeln. Die rechtlichen Hürden hierfür sind gerade beim Verbrauchervertrag hoch. Haftet der Bauträger nur noch einem Erwerber gegenüber mangels Verjährung, kann dieser hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums vollumfänglich alle Mängelrechte geltend machen, denn jeder einzelne Erwerber hat einen Anspruch auf ein insgesamt mangelfreies Bauobjekt.<sup>79</sup> Eine Wohnungseigentümergeinschaft kann die Mängelrechte der Erwerber auch dann nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG zur weiteren Verfolgung gegenüber dem

<sup>70</sup> Vgl. OLG Koblenz, Urteil v. 17.02.2002 – 5 U 263/02 –, BauR 2003, 546.

<sup>71</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 12.09.2013 – VII ZR 308/12 –, Rdnr. 8.

<sup>72</sup> Kniffka-Pause/Vogel, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 29.09.2013, § 640 BGB Rdnr. 125 m.w.N.

<sup>73</sup> Vgl. LG München I, Urteil v. 30.07.2013 – 8 O 27875/12 –, IBR 2013, 1232.

<sup>74</sup> Vgl. Kniffka-Pause/Vogel, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 29.09.2013, § 640 BGB Rdnr. 125 m.w.N.; gegen eine Beschlusskompetenz Pause, BauR 2012, 305, 314; Vogel, *jurisPR-PrivBauR* 12/2011 Anm. 1 unter C.

<sup>75</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 26.04.2007 – VII ZR 210/05 –, NJW 2007, 3275 Rdnr. 19/22.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu OLG Schleswig, Beschluss v. 05.06.2009 – 14 U 10/09 –, BauR 2010, 122.

<sup>77</sup> Vgl. zuletzt OLG Frankfurt/Main, Urteil v. 30.09.2013 – 1 U 18/22 –, LG Hamburg, Urteil vom 11.03.2010 – 328 O 179/09 –, BauR 2010, 1637.

<sup>78</sup> Vogel, BauR 2010, 1992, 1996.

<sup>79</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 07.06.2001 – VII ZR 420/00 –, NJW 2002, 140; BGH, Urteil v. 25.02.1999 – VII ZR 208/97 –, NJW 1999, 1705; BGH, Urteil vom 18.06.1979 – VII ZR 187/78 –, NJW 1979, 2101.

Bauträger „an sich ziehen“, wenn nur noch ein (Nachzügler-)Erwerber unverjährte Ansprüche besitzt.<sup>80</sup>

Der Vorschlag will diese für den Bauträger desaströse Situation *de lege ferenda* dahin regeln, dass die für den Nachzügler geltende Mängelverjährungsfrist für das Gemeinschaftseigentum mit der für die übrigen Erwerber geltenden mittels eines rechtssicheren Modells zeitlich in Einklang gebracht werden kann. Die derzeitigen gesetzlichen Regelungen in § 10 Abs. 4 WEG i.V.m. § 10 Abs. 5 WEG bieten keine hinreichende Sicherheit, einen Nachzügler an einen vor seinem Eintritt in die Gemeinschaft zu seinem Nachteil gefassten Beschluss und ihn an eine auf seiner Grundlage erklärte Abnahme zu binden.<sup>81</sup> Die Mängelrechte des Nachzüglers werden durch den Vorschlag zwar zeitlich erheblich begrenzt, was sich aber nicht ganz vermeiden lässt. Zugunsten des Nachzüglers greifen wiederum die Hürden, die auch die übrigen Erwerber vor einem unfairen und intransparenten Abnahmeverfahren schützen sollen.

Dass der Notar den „normalen“ Erwerber und den Nachzügler über die gesetzlichen Folgen der Abnahme sowie deren „Vergemeinschaftung“ belehren muss, ist bereits gesetzlich normiert (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Man mag angesichts der Erfahrungen in der Praxis darüber diskutieren, ob und inwieweit darüber hinaus eine gesetzliche Belehrungspflicht des Bauträgers über den Rechtsverlust und die Rechtsfolgen normiert werden sollte.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 15.01.2010 – V ZR 80/09 –, NJW 2010, 432.

<sup>81</sup> Zu den Details vgl. BeckOK WEG/Dötsch, Stand: 30.07.2013, § 10 WEG Rdnr. 728/71.

<sup>82</sup> Vgl. § 312 Abs. 2 Nr. 1 b) BGB n.F.

### Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

#### Gemeinsame Arbeitskreisleiter:

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

**Univ.-Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla** ist Inhaber des Lehrstuhls Baubetrieb und Bauprozessmanagement an der Technischen Universität Dortmund. Er ist Vorstandsmitglied des Deutschen Baugewerkschaftstags (DBG e.V.) und Inhaber eines Ingenieurbüros für Projektsteuerung, baubetriebliche Beratung, Bauvertragsmanagement und Adjudikation. Zudem ist er Autor und Herausgeber zahlreicher Bücher und Veröffentlichungen zu baubetrieblichen, bauwirtschaftlichen und baujuristischen Themen (u.a. Würfele/Gralla (Hrsg.): Nachtragsmanagement, Werner Verlag). Vor seiner Hochschultätigkeit war er langjährig in leitender Position in der Bauindustrie tätig.

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch

**Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch** leitet das Fachgebiet Baubetrieb und Bauwirtschaftslehre an der Hochschule Bochum. Er ist von der Ingenieurkammer Bau NRW öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für „*Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau sowie Bauablaufstörungen*“ und ist Partner einer Ingenieursozietät für baubetriebliche Fragestellungen sowie Beratungen und Schlichtung bei Vergütungsstreitigkeiten und Bauablaufstörungen. Er ist Leiter des Arbeitskreises Baubetrieb und Baurecht in der deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. und darüber hinaus Autor diverser Fachveröffentlichungen und zahlreicher Vorträge zu den o.a. Themen, z.B. Plümcke: Preisermittlung für Bauarbeiten, 26. Aufl., Rudolf Müller-Verlag, Köln

#### Referenten

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Rainer Wanninger

**Univ.-Prof. Dr.-Ing. Rainer Wanninger** ist Leiter des Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Braunschweig. Er ist von der IHK Berlin öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Bauablaufstörungen, Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau und ist geschäftsführender Gesellschafter der CEM Consultants. Vor seiner Hochschultätigkeit war er langjährig in verschiedenen Positionen in der Bauindustrie tätig.

Assoc. Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. Christian Hofstadler

**Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. Christian Hofstadler** ist Professor für Baubetrieb am Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der TU Graz. Seine weiteren Tätigkeitsfelder umfassen die Arbeit als gerichtlich beeideter Sachverständiger für baubetriebliche und bauwirtschaftliche Fragestellungen sowie jene als Experte im Österreichischen Normungsinstitut, in der Österreichischen Bautechnik Vereinigung (ÖBV) und in der International Federation for Structural Concrete (fib). Er ist außerdem Autor und Mitherausgeber von mehreren Büchern und zahlreichen nationalen und internationalen Fachbeiträgen im Bereich des Baumanagements. Im Zuge seiner Tätigkeit bei verschiedenen Baufirmen erwarb er fachliche Kompetenzen in der Baupraxis.

Kathrin Draheim-Bohemann

**Kathrin Draheim-Bohemann** leitet die Abteilung „Vergabe- und Vertragswesen“ in der Zentrale des Landesbetriebes Straßenbau NRW in Gelsenkirchen (6000 Mitarbeiter, ca. 1 Mrd. Bauumsatz). Sie hat nach ihrem zweiten juristischen Staatsexamen zunächst als Projekt- und Personalleiterin bei einem mittelständischen Bauunternehmen (40 Mitarbeiter, ca. 5 Mio. € Jahresumsatz) gearbeitet. Ein wesentlicher Tätigkeitsschwerpunkt ihrer Arbeit ist die Qualitätssicherung im Bereich Vergabe und Vertrag für ca. 2000 Verträge pro Jahr beim Landesbetrieb Straßenbau NRW.

Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Ralf-Peter Oepen

**Professor Dr. Ralf-Peter Oepen** ist leitender Geschäftsführer des Betriebswirtschaftlichen Instituts der Bauindustrie – BWI-Bau, Düsseldorf, sowie des Kompetenzzentrums Betriebswirtschaft der deutschen Bauindustrie. Nach seinem Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Fachhochschule Köln promovierte er berufsbegleitend an der TU Bergakademie Freiberg. Davor absolvierte er eine Berufsausbildung zum Bauzeichner und Bürokaufmann und war in verschiedenen Funktionen in Bauunternehmen tätig; langjährige Erfahrungen sowohl im Beratungs- als auch im Weiterbildungsbereich im Rahmen seiner Tätigkeit für das BWI-Bau. Er ist Honorarprofessor der Fachhochschule Köln, Lehrbeauftragter an der Bauhaus Universität Weimar, der Ruhr-Universität Bochum und der Hochschule Biberach und Mitglied im Arbeitskreis Baubetriebswirtschaft der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft.

Dipl.-Ing. Thomas Echterhoff

**Dipl.-Ing. Thomas Echterhoff** leitet in 5. Generation als geschäftsführender Gesellschafter die mittelständische Echterhoff Baugruppe mit Sitz in Westerkappeln, welche mit ca. 550 Mitarbeitern eine jährliche Bauleistung von ca. 125 Mio. € realisiert. Hierbei sind die Echterhoff Baufirmen zu ca. 75 % im Bereich des Infrastrukturbaus für diverse Bauherren der öffentlichen Hand tätig. Herr Echterhoff verfügt seit Beendigung seines Bauingenieurstudiums an der TU München über vielfältige baupraktische Erfahrungen, insbesondere ist er im Bereich von Public Private Partnership (PPP) engagiert in die Tätigkeit des Hauptverbandes der deutschen Bauindustrie auf Bundes- wie auf Landesebene eingebunden. Daneben ist er Vorstandsmitglied in der sozialpolitischen Vertretung des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie und Vorsitzender des Ausschusses für Öffentliches Auftragswesen im Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI).

## A. Thema des Arbeitskreises

Empfehlen sich (Regelungs-)Standards hinsichtlich der Kalkulation als Grundlage für die Vergütungsanpassung beim Bauvertrag?

## B. Einführung

Bei der Vergütungsanpassung infolge geänderter oder zusätzlicher Leistungen wird in der Praxis üblicherweise auf die Kalkulation des Auftragnehmers abgestellt. Dies geschieht, obwohl die Kalkulation in der Regel kein Vertragsbestandteil ist, vielmehr sind lediglich die Preise vertraglich vereinbart. Nicht selten kommt es daher zu Unklarheiten und auch Streitigkeiten über die kalkulatorischen Ansätze an sich, aber auch über deren Nachvollziehbarkeit.

Erstmals hatte sich der Arbeitskreis VI beim 3. Deutschen Baugerichtstag 2010 mit dieser Problematik beschäftigt und seinerzeit die Empfehlung ausgesprochen:

„Die Anpassung der Vergütung an die modifizierte Leistung zählt in dieser Folge zu den wesentlichen Regelungsbedürfnissen von Bauverträgen“

Fortgesetzt wurde diese Diskussion auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag 2012 im Arbeitskreis I, welcher sich zunächst einmal grundsätzlich für eine Loslösung der sog. Preisfortschreibung gem. dem tradierten System des § 2 VOB/B ausgesprochen hatte, gleichwohl aber die grundsätzliche Bedeutung der Kalkulation als Ermittlungsgrundlage in der Vordergrund gestellt hat.

So lautete die 6. Empfehlung des AK I im Mai 2012:

„Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, in Fortentwicklung der Empfehlung 3 des AK VI und der Empfehlung 5 des AK I gesetzliche Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen einzuführen, mit denen das bisher überwiegend praktizierte Modell der (vor-)kalkulatorischen Preisfortschreibung dahingehend modifiziert wird, dass der Unternehmer eine Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nach den tatsächlich hierfür erforderlichen Kosten erhält, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in seiner hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.“

In Fortführung der bisherigen Diskussion, aber auch vor dem Hintergrund der tagtäglich angewendeten Praxis zur Vergütungsanpassung (beim VOB/B-Vertrag), stellt sich die Frage, ob und welche (Regelungs-)Standards sinnvoll und notwendig sind, um die Kalkulation und/oder deren einzelne Bestandteile wie Einzelkosten, Baustellengemeinkosten und Allgemeine Geschäftskosten usw. zu einer soliden Basis für die Vergütungsanpassung zu machen. Insbesondere der Umgang mit Kostenfaktoren wie Baustellengemeinkosten und Allgemeinen Geschäftskosten stellt für die Praxis vielfach ein Problem dar, vor allem, wenn es zu veränderten Bauzeiten kommt.

Innerhalb dieses Themenkomplexes stellt sich insoweit die Frage, welche Standards existieren derzeit und welche Informationen über eine dem Bauvertrag zugrunde liegende Kalkulation sind zwischen den Bauvertragsparteien bekannt. Einerseits gilt es die Kalkulationsfreiheit der Auftragnehmer zu wahren, andererseits werden nachvollziehbare und transparente Standards benötigt, um eine sachgerechte Vergütungsanpassung sicherzustellen.

Im Rahmen des Arbeitskreises wird die Problematik anhand von Fachreferaten der verschiedenen Marktbeteiligten sowie aus wissenschaftlicher Sicht beleuchtet. Ergänzt wird die nationale Sichtweise durch vorhandene Kalkulationsstandards in Österreich (z.B. ÖNORM B 2061).

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

## C. Thesen

1. Die im Zuge der Kalkulation verwendeten Begriffe werden unterschiedlich verstanden und

definiert. Insoweit ist es notwendig, ein einheitliches Verständnis zu entwickeln.

2. Die Angaben in derzeit verwendeten Formblättern „Preis“, z.B. Vergabehandbuch des Bundes, beinhalten keine nachvollziehbaren Informationen zur Kalkulation, die als Grundlage für die Vergütungsanpassung herangezogen werden können.
3. Wesentliches Konfliktpotential bei Vergütungsanpassungen ist in den Kalkulationsbestandteilen „Baustellengemeinkosten“ und „Allgemeinen Geschäftskosten“ zu sehen. Für einen sachgerechten Umgang mit diesen Kalkulationsbestandteilen bei geänderten und zusätzlichen Leistungen sowie bei Bauzeitanpassungen bietet es sich an, eigenständige Vergütungspositionen zu schaffen.

### Arbeitskreis VIII – Öffentliches Recht Arbeitskreisleiter

Beigeordneter des Deutschen Städtetages a.D.  
Rechtsanwalt Folkert Kiepe, Köln

**Folkert Kiepe** war nach mehrjähriger Tätigkeit in der kommunalen Verwaltung zunächst Hauptreferent und danach Beigeordneter für Stadtentwicklung, Bauen, Wohnen und Verkehr des Deutschen Städtetages und des Städtetages NRW in Köln und Berlin. Seit 2012 ist er als Rechtsanwalt Partner of Counsel bei der Sozietät BBH in Köln. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Bereich Baurecht, Stadtentwicklungspolitik, Verkehrsplanung, Verkehrsrecht, Verkehrsfinanzierung, insbesondere ÖPNV; in diesen Bereichen hat er auch umfassend veröffentlicht.

### Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Privatdozent Dr. Arno Bunzel, Berlin

**Dr. Arno Bunzel** ist seit 1992 zunächst als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Deutschen Institut für Urbanistik, seit 1995 als Koordinator des Arbeitsbereiches Stadtentwicklung, Recht und Soziales. Seit 2007 ist er zugleich Vertreter des Wissenschaftlichen Direktors. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Bau- und Planungsrecht, Umweltrecht sowie Städtebau. Ausbildung: 1978 bis 1983 Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelm Universität Münster, 1985 bis 1988 Referendariat beim Kammergericht Berlin; 1992 Promotion zum Dr. Ing. der Fachrichtung Stadt- und Regionalplanung, 2005 Habilitation an der TU Berlin mit der Venia legendi „Bau- und planungsrechtliche Grundlagen der Raumplanung“. Langjähriges Mitglied der Fachkonferenz Baurecht des Deutschen Städtetags; Mitglied der Landesgruppe Berlin Brandenburg Mecklenburg-Vorpommern der Akademie für Raumforschung und Landesplanung; Stellvertretender Vorsitzender des Nutzerbeirats der Akademie für Raumforschung und Landesplanung.

### Referenten

Stadtbaurätin Christine Schimpfermann, Regensburg

**Christine Schimpfermann** war nach mehrjähriger Tätigkeit als Architektin und Stadtplanerin ab 1998 in der Stadtverwaltung von Reutlingen-Tübingen tätig, seit 2001 als Amtsleiterin des Stadtplanungsamtes. Von 2001-2005 war sie

Geschäftsführerin des Nachbarschaftsverbandes Reutlingen-Tübingen, der für die Flächennutzungsplanung der Verbandsgemeinden mit ca. 250 000 Einwohnern zuständig ist. Im Zuge der Anhörung zum Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des BauGB 2004 vertrat sie als Abgesandte der Stadt Reutlingen die kommunalen Interessen. Seit 2005 ist sie als berufsmäßige Stadträtin (Planungs- und Baureferentin) bei der Stadt Regensburg tätig.

Dipl. Ing. Martin zur Nedden, Berlin

**Dipl.-Ing. Martin zur Nedden** ist Wissenschaftlicher Direktor und Geschäftsführer des Deutschen Instituts für Urbanistik gGmbH und Präsident der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung (DASL), ferner Mitglied des Stiftungsrates der Bundesstiftung Baukultur sowie Mitglied des Stiftungsrates der Stiftung Sächsischer Architekten. Bis 2013 war er Vorsitzender des Bau- und Verkehrsausschusses des Deutschen Städtetages (bis Mitte 2013). Er blickt auf eine langjährige Tätigkeit in der kommunalen Bauverwaltung zurück, u.a. Stadtbaurat der Stadt Bochum sowie als Bürgermeister und Beigeordneter für Stadtentwicklung und Bau der Stadt Leipzig.

Prof. Dr. jur. Gerd Schmidt-Eichstaedt, Berlin

**Prof. Dr. jur. Gerd Schmidt-Eichstaedt** ist Geschäftsführer der Plan und Recht GmbH in Berlin und befasst sich mit der Projektleitung, Bauleitplanung sowie Forschungsprojekten im Bau- und Planungsrecht. Er hat sich u.a. befasst mit Städtebaulichen Verträgen nach § 6 BauGB-MaßnahmenG, der Anwendung des Vorhaben- und Erschließungsplans sowie städtebaulicher Verträge in städtebaulichen Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen, Art und Umfang von Beanstandungen und Maßnahmen im Rahmen des Anzeige- und Genehmigungsverfahrens von Bebauungsplänen, dem Baulandkataster nach § 200 Abs. 3 BauGB, sowie dem regionalen Flächennutzungsplan nach § 9 Abs. 6 ROG und der Umsetzung der Ziele und Prinzipien der Habitat Agenda in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland, Finnlands, der Niederlande, Rumäniens und der Türkei in den Jahren von 1996 bis 2005.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Olaf Reidt, Berlin/München

**Prof. Dr. Olaf Reidt** ist Rechtsanwalt in Berlin, Partner der Sozietät Redeker Sellner Dahs, und befasst sich vorwiegend mit dem Bau- und Fachplanungsrecht (insb. Luftverkehr, Straßen, Was-

serstraßen, Spezialimmobilien), Immissionsschutzrecht (insb. Genehmigungsverfahren für Industrieanlagen), Enteignungs- und Entschädigungsrecht und Vergaberecht. Seine Expertise dokumentiert sich auch in zahlreichen Veröffentlichungen und Vorträgen insbesondere zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, öffentlichen Baurecht, Fachplanungsrecht, Immissionsschutzrecht und Vergaberecht; u.a. Grabherr/Reidt/Wysk, Kommentar zum Luftverkehrsgesetz (ab 12. Ergänzungslieferung 2009), Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Sellner/Reidt/Ohms, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, Mitautor in Landmann/Rohmer, Umweltrecht (§ 16 BImSchG, 18. BImSchV, UIG, Fluglärmschutzgesetz). Er ist Mitglied des wissenschaftlichen Fachbeirats der Zeitschrift Baurecht (BauR), des Herausgeberbeirats der Zeitschrift Umwelt und Planungsrecht (UPR) sowie ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift Vergaberecht (VergabeR). Prof. Dr. Reidt ist Mitglied der im Jahr 2001 vom BMVBW eingesetzten Expertenkommission zur Novellierung des Baugesetzbuchs und hat an den vom BMVBS durchgeführten Expertengesprächen zur Vorbereitung der BauGB-Novelle 2011 („Berliner Gespräche“) mitgewirkt. Er ist Vorstandsmitglied der Deutschen Gesellschaft für Baurecht, Vorsitzender des Ausschusses „Europa/Recht“ der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung (DASL) sowie Honorarprofessor an der Humboldt-Universität Berlin.

### A. Thema des Arbeitskreises

Städtebaurecht und Immissionsschutzrecht

Verlangt das Leitbild der kompakten Europäischen Stadt mit Nutzungsmischung von Wohnen, Dienstleistung und Gewerbe angesichts der zu-

nehmenden Schrumpfungs- und Konzentrationsprozesse eine Änderung des Baurechts im BauGB und der BauNVO oder des Immissionsschutzrechts?

### B. Einführung

von *Rechtsanwalt Folkert Kiepe, Köln*

Die Bauleitplanung als Instrument des Städtebaurechts und die Regelungen zum Lärmschutz aus dem Bereich des Immissionsschutzrechts sind wechselseitig aufeinander bezogen. Originäre Aufgabe der Bauleitplanung ist es, bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde vorzubereiten und zu leiten (§ 1 Abs. 1 BauGB). Hierzu gehört die Festlegung, welche Nutzungen im räumlichen Kontext mit anderen Nutzungen zulässig sind oder ausnahmsweise zugelassen werden dürfen. Diese Festlegung hat der Ordnungsgeber mit den Baugebietsvorschriften in der BauNVO in abstrakt typisierender Weise vorgenommen und sich dabei neben städtebaulich funktionalen Erwägungen auch von der Frage leiten lassen, von welchen Nutzungen in bestimmten Gebieten Störungen für andere Nutzungen ausgehen können.

Das in § 50 BImSchG kodifizierte Trennungsgebot befasst sich ebenfalls mit der Zuordnung unterschiedlicher Nutzungen im Rahmen der räumlichen Planung und entfaltet damit unmittelbar auch für die Bauleitplanung Geltung. Danach sind bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen die für eine bestimmte Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen, dass schädliche Umwelteinwirkungen so weit wie möglich vermieden werden. Diese Anforderung wurde mittlerweile um den Aspekt der Vermeidung des Risikos schwerer Unfälle ergänzt.



## Arbeitskreis VIII – Öffentliches Recht

Tabelle der Immissionsrichtwerte außen nach TA Lärm, 16. und 18. BImSchV und DIN 18005\*

	16. BImSchV	18. BImSchV**	TA Lärm	DIN 18005***
Gewerbegebiete				
tags	69 dB(A)	65/60 dB(A)	65 dB(A)	65 dB(A)
nachts	59 dB(A)	50 dB(A)	50 dB(A)	55/50 dB(A)
Kerngebiete,				
tags	64 dB(A)	60/55 dB(A)	60 dB(A)	65 dB(A)
nachts	54 dB(A)	45 dB(A)	55 dB(A)	55/50 dB(A)
Dorfgebiete, Mischgebiete				
tags	64 dB(A)	60/55 dB(A)	60 dB(A)	60 dB(A)
nachts	54 dB(A)	45 dB(A)	55 dB(A)	50/45 dB(A)
Allgemeine Wohngebiete, Kleinsiedlungsgebiete				
tags	59 dB(A)	55/50 dB(A)	55 dB(A)	55 dB(A)
nachts	49 dB(A)	40 dB(A)	40 dB(A)	45/40 dB(A)
Reine Wohngebiete				
tags	59 dB(A)	45 dB(A)	50 dB(A)	50 dB(A)
nachts	49 dB(A)	35 dB(A)	35 dB(A)	40/35 dB(A)

\* Die Tabelle vernachlässigte unterschiedliche Regelungen zu Berechnungsmodalitäten und zur zeitlichen Fassung von Tag- und Nachtzeiten. Werte für zum Teil aufgeführte weitere Gebietstypen sind nicht abgebildet.

\*\* Bei zwei angegebenen Werten gilt der erste für Zeiten außerhalb der zweiten für Zeiten innerhalb der definierten Ruhezeiten.

\*\*\* Bei zwei angegebenen Nachtwerten soll der niedrigere für Industrie-, Gewerbe- und Freizeitlärm sowie für Geräusche von vergleichbaren öffentlichen Betrieben gelten.

Die Verknüpfung zwischen dem Immissionsschutzrecht und dem Recht der Bauleitplanung macht sich schließlich unmittelbar anhand der Immissionsrichtwerte und Orientierungswerte der verschiedenen Regelwerke zum Lärmschutz fest. Das Immissionsschutzrecht bedient sich dabei der Gebietstypologie der BauNVO, um die maßgeblichen Richt- und Orientierungswerte zu staffeln und definiert auf diese Weise gebietsbezogene Immissionsschutzstandards (siehe hierzu die tabellarische Zusammenstellung von Richt- und Orientierungswerte).

Die Diskussion um das Verhältnis von Bauleitungsrecht und Immissionsschutzrecht ist nicht neu. Erste Vorschläge für eine Harmonisierung von Planungs- und Immissionsschutzrecht sind schon im Zusammenhang mit der Gemengelageproblematik Anfang der 1980er Jahre von Schmidt-Aßmann, Söfker und Dolde gemacht worden. Vor dem Hintergrund der Debatte um mehr Nutzungsmischung in den Städten wurde diese Diskussion in den 1990er Jahren weitergeführt.<sup>83</sup> Dabei ging es durchweg um die Schaffung

<sup>83</sup> Schäfer/Lau/Specovius (Forschungsgruppe Stadt + Dorf – Prof. Dr. Rudolf Schäfer), „Praxisuntersu-

von Möglichkeiten, die sich aus dem Immissionschutzrecht ergebenden strikten Bindungen im Wege der Bauleitplanung zu relativieren. So hat etwa Boeddinghaus feststellt, dass der Trennungsgrundsatz, der zwar nicht in den planungsrechtlichen, wohl aber in der immissionsschutzrechtlichen Vorschriften festgeschrieben sei, den Gedanken einer verstärkten Mischung unterschiedlicher Nutzung im Städtebau entgegenstehe. Eine Anpassung der immissionsschutzrechtlichen Vorschriften sei deshalb wünschenswert.<sup>84</sup> Bunzel ist zu der Feststellung gekommen, dass die Differenzierung der Zumutbarkeitsschwelle nach der Gebietstypologie der BauNVO nicht unter Hinweis auf die unterschiedliche Störeffektivität der in den Gebieten zulässigen Nutzung gerechtfertigt werden könne, da es in den genannten Gebieten (reine und allgemeine Wohngebiete sowie Mischgebiete) einheitlich um den Schutz der Wohnruhe gehe.<sup>85</sup> Aus planungsrechtlicher Sicht ließe sich die Differenzierung nur dann rechtfertigen, wenn man mit der Festsetzung der Gebietstypen unterschiedlich weitreichende Standards an Wohnruhen sicherstellen wolle. Die Bewertung knüpfe insofern aber nicht an der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit der betroffenen Menschen an. Sie sei vielmehr Ausdruck des einseitig an den immissionsschutzrechtlichen Belangen ausgerichteten Ziels, den in der Gebietskulisse der BauNVO jeweils optimalen Immissionsschutz herzustellen. In Anbetracht der mit dem Leitbild der kompakten Stadt der kurzen Wege\* veränderten Zielbestimmungen sei diese einseitige Ausrichtung keines Falls zwingend. Das Zielsystem des Planungsrechts sei komplexer und habe nicht nur einen nach Lage der Dinge optimalen Immissionsschutz zu gewährleisten.<sup>86</sup> Um die Entwicklung mischungsverträglicher Nutzung in räumlicher Nähe zu ermöglichen, sei es erforderlich, die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen herabzusetzen. Es sei ausreichend, wenn das Immissionschutzrecht einen einheitlichen Mindeststandard auf dem Niveau des Mischgebiets gewährleiste

und die Feinsteuerung den Kommunen überlasse.<sup>87</sup>

In den letzten Jahren hat die Rechtsprechung in einer Reihe von Fällen die Relevanz und Tragweite der Richtwerte und Orientierungswerte zum Lärmschutz thematisiert. Anzusprechen sind u.a. folgende Entscheidungen:

*BVerwG, Urteil v. 22.03.2007 (- 4 CN 2/06 -):* „Welche Lärmbelastung einem Wohngebiet unterhalb der Grenze zu Gesundheitsgefahren zugemutet werden darf, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls; die Orientierungswerte der DIN 18005-1 „Schallschutz im Städtebau“ können – wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat (Urteilsabdruck S. 22) – zur Bestimmung der zumutbaren Lärmbelastung eines Wohngebiets im Rahmen einer gerechten Abwägung lediglich als Orientierungshilfe herangezogen werden.<sup>88</sup> Je weiter die Orientierungswerte der DIN 18005 überschritten werden, desto wichtiger müssen allerdings die für die Planung sprechenden städtebaulichen Gründe sein und umso mehr hat die Gemeinde die baulichen und technischen Möglichkeiten auszuschöpfen, die ihr zu Gebote stehen, um diese Auswirkungen zu verhindern. Dass bei der Ausweisung neuer Baugebiete in einem bislang praktisch unbebauten Bereich die Grenzen gerechter Abwägung in der Regel überschritten sind, wenn Wohnnutzung auch am Rand des Gebiets zugelassen wird, obwohl dort die Orientierungswerte um 10 dB(A) und mehr überschritten werden, folgt daraus nicht. Jedenfalls wenn im Innern der Gebäude durch die Anordnung der Räume und die Verwendung schallschützender Außenbauteile angemessener Lärmschutz gewährleistet wird, kann es im Ergebnis mit dem Gebot gerechter Abwägung vereinbar sein, Wohngebäude an der lärmzugewandten Seite des Gebiets auch deutlich über den Orientierungswerten liegenden Außenpegeln auszusetzen. Zu Recht verweist die Antragsgegnerin darauf, dass eine derartige planerische Konzeption in der DIN 18005 selbst als Möglichkeit näher dargestellt wird (vgl. Nr. 5.5 und 5.6) und daher als Teil guter fachlicher Praxis angesehen werden kann. Dies zeigt zugleich, dass ein derartiges Planungsergebnis nicht von vornherein unter Hinweis auf die eine planende Gemeinde ohnehin

---

chung und Expertise zu einer Novellierung der Baunutzungsverordnung“ im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, 1999.

<sup>84</sup> Boeddinghaus, UPR Spezial, Band 4, S. 27.

<sup>85</sup> Bunzel, Informationen zur Raumentwicklung, Heft 6/7 1995, S. 399; im Anschluss an Boeddinghaus, BauR 1994, 713 (725); Kiepe, Die Europäische Stadt, in: Battis/Söfker/Stüer, Nachhaltige Stadt- und Raumentwicklung, Festschrift für Krautzberger, München 2008.

<sup>86</sup> Ebenda.

---

<sup>87</sup> Bunzel, a.a.O. sowie Wüstenrot Stiftung (Hrsg.), Nutzungswandel und städtebauliche Steuerung, bearbeitet von Bunzel, Sander u.a., Ludwigsburg 2003.

<sup>88</sup> BVerwG, Beschluss v. 18.12.1990 – 4 N 6.88 –, Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 50 = BRS 50 Nr. 25.

rechtlich nicht bindende DIN 18005<sup>89</sup> als rechtlich unzulässig eingestuft werden kann. Vielmehr können für eine derartige Lösung im Einzelfall gewichtige städtebauliche Belange sprechen. Insbesondere kann in die Abwägung eingestellt werden, dass durch eine geschlossene Riegelbebauung die rückwärtigen Flächen derselben Grundstücke und gegebenenfalls weitere Grundstücke wirksam abgeschirmt werden. Allerdings ist bei derartigen Festsetzungen zugleich in besonderer Weise darauf zu achten, dass auf der straßenabgewandten Seite der Grundstücke geeignete geschützte Außenwohnbereiche geschaffen werden können. Mit einer derartigen Lösung macht die Gemeinde von den ihr im Bauplanungsrecht gegebenen Festsetzungsmöglichkeiten, die bei der Fachplanung für linienförmige Infrastrukturmaßnahmen im Allgemeinen nicht zur Verfügung stehen, in differenzierter Form sachgerechten Gebrauch.“

Zur Bedeutung der TA Lärm für den Fall heranrückender Wohnbebauung in Bereichen mit Gewerbelärm hat folgende Entscheidung für Aufsehen gesorgt.

*BVerwG, Urteil v. 29.11.2012 (- 4 C 8.11 -):* „Diese Bindungswirkung besteht in gleicher Weise bei der Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze in Nachbarkonflikten, wie sie das in § BauNVO § 15 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BauNVO konkretisierte Rücksichtnahmegebot fordert. Denn das Bundesimmissionschutzrecht und damit auch die auf der Grundlage von § 48 BImSchG erlassene TA Lärm legen die Grenze der Zumutbarkeit von Umwelteinwirkungen für den Nachbarn und damit das Maß der gebotenen Rücksichtnahme mit Wirkung auch für das Baurecht im Umfang seines Regelungsbereichs grundsätzlich allgemein fest.<sup>90</sup> Dem lässt sich nicht entgegenhalten, die TA Lärm enthalte lediglich Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von emittierenden Anlagen, regle aber nicht den Konflikt mit einer an eine latent störende gewerbliche Nutzung heranrückenden Wohnbebauung und sei deswegen für deren bauaufsichtliche Genehmigung nicht maßgeblich.<sup>91</sup> Aus der Spiegelbildlichkeit der dargelegten gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Rücksichtnahmegebot für die konfligierenden Nutzungen ergibt sich vielmehr, dass mit der Bestimmung der Anforder-

ungen an den emittierenden Betrieb auf der Grundlage der TA Lärm zugleich das Maß der vom Nachbarn zu duldenen Umwelteinwirkungen und mithin die – gemeinsame – Zumutbarkeitsgrenze im Nutzungskonflikt feststeht. Dass etwaige Lärminderungspflichten, die sich aus der Anwendung der TA Lärm für den emittierenden Gewerbebetrieb ergeben können, nicht – etwa in Form einer Auflage – zum Gegenstand der Baugenehmigung gemacht werden können, steht nicht entgegen. Denn als Teil der vom Rücksichtnahmegebot geforderten Zuordnung der Nutzungen gehören die gebotenen Lärmierungsmaßnahmen zur Entscheidungsgrundlage für die Baugenehmigung und sind gegebenenfalls im Wege der §§ 24 und 22 BImSchG gegen den Gewerbebetrieb durchzusetzen. Auch aus der in der früheren Rechtsprechung des Senats verwendeten Formulierung, die TA Lärm gelte in diesen Fällen „nicht unmittelbar“,<sup>92</sup> folgt nichts anderes. Der Senat hat hiermit keine Abstriche am Umfang ihrer Anwendbarkeit und Bindungswirkung verbunden.

Passive Lärmschutzmaßnahmen als Mittel der Konfliktlösung zwischen Gewerbe und Wohnen sieht die TA Lärm nicht vor. Nach ihrer Nr. 6.1 sind für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Lärmbeeinträchtigung außerhalb der betroffenen Gebäude gelegene Immissionsorte maßgeblich. Sie können durch passive Schallschutzmaßnahmen, wie sie die angefochtene Baugenehmigung vorschreibt, nicht beeinflusst werden. Aus Nr. 6.2 der TA Lärm folgt nichts anderes. Die Vorschrift regelt den Sonderfall der Körperschallübertragung und kann deswegen nicht als „Auffangregelung“ verstanden werden, aus der abzuleiten wäre, dass letztlich maßgeblich auf – durch passive Schallschutzmaßnahmen beeinflussbare – Innen-Immissionswerte abzustellen ist. Soweit es – wie hier – um die Beurteilung von Luftschall geht, der über die Außenfassade einwirkt, sind die Außen-Immissionsrichtwerte der Nr. 6.1 anzuwenden (vgl. auch Feldhaus, Bundesimmissionsrecht, Bd. 4, Stand August 2012, Rdnr. 29 zu Nr. 6 TA Lärm).“

Erkennbar ist damit zum einen, dass den Gemeinden durchaus Spielräume für die planerische Bewältigung von Lärmkonflikten im Fall heranrückender Wohngebiete in lärmvorbelasteten Bereichen zur Verfügung stehen. Andererseits werden aber auch die Voraussetzungen und Grenzen deutlich. Insbesondere der Umstand, dass als maßgeblicher Immissionsort für die Beurteilung

<sup>89</sup> Vgl. BVerwG, Beschlüsse v. 18.12.1990 – 4 N 6.88 –, a.a.O. und 26.05.2004 – 4 BN 24.04 –, BRS 67 Nr. 29.

<sup>90</sup> Vgl. BVerwG, Urteil v. 23.09.1999, - 4 C 6/98-, BVerwGE 109, 314, 319 f.

<sup>91</sup> So aber VGH Mannheim, Beschluss v. 11.10.2006 – 5 S 1904/06 –, NVwZ-RR 2007, 168, 169 f.

<sup>92</sup> BVerwG, Urteil v. 23.09.1999, - 4 C 6/98 -, BVerwGE 109, 314, 319.

0,5 m außerhalb vor der Mitte des geöffneten Fensters des vom Geräusch am stärksten betroffenen schutzbedürftigen Raumes zugrunde zu legen ist, erweist sich als erhebliche Beschränkung der Planungsoptionen im Rahmen der Innenentwicklung, weil Maßnahmen des passiven Schallschutzes als Konfliktlösungsansatz damit ausscheiden.

Der mit den zurückliegenden Novellen des Städtebaurechts postulierte Vorrang der Innenentwicklung hat die Debatte um eine Erweiterung des planerischen Gestaltungsspielraums an der Schnittstelle von Städtebaurecht und Immissionschutzrecht erneut entfacht. Innenentwicklung macht es häufig – wenn nicht regelmäßig – erforderlich, auch solche Flächen für die Entwicklung neuer Baugebiete in den Blick zu nehmen, bei denen Vorbelastungen durch Verkehrslärm oder Gewerbelärm zu konstatieren sind. Viele Städte verweisen – konfrontiert mit dieser Aufgabe – auf besondere Schwierigkeiten und Hemmnisse. Ein Hauptkritikpunkt dabei ist, dass bei der Ausweisung von allgemeinen Wohngebieten grundsätzlich in der Abwägung von dem im Vergleich zu Mischgebieten strengeren Richt- bzw. Orientierungswerten auszugehen ist. Zwar hat die Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen (insbesondere Maßnahmen des passiven Schallschutzes) eine Überschreitung zugelassen. Die in solchen Fällen notwendigen technischen und baulichen Vorkehrungen zum Lärmschutz führen allerdings zu einer Verteuerung der Erstellungskosten im Vergleich zu nicht lärmvorbelasteten Gebieten – eine Kostenerhöhung, die sich als Entwicklungshemmnis und als Hemmnis bei der Umsetzung des Ziels, preiswerten Wohnraum bereit zu stellen, erweisen kann. Zudem besteht bei einer Überschreitung der Orientierungserfordernisse ein gesteigertes Begründungserfordernis, womit vielfach eine Zunahme der rechtlichen Risiken verbunden sein wird. Vor diesem Hintergrund wurde unter anderem angeregt, ein innerstädtisches Wohngebiet mit dem Immissionschutzniveau eines Mischgebietes einzuführen, um bei der Planung von geringeren Immissionschutzanforderungen ausgehen zu können und nicht allein aus Gründen des Immissionsschutzes von der Ausweisung von Wohngebieten absehen zu müssen. Man verspricht sich hiervon mehr Transparenz gegenüber dem Grundstücksmarkt und mehr Rechtssicherheit sowie Entlastung in Bezug auf kostenträchtige Lärmschutzmaßnahmen. Beim Gewerbelärm wäre zudem die TA Lärm in Bezug auf die Frage der maßgeblichen Immissionsorte und die Relevanz passiver Schallschutzmaßnahmen zu hinterfragen.

Vor diesem Hintergrund soll im Rahmen der Arbeitsgruppe insbesondere folgenden Fragen nachgegangen werden:

- Welche Bindungswirkungen des Immissionsschutzrechts gelten für die kommunale Bauleitplanung?
- Wo be-/verhindert das geltende Bau- und Immissionsschutzrecht die gewünschte stärkere Nutzungsmischung?
- Welche Lösungsansätze de lege lata und de lege ferenda sind erkennbar, um ein „Mehr“ an Nutzungsmischung unter Wahrung angemessener Immissionsschutzstandards zu ermöglichen?
- Ist eine Integration immissionsschutzrechtlicher Regelungen in das Baurecht möglich und sinnvoll?
- Sind Änderungen des Immissionsschutzrechts zu empfehlen?

### C. Thesen

#### I. Thesen von Stadtbaurätin Christine Schimpfermann

Wo be-/verhindert das geltende Bau- und Immissionsschutzrecht die gewünschte stärkere Nutzungsmischung?

1. Die Innenentwicklung in der Bauleitplanung ist ein wesentliches politisches Leitbild/Ziel, deshalb lautet der Titel der BauGB-Novelle: „Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung der Städtebaurechts“. Die Umsetzung soll schwerpunktmäßig über das Städtebaurecht erfolgen. In der Praxis erweist sich dies als problematisch.
2. Die anderen raumwirksamen gesetzlichen Regelungen (BauNVO, BImSchG, TA Lärm etc.) orientieren sich immer noch an dem Planungsleitbild der 60er Jahre – der Nutzungstrennung der einzelnen Funktionen.
3. Stehen Innenentwicklungsflächen zur Verfügung, die aber nicht für Nutzungen wie nichtstörendes Gewerbe, Kulturbauten, Einzelhandel o.ä. gebraucht werden, da hierfür der Bedarf in den Städten nicht vorhanden ist, oder die Flächen im Stadtgebiet nicht geeignet sind (Lage, Erreichbarkeit ...), und besteht andererseits Wohnbedarf, so sollte eine Wohnflächenentwicklung unter Einhaltung der Maßgabe für gesunde Wohnverhältnisse auf diesen Flächen ermöglicht werden – gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Flächenzersiedelung im Außenbereich.
4. Innenentwicklungsflächen liegen oft in urbanen vorbelasteten Bereichen (Lärm), in denen die

- Ausweisung eines Allgemeinen Wohngebietes nicht oder nur mit erheblichem Aufwand möglich ist – die Ausweisung Mischgebiet wäre aber möglich.
5. Mischgebiete klassischer Prägung (50 % Wohnen und 50 % nichtstörendes Gewerbe) sind idealistische städtebauliche Leitbilder, die aber in der Realität oft nicht umgesetzt werden können.
  6. Die Festsetzung „Mischgebiet“ darf aber nicht von vornherein als „Mogelpackung“ gewählt werden, wenn klar ist, dass die Bebauung überwiegend oder gar zu 100 % aus Wohnen bestehen wird
  7. Auch in Mischgebieten wird gewohnt – und die höhere Immissionsbelastung wird als vertraglich eingestuft. Es stellt sich ernsthaft die Frage, warum das Wohnen im MI und im WA zu unterschiedlichen Schutzkategorien führen muss.
  8. Es wird daher vorgeschlagen, in alle einschlägigen gesetzlichen Regelungen (BauNVO, BImSchG usw.) die Kategorie eines „Wohngebietes der Innenentwicklung“ mit der Schutzkategorie des bisherigen Mischgebietes aufzunehmen.
  9. Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass die Anforderungen aus der EnEV inzwischen so hoch sind, dass bei Neubauten schon sehr oft Bauweisen durchgeführt werden, die sehr hohe Lärmdämmwerte aufweisen, z.B. 3-fach-Verglasung, kontrollierte Wohnraumlüftung etc. Der technische Aufwand, der aus Gründen der Energieeinsparung betrieben werden muss, führt dazu, dass in den Innenräumen bereits Lärmpegel vorhanden sind, die die Tag- und Nachtwerte für ein Allgemeines Wohngebiet einhalten.
  10. Diskutiert werden muss der Schutz der Freiflächen in diesen „Wohngebieten der Innenentwicklung“. Die Regelung der TA Lärm, nach der als „maßgeblicher Immissionsort“ ein Bereich „0,5 m außerhalb vor der Mitte des geöffneten Fensters des vom Geräusch am stärksten betroffenen Raumes“ definiert wird, ist dabei zu hinterfragen.
  11. Es ist zu diskutieren, welche Schutzfunktionen für das Wohnen vorrangig sind, um gesunde Wohnverhältnisse zu sichern:
    - ungestörtes Schlafen zur Nachtzeit mit ausreichender Frischluftzufuhr (es wäre zu diskutieren, ob für die Nachtruhe die Schutzklasse des Mischgebietes im Hinblick auf gesunde Wohnverhältnisse ausreichend ist)
    - Aufenthalt in dafür vorgesehenen Räumen tagsüber mindestens mit der Schutzkategorie eines Mischgebietes (hier ist zu hinterfragen, ob die Schutzkategorie Allgemeines Wohngebiet in urbanen Innenentwicklungsgebieten angemessen ist)
  - Ist ein Freisitz (Balkon, Terrasse) mit der Schutzkategorie eines Allgemeinen Wohngebietes (Tagnutzung) oder mit der Schutzkategorie eines Mischgebietes (Tagnutzung) wirklich notwendig?  
Aber: über die Stadtplanung muss sichergestellt werden, dass ruhige Naherholungsflächen in fußläufiger Entfernung erreichbar sind.
  12. Die Festlegung der Immissionsschutzklasse in „Wohngebieten der Innenentwicklung“ sollte auch unter dem Gesichtspunkt geführt werden, dass im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) z.T. Wohnbebauung in Lagen zulässig ist, in denen die Ausweisung als Allgemeines Wohngebiet planungsrechtlich nicht möglich wäre.
- ### II. Thesen von Dipl.-Ing. Martin zur Nedden
1. Nachhaltige Stadtentwicklung, insbesondere auch unter den Aspekten Klimawandel und Klimaanpassung, wird unterstützt durch den Erhalt und die Weiterentwicklung der „Europäischen Stadt“ entsprechend den Leitzielen zum Beispiel der „Leipzig-Charta“. Damit gewinnen Konzepte zur Stärkung der „kompakten“ und „multifunktionalen“ Stadt weiter an Bedeutung.
  2. Postfordistische Wirtschaftsstrukturen und Produktionsweisen bieten im Unterschied zur überwiegend vom industriellen Sektor geprägten Entwicklungsphase der Städte bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts neue Möglichkeiten der Nutzungsmischung.
  3. Aktuelle Tendenzen zeigen, dass Bürgerinnen und Bürger die „Kernstadt“ als Wohn-, Arbeits- und Freizeitort schätzen. Dies gilt gerade auch für jüngere Bevölkerungsgruppen und Senioren. Der lange herbeigesehnte Trend zur „Reurbanisierung“ ist inzwischen Realität.
  4. Mehrere Novellierungen des BauGB der jüngeren Vergangenheit dienen bzw. dienen der Förderung der Innenentwicklung, so auch explizit das am 21.09.2013 in Kraft getretene „Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung der Städtebaurechts“.
  5. Auch wenn diese Novellierungen dazu geführt haben bzw. hoffen lassen, dass sie dazu führen, dass die Umsetzung des Zieles der „Innenentwicklung“ einfacher umsetzbar ist, zeigt die tägliche Praxis, dass nach wie vor der Umsetzung der Ziele der „Funktionsmischung“ und der „Stärkung der Wohnfunktion“ in der Kernstadt Grenzen gesetzt sind. Dabei sind Regelungen des Immissionsschutzrechtes von erheblicher Bedeutung.

6. Sowohl die gewünschte Nachbarschaft von „Wohnen“ und „Arbeiten“ als auch die Stärkung der „Wohnfunktion“ in Bereichen, die aufgrund ihrer innerstädtischen Lage durch eine höhere Lärmvorbelastung aus unterschiedlichen Quellen (z.B. Verkehr, Freizeit) gekennzeichnet sind, ist, wenn überhaupt, nur unter erheblichen Schwierigkeiten und Entwicklung einer besonderen „Kreativität“ erreichbar.
7. Die inzwischen erreichte Komplexität des Immissionsschutzrechtes ist dabei gerade auch in Kommunalverwaltungen zunehmend ein Problem. Reduzierung der Mitarbeiterzahl, Kürzung von Fortbildungsetats und die Auswirkung der Einführung von Bachelor- und Masterstudiengängen (um nur einige Faktoren zu nennen) bergen die Gefahr in sich, dass die Fachlichkeit nicht mehr im notwendigen Maße gegeben ist. Dies führt unter anderem dazu, dass grundsätzlich gegebene rechtliche Möglichkeiten nicht oder nicht in vollem Umfang genutzt werden.
8. Die Inhalte der Regelungen sind teilweise vor allem in Bestandssituationen nicht sachgerecht bzw. berücksichtigen technische Möglichkeiten nur unzureichend. Als Beispiel sei angeführt die Regelung der TA Lärm, nach der als „maßgeblicher Immissionsort“ ein Bereich „0,5 m außerhalb vor der Mitte des geöffneten Fensters des vom Geräusch am stärksten betroffenen Raumes“ definiert wird.
9. Die Komplexität der Regelungen und die Unterschiedlichkeit der Richtwerte führen außerdem zu einer „Mehrklassengesellschaft“ bei den Lärmbetroffenen. Außerdem sind sie dadurch sowohl den Bürgerinnen und Bürgern als auch der Politik kaum noch vermittelbar.
10. Auch die teilweise unterschiedlichen Regelungen im Hinblick auf die Beurteilung von Vorhaben in Bereichen, die gemäß § 34 BauGB zu beurteilen sind, und in Situationen, die mittels Bebauungsplan geregelt werden, führen zu Konflikten.
11. Die immer wieder und auch zur Zeit diskutierte grundsätzliche Änderung der BauNVO im Hinblick auf die Gebietstypen dürfte wenn überhaupt nur sehr bedingt ggfs. dazu beitragen, Hürden im Hinblick auf Nutzungsmischung zu beseitigen, da ausschlaggebend die immissionsschutzrechtlichen Regelungen sind.
12. Verfolgt man dieses Ziel tatsächlich, wäre eine Vereinfachung des Systems der Immissionsregelungen und eine Diskussion geltender Richtwerte sehr viel wirkungsvoller.
13. Bei solchen Diskussionen sind einer Vielzahl von Faktoren in die Abwägung einzubeziehen, als wenige Beispiele seien genannt:
  - die heute geltenden Regelungen sind auch Ergebnis der Erkenntnis über die Schädlichkeit von Immissionen unterschiedlichster Art für die menschliche Gesundheit. Die Auswirkungen fehlender Regelungen hat die Entwicklung der Städte zur Zeit der „industriellen Revolution“ im Extrem gezeigt;
  - zwar sind Ziele wie „Nachhaltigkeit“, „Nutzungsmischung“ und „Schaffung von Wohnraum“ allgemein akzeptiert, die konkrete Umsetzung stößt jedoch nicht selten auch bei „umweltbewussten“ Bürgern auf erhebliche Widerstände (siehe nur Diskussionen um Kindergärten);
  - eine Reihe von Immissionsfaktoren (bei Lärm zum Beispiel Fluglärm) sind auf kommunaler Ebene kaum bis gar nicht beeinflussbar;
  - es muss das Entstehen einer Gruppe von „Lärmprivilegierten“ und einer Gruppe von „Lärmbenachteiligten“ vermieden werden.
14. „Nachhaltigkeit“ erfordert kontinuierlich die Abwägung unterschiedlichster Belange im Hinblick auf ihre auch mittel- und langfristigen Wirkungen. Genauso wie die Immissionsthematik der Abwägung unterliegt, tun dies in gleicher Weise Ziele wie „Innenentwicklung“ und „Nutzungsmischung“. In diesem Sinne ist auch zu akzeptieren, dass den Möglichkeiten im Hinblick zum Beispiel auf die Umsetzung der letztgenannten Aspekte Grenzen gesetzt sind.

### III. Thesen von Prof. Dr. Gerd Schmidt-Eichstaedt

Welche Bindungswirkungen des Immissionsschutzrechtes gelten für die kommunale Bauleitplanung?

1. Kommunale Bauleitplanung ist kein Primärintstrument des Immissionsschutzes, sondern dient primär der Planung, Ordnung und Lenkung der Bodennutzung. Bauleitplanung muss gemäß § 1 Abs. 3 BauGB eingesetzt werden, „soweit und sobald es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist“. Was erforderlich ist, hängt maßgeblich auch vom Planungskonzept der Gemeinde ab. Dabei besteht Planungsermessen.
2. Das Planungsermessen in der Bauleitplanung wird aber eingegrenzt durch verbindliche Fachplanungen, die auch dem Immissionsschutz dienen können. Dazu gehören z.B.:
  - festgesetzte Lärmschutzbereiche eines planfestgestellten Flugplatzes;
  - Schutzgebiete, die nach § 49 BImSchG festgesetzt sind (Regelung des Schwefelgehalts von Braunkohle in Berlin als einzige Ausübung der Ermächtigung).

- Was offenbar gesundheitsschädlich ist, ist verboten und darf auch nicht durch Bauleitplanung geduldet oder gar herbeiführt werden.
3. Auch an die Ziele der Raumordnung muss sich die Kommune in der Bauleitplanung halten, indem sie diese „beachtet“ und die Bauleitplanung „anpasst“. Daraus können sich z.B. verbindliche Abstandspuffer für die Errichtung von Windkraftanlagen in Eignungsgebieten ergeben.
  4. Ganz generell gilt jedoch das Abwägungsgebot, innerhalb dessen der Umweltschutz insgesamt und damit auch der Immissionsschutz – nach Maßgabe vollständiger Sachaufklärung und Prognose mittels UVP – nur zu „berücksichtigen“ ist. Vorsorgliche sachverhaltsaufklärende Planung ist in Teilbereichen verpflichtend vorgeschrieben – so die Lärminderungsplanung und die Luftreinhalteplanung – mit daraus abgeleiteten Verwendungsverboten.
  5. Zu bewältigende Emissionen sind: Lärm (Fluglärm, Anlagenlärm, Verkehrslärm, Sport- und Freizeitlärm); Luftverunreinigung, insbes. Gerüche (aus Produktion, Tierhaltung, Anlagen); Erschütterungen (Baubedingt, Betriebsbedingt); Strahlungen (Radioaktivität, Magnetismus, Funkwellen); Licht (Werbung); Wärme (Industrie), Dampf, Gase, Rauch, Ruß (BGB), Kaltluft, Laub, Blüten, Bakterien. Neu: Elektromagnetische Felder von Funkmasten, tieffrequenter Lärm von Windkraftanlagen.
  6. Bauleitplanung kann vorgelagerter Immissionsschutz sein, in bestimmten Bereichen muss die Planung diese Rolle übernehmen (auch mittels Umsetzung von Luftreinhalteplänen, Lärminderungsplänen, Emissionskatastern, Schutzbereichen Fluglärm), um rechtmäßig zu sein.
  7. Was kann – nach Abwägung – in Bauleitplänen überhaupt speziell zum Immissionsschutz veranlasst werden?
    - Trennung von Baugebieten, Einhaltung von Abständen;
    - Nutzungsgliederung innerhalb des Geltungsbereichs;
    - Ausschluss bestimmter Nutzungen (Abstandsrichtlinie, Seveso-Betriebe);
    - Freihalten von der Bebauung, Abstandsgrün; technische Vorkehrungen;
    - Verwendungsverbote.
  8. Das Trennungsgebot des § 50 BImSchG ist kein Optimierungsgebot in Form eines vorrangigen Belangs. Grenzwerte aus Richtlinien, DIN-Normen, VDI-Vorschriften sind nicht verbindlich, sondern nur in die Abwägung einzustellen. Auch das Gebot der Rücksichtnahme ist – in der Bauleitplanung – nur ein Abwägungsgesichtspunkt.
  9. Das BVerwG hat eine elegante Lösung für das Einbringen des Trennungsgebots in den Tatbestand des § 34 BauGB gefunden. Die Lösung kann auch im Rahmen des Abwägungsgebots verwendet werden. Wenn der allgemein erforderliche Abstand eingehalten wird, muss nicht mehr abgewogen werden, ob individuelle Verkürzung gerechtfertigt werden kann.
  10. Quasi Bestandteil des Trennungsgrundsatzes ist die Seveso-Richtlinie mit ihren durch Arbeitskreis empfohlenen Schutzabständen. Diese Schutzabstände sind nicht verbindlich.
  11. Auch die Sportanlagen-LärmschutzV gehört in diesen Problembereich. Die Fußball WM im Olympiastadion in Berlin konnte nur stattfinden, nachdem für den Besucherverkehr durch Wohngebiete die Bewertung nach der 16. BImSchV vorgeschrieben worden war.
  12. Das Schutzniveau eines Baugebiets kann gegenwärtig nur durch Einbeziehung der umgebenden Fläche in den Geltungsbereich des Bebauungsplans und Definition der dort zulässigen Emissionen (z.B. LEK) planerisch vorab geregelt werden. Für Gerüche und manche anderen Arten von Emissionen ist diese Vorgehensweise nicht möglich.
  13. Beispiel 1: Wohnen in WA mit Verkehrslärmniveau von MI kann nicht vorab festgesetzt werden (ist aber nach Abwägung möglich). Das verleitet zu Etikettenschwindel. Das ist wiederum rechtswidrig. Es fehlt das städtische „Gebiet mit Sternchen“: Durch Festsetzung eingeschränktes Schutzniveau.
  14. Beispiel 2: Wohndorf WA mit Gerüchen von MD kann nicht festgesetzt werden, ist vielleicht sogar unzulässig. Hier besteht Regelungsbedarf: Dorf bleibt Dorf, auch wenn es nur noch so aussieht wie ein Dorf, aber keine landwirtschaftlichen Hofstellen mehr aufweist. Die Luftreinhaltepläne sind auch in der Stadt gefürchtet – besteht hier Verschlechterungsverbot?
  15. Am Rande der Skurrilität sind/waren die RasenmäherV (8. BImSchV wurde aufgehoben, aber dafür gibt es nun die 32. VO: MaschinenlärmschutzVO) und ähnliches. Im Auge und Ohr der Öffentlichkeit ist die Beschränkung der Benutzung von Laubgebläsen auf öffentlichen Verkehrsflächen zur Morgenstunde jedoch von (beinah?) gleicher Wichtigkeit wie das Fernhalten von Kernkraftwerken und Endlagern aus der näheren Umgebung. Die zeitliche Regelung des Teppich-Klopfens (nur Sonnabends) hat sich nur durch die Erfindung des Staubsaugers erledigt.
  16. Querverbindungen bestehen zum Arten- und Biotopschutz

### Fazit

17. Es gibt (eher wenige) immissionsrechtliche Vorschriften mit absolutem Geltungsanspruch. Beispiel: 16. BImSchV (VerkehrslärmschutzV). Wenn ein Bebauungsplan in den Geltungsbereich der 16. BImSchV fällt, muss er das Schutzprogramm der 16. BImSchV abarbeiten – schon bei „Wie“ gibt es Gestaltungsspielräume.
18. Es gibt (eher mehr) immissionsrechtliche Vorschriften mit relativem Geltungsanspruch. Dazu gehören alle Vorschriften mit Orientierungswerten oder Richtwerten. Beispiele: DIN 18005 und auch die TA Lärm. Auch die TA Lärm enthält in Abschnitt 6 ausdrücklich nur „Immissionsrichtwerte“ zu der Frage, wie viel Lärm den Bewohnern eines Baugebiets regelmäßig zugemutet werden kann (und wie dieser Lärm zu messen ist). Entgegen BVerwG, 29.11.2012 – 4 C 8.11 – garantieren die Richtwerte der TA Lärm kein strikt einzuhaltendes Schutzniveau, keinen „Mindestwohnkomfort“.
19. Das Urteil des BVerwG, 29.11.2012 – 4 C 8.11 – wird es allerdings erschweren, auch im Bereich der TA Lärm zur Herrschaft des Abwägungsgebots zurückzukehren.
20. Was gibt es zu tun? a) Nachverdichtung in der Stadt muss möglich sein; b) Rettet das Dorf!

#### IV. Thesen von Rechtsanwalt Prof. Dr. Olaf Reidt

Ist eine Integration immissionsschutzrechtlicher Regelungen in das Baurecht möglich und sinnvoll?

1. Für die *Bauleitplanung* gibt es nur wenige Regelwerke des Immissionsschutzrechts, die unmittelbare Wirkung entfalten. Dazu zählt für den hier im Vordergrund stehenden Bereich des Lärms in erster Linie die 16. BImSchV (Verkehrslärmschutzverordnung). Für diese ist eine Integration in den Bereich der Bauleitplanung daher bereits vollumfänglich gegeben. Im Übrigen sind die Regelwerke des Immissionsschutzrechts im Wesentlichen nur Abwägungsmaterial i.S. von § 4a Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 7 BauGB oder betreffen im Hinblick auf dessen Vollziehbarkeit die Erforderlichkeit eines Bauleitplans (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB). Dies kann durchaus so weit gehen, dass ein Bauleitplan wegen entgegenstehender Regelwerke des Immissionsschutzes gar nicht aufgestellt werden kann (s. etwa die weitgehenden Bauverbote in § 5 FluglärmG in Lärmschutzbereichen von Flugplätzen). Die ansonsten jedoch bestehende Abwägungsoffenheit bietet Flexibilität, um auf unterschiedliche Planungskonstellationen angemessen reagieren zu können. Gesunde Wohnverhältnisse müssen dabei jedoch stets gewahrt bleiben. Vor diesem Hintergrund erscheint eine weitergehende Integration immissi-

onsschutzrechtlicher Regelungen in die Bauleitplanung weder erforderlich noch sinnvoll zu sein.

2. Im *Vollzug der Bauleitplanung* (Planvollzug und Zulassungsverfahren außerhalb beplanter Bereiche) müssen die Anforderungen des Immissionsschutzrechts eingehalten werden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Nutzung handelt oder nicht. Gerade hier herrschen in der Planungs- und Genehmigungspraxis große Unsicherheiten. Als am ehesten unproblematisch wird dabei aus rechtlicher Sicht in der Planungspraxis zumeist die Situation bewertet, in der es um die Genehmigung eines Vorhabens (Neuerichtung, wesentliche Änderung) in einer bereits bestehenden Gemengelage geht. Hier ist die Möglichkeit einer sog. Zwischenwertbildung allgemein anerkannt. Sehr viel größere Unsicherheit besteht hingegen in Situationen, in denen es um eine neu geschaffene Gemengelage geht, bei der zumeist in unmittelbarer Nachbarschaft eines (planerisch festgesetzten oder faktischen) schutzbedürftigen Baugebiets (z.B. eines Wohngebiets) die planerischen Voraussetzungen für immissionsrelevante Nutzungen (z.B. Ausweisung eines neuen Gewerbegebiets) geschaffen werden oder umgekehrt. In diesem Fall gilt im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Zwischenwertbildung jedoch nichts anderes, da es sich um eine planerisch bewusst geschaffene Gemengelage handelt. Hierzu hat etwa der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof in einem Urteil vom 03.07.2012<sup>93</sup> hinsichtlich der 18. BImSchV (Sportanlagenlärmschutzverordnung) Folgendes ausgeführt:

a) Die 18. BImSchV ist in ihrem sachlichen Anwendungsbereich einschlägig. (...)

b) Da es um die Errichtung und den Betrieb dieser Anlagen geht, ist auch die Regelung über gebietsbezogene Immissionsrichtwerte nach § 2 der 18. BImSchV unmittelbar anzuwenden. Dies ist auch zwischen den Beteiligten unstreitig. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die in § 2 Abs. 2 18. BImSchV aufgeführten Immissionsrichtwerte für Baugebiete nach der BauNVO absolute und uneingeschränkte Geltung ohne Rücksicht auf Lage und konkrete Empfindlichkeit des Emissions- wie des Immissionsorts beanspruchen können. Es kommt vielmehr auch bei Anwendung der 18. BImSchV darauf an, ob der Immissionsort etwa inmitten des jeweils einschlägigen Baugebietstyps liegt, oder ob er – wie hier – an der

<sup>93</sup> VGH BW, Urteil v. 03.07.2012 – 3 S 321/11 –, VBl. BW 2013, 61 ff. = BRS 79 Nr. 164.



Grenze zu einem Gebietstyp unterschiedlicher Stömpfindlichkeit und Schutzwürdigkeit angesiedelt ist. Zwar konkretisieren die gebietsbezogenen Immissionsrichtwerte der 18. BImSchV verbindlich die Zumutbarkeit von Sportlärm<sup>94</sup> und die Einhaltung dieser Richtwerte ist auch im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen.<sup>95</sup> Wie das Verwaltungsgericht zutreffend betont, sind die *gebietsbezogenen Immissionsrichtwerte* in § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV *Ausdruck einer lediglich typisierenden Betrachtungsweise* des Verordnungsgebers. *Sie beruhen auf abstrakt – generellen Abwägungen der in einem Baugebiet typischerweise miteinander konkurrierenden Nutzungsinteressen.* Sie bilden damit das Maß zumutbarer Lärmimmissionen und damit die Schutzwürdigkeit der Nachbarschaft immer nur nach dem abstrakten Maßstab der allgemeinen Zweckbestimmung der normierten Baugebiete ab, wie sie jeweils in Abs. 1 der §§ 2 bis 11 BauNVO umschrieben wird und bestimmen – mit anderen Worten – somit nur Inhalt und Grenzen der jeweiligen „Gebietsverträglichkeit“.<sup>96</sup>

e) Soweit es um *atypische Konfliktsituationen* geht, wie sie insbesondere bei *planungsrechtlich vorgegebenen oder tatsächlich angetroffenen Gemengelagen* bestehen, versagt dieser auf starre und abstrakte Gebietsabstufungen zugeschnittene Maßstab des § 2 Abs. 2 18. BImSchV. Dies gilt insbesondere bei Beurteilung solcher betroffener Grundstücke, die – wie hier – in enger Zuordnung am Rande unterschiedlich schutzwürdiger Gebiete liegen. In solchen Fällen kann die Konfliktlage bauplanungsrechtlich nur durch eine an der konkreten Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit der jeweils betroffenen Grundstückseigentümer orientierten Abwägung bewältigt werden. Für solche Sachverhalte trifft § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV keine abschließende Regelung, sondern nimmt sich zurück und bleibt offen für *Einzelbeurteilungen anhand des in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO konkretisierten bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebots.* In dieses System fügen sich auch die Bestimmungen in § 2 Abs. 6 Satz 2 und 3 der 18. BImSchV ein, wonach sich die Schutzwürdigkeit sonstiger in Bebauungsplänen festgesetzter Flächen und von Flächen

ohne Festsetzungen nach Abs. 2 „entsprechend der Schutzwürdigkeit“ zu beurteilen sind und bei erheblichen Abweichungen der tatsächlichen von der festgesetzten Nutzung von der tatsächlichen baulichen Nutzung unter Berücksichtigung der vorgesehenen Entwicklung des Gebietes auszugehen ist. Diese Bestimmungen, die Richtwerte, aber *keine Grenzwerte* festlegen, sind nicht als abschließende Ausnahmen von der starren Regel des § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV anzusehen. Vielmehr enthalten sie nur wichtige gesetzliche Fallgruppen für eine vom abstrakten Modell des § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV abweichende Bewertung der Schutzwürdigkeit anhand der (tatsächlichen und konkreten) Umstände des Einzelfalls. Insofern kann § 2 Abs. 6 Satz 3 der 18. BImSchV strukturell durchaus als einer der Anwendungsfälle des Rücksichtnahmegebots interpretiert werden. Von diesem Verständnis gehen zutreffend auch das Verwaltungsgericht und die ganz überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung aus.<sup>97</sup> Auch der für Baurecht zuständige Senat des Bundesverwaltungsgerichts weist – wenn auch in einem Fall der mittelbaren Anwendung der 18. BImSchV (heranrückende Wohnbebauung an eine Sportanlage) – auf die bauplanungsrechtlich unverzichtbare Regulativfunktion des Rücksichtnahmegebots hin und betont dabei den eingeschränkten Geltungsbereich der – vergrößernden – gebietsbezogenen Richtwerte in § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV. Diese Werte müssten bei der bauplanungsrechtlichen Beurteilung von Vorhaben in Gemengelagen um situationsbezogene Zumutbarkeitskriterien ergänzt werden. Hierbei seien die tatsächlichen und rechtlichen Vorbelastungen und die sich daraus ergebende jeweilige Schutzwürdigkeit des Emissionsorts (Gebiet der Sportanlage) und des angrenzenden oder nahegelegenen Immissionsorts (Gebiet des von Sportlärm betroffenen Vorhabens) zu ermitteln.<sup>98</sup> Diesen Vorgaben ist auch im – wie hier – unmittelbaren Anwendungsbereich der 18. BImSchV zu folgen. Das Urteil des Immissionsschutzsenats des Bundesverwaltungsgerichts<sup>99</sup> steht dieser Auffassung nicht entgegen. Das Urteil betont zwar die Verbindlichkeit der Richtwerte des § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV. Gleichzeitig weist es aber auch auf

<sup>94</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss v. 08.11.1994 – 7 B 73.94 –, NVwZ 1995, 993 ff.

<sup>95</sup> BVerwG, Urteil v. 12.08.1999 – 4 CN 4.98 –, VBl. BW 2000, 103 ff.

<sup>96</sup> Zu diesem Kriterium vgl. etwa BVerwG, Urteil v. 02.02.2012 – 4 C 14.10 –, ZfBR 2012, 368 ff. und Urteil v. 18.11.2010 – 4 C 10.09 –, NVwZ 2011, 748 ff.; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 09.11.2009 – 3 S 2679/08 –, VBl. BW 2010, 195 ff. (insofern bestätigt durch BVerwG), Beschluss v. 30.07.2009 – 5 S 973/09 –, juris.

<sup>97</sup> Vgl. etwa BayVG, Beschluss v. 05.04.2001 – 1 Cs 00.3649 –, juris (Fußballplatz im Plangebiet „Sportanlagen“ neben einem reinen Wohngebiet); BayVG, Urteil v. 24.08.2007 – 22 B 05.2870 –, UPR 2008, 153 f. (Freibad im Außenbereich neben reinem Wohngebiet in Ortsrandlage); OVG NRW, Urteil v. 19.04.2010 – 7 A 2362/07 – (Freibad und Wohnbebauung in Gemengelage).

<sup>98</sup> Vgl. BVerwG, Urteil v. 23.09.1999 – 4 C 6.98 –, NVwZ 2000, 1050 ff.

<sup>99</sup> BVerwG, Urteil v. 08.11.1994 – 7 B 73.94 –, NVwZ 1995, 993 ff.

den auf typisierende Konfliktsituationen zugeschnittenen Charakter der Richtwerte hin. Ein Verbot, bei Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit konkretisierend auf die Kriterien des Rücksichtnahmegebots zurückgreifen zu dürfen, vermag der Senat dieser Entscheidung nicht zu entnehmen.<sup>100</sup>

Bei den anderen lärmtechnischen Regelwerken, die Richt- oder Orientierungswerte regeln, gilt nichts anderes. Dies betrifft insbesondere die für Gewerbelärm maßgebliche TA Lärm, bei der es sich zudem – anders als bei der 18. BImSchV (Rechtsverordnung) – nur um eine Verwaltungsvorschrift handelt. Daraus folgt, dass die planerische Situation grundsätzlich Vorrang vor abstrakten immissionsschutzrechtlichen Anforderungen genießt. Das Städtebaurecht steuert im Ausgangspunkt also die jeweils maßgeblichen immissionsschutzrechtlichen Anforderungen, sodass eine Integration immissionsschutzrechtlicher Regelungen in das Baurecht auch im Hinblick auf Genehmigungsverfahren und sonstige Zulassungsentscheidungen nicht zwingend erforderlich ist.

Ganz sicher notwendig ist jedoch außerhalb der bestehenden materiell-rechtlichen Anforderungen eine Stärkung der Rechtskenntnisse bei den Rechtsanwendern sowie die ordnungsgemäße und ideologiefrei Anwendung des geltenden Rechts. Dessen Änderung und Fortentwicklung obliegt nicht der Rechtsanwendungspraxis, sondern allein dem Gesetzgeber.

In Erwägung gezogen werden sollte allerdings in den maßgeblichen lärmtechnischen Regelwerken eine klarstellende Ergänzung zum Verhältnis der dort jeweils geregelten Immissionsrichtwerte oder Orientierungswerte zur konkreten planerischen Situation im Hinblick auf tatsächlich bestehende und vor allem auch planungsrechtlich neu vorgegebene Gemengelagen, bei denen unterschiedlich schutzbedürftige Gebiete aneinander grenzen. Dies schließt die *Schaffung einer neuen Festsetzung in Bebauungsplänen* mit ein, aus der sich ergibt, in welchem Umfang schutzbedürftige Nutzungen Immissionen hinnehmen müssen, ggf. differenziert nach unterschiedlichen Emissionsquellen („*Duldungsfestsetzung*“). Der derzeitige Festsetzungskatalog für die Bauleitplanung ermöglicht dies nicht. Er bietet lediglich Möglichkeiten zur Festsetzung der maximalen Emissionen oder Immissionen, die von einer bestimmten Nutzung ausgehen können (z.B. in Form von

Schalleistungskontingenten nach der DIN 45691).

3. Der Immissionsschutz ist, insbesondere für den Bereich des Lärms, sektoral aufgebaut. Namentlich eine *Gesamtlärbetrachtung*, die auch andere Lärmquellen (neben Gewerbelärm insbesondere Verkehrslärm von Straße und Schiene, Fluglärm, Lärm von Sportanlagen, Lärm von Freizeitanlagen) einbezieht, ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht erforderlich. Eine Grenze wird erst dann gezogen, wenn ansonsten Gesundheitsgefahren zu besorgen sind. Aus Sicht des Immissionsschutzes wird dies häufig beklagt. Dennoch handelt es sich dabei um eine im Grundsatz sinnvolle gesetzliche Vorgabe. Vor allem die für Gewerbelärm maßgebliche TA Lärm verfolgt zwar grundsätzlich einen akzeptorbezogenen Ansatz, d.h. sie stellt auf die Immissionsbelastung durch alle unter die TA Lärm fallenden Betriebe und Anlagen an einem bestimmten Immissionsort ab. Gleichwohl bedarf es einer die konkrete Situation und die planerischen Gegebenheiten berücksichtigenden wechselseitigen Rücksichtnahme, der beim Gewerbelärm insbesondere durch die Zwischenwertbildung (Nr. 6.7 TA Lärm), durch die Irrelevanzbetrachtung (Nr. 3.2.1 Abs. 2 und Nr. 2.2 TA Lärm) sowie durch die Sonderfallprüfung (Nr. 3.2.2 TA Lärm) Rechnung getragen werden kann. Mit Ausnahme der Zwischenwertbildung geht es dabei jeweils um das unmittelbare Wechselverhältnis zwischen dem konkreten Emittenten und dem konkreten Immissionsbetroffenen. Diese Einzelfallbewertung, die letztlich auf dem sektoral maßgeblichen Regelwerk (z.B. der TA Lärm) beruht, würde erheblich erschwert, wenn sie in eine generelle Gesamtlärbetrachtung, also eine alle Emissionsquellen (insbesondere Verkehrslärm von Straße und Schiene, Fluglärm, Gewerbelärm, Sportlärm, Freizeitlärm) umfassende Betrachtung, eingebettet wäre.

4. Das *Fachplanungsrecht* ermöglicht es grundsätzlich, Immissionskonflikte sowohl durch Festlegungen zu regeln, die die *Emissionen* selbst betreffen (z.B. Regelungen zum maximalen Betriebsumfang, zu zwingend einzuhaltenden Höchstgrenzen etwa für den Beurteilungspegel und die Höhe und Anzahl von Spitzenpegeln, Betriebszeiten u.ä.) als auch durch Regelungen, die sich auf den *Immissionsort* beziehen (z.B. Regelungen zum Anspruch auf passiven Schallschutz, Entschädigungsregelungen für Beeinträchtigungen bei der Nutzung von Außenwohnbereichen u.ä.)<sup>101</sup>. *Außerhalb der Fachplanung* ist demgegenüber in der Regel eine Konfliktlösung

<sup>100</sup> Ebenso Deutsch/Tusch, BauR 2009, 1840 ff.; a.A. Uechtritz, NVwZ 2000, 106 ff.; unentschieden Ketteler, NVwZ 2002, 1070 ff.

<sup>101</sup> Siehe insbesondere § 74 Abs. 2 Satz 2 und 3 VwVfG.

nur durch die Anordnung von Maßnahmen *an dem neu hinzutretenden Vorhaben* möglich, also etwa an einem neu hinzutretenden Gewerbebetrieb oder an einer neu hinzutretenden Wohnnutzung. Dies gilt für die Bauleitplanung grundsätzlich in gleicher Weise wie für die Genehmigungsebene. Insbesondere die Regelung von passiven Schutzmaßnahmen an einer bestehenden schutzwürdigen Bebauung bei Hinzutreten einer neuen immissionsrelevanten Nutzung ist nicht möglich, selbst wenn an deren Realisierung ein hohes, auch öffentliches, Interesse besteht. Gerade im Hinblick auf die Stärkung der Innenentwicklung sollte für diese Fälle eine an das Planfeststellungsrecht angelehnte Möglichkeit für die verbindliche Bauleitplanung oder auch für das Genehmigungsrecht in Erwägung gezogen werden, nach der einer bestehenden schutzbedürftigen Nutzung *Duldungspflichten* aufgegeben werden können, ggf. *i.V.m. Ansprüchen* auf passiven Schallschutz, Entschädigungsansprüchen im Hinblick auf Einschränkungen bei der Nutzung von Außenwohnbereichen u.ä.

5. Nach der Rechtsprechung ist während der *Nachtzeit*, die in der Praxis des Immissionsschutzes besonders problematisch ist, der jeweilige Außenwohnbereich nicht schutzwürdig. Es geht vielmehr in erster Linie um den Schutz eines ungestörten Schlafes und damit um *Innenraum-schutz*. Daher stellen die wesentlichen Regelwerke des Fachplanungsrechts<sup>102</sup> für die Nachtzeit auf einzuhaltende *Innenpegel* ab. Demgegenüber sind für den Bereich des Gewerbelärms (und ebenso auch für den unter die 18. BImSchV fallenden Sportlärm) auch während der Nachtzeit Außenpegel maßgeblich.<sup>103</sup> § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB ermöglicht zwar Festsetzungen zum Schallschutz (u.a. Vorkehrungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch bauliche und sonstige technische Vorkehrungen), jedoch ist das Verhältnis derartiger Festsetzungen zu den Vorgaben der TA Lärm im Bebauungsplanvollzug zumindest umstritten, auch wenn Überwiegendes dafür spricht, dass die Festsetzungen eines Bebauungsplans (Satzung, teilweise auch Rechtsverordnung) gegenüber den *Anforderungen der TA Lärm* (Verwaltungsvorschrift) Vorrang haben. Ohne planerische Festsetzungen zur einzelfallbezogenen

Konfliktlösung ist es hingegen zwingend so, dass die Anforderungen der TA Lärm, deren Schutzkonzept auf Außenwerte angelegt ist, eingehalten sein müssen. Ob und inwieweit dies im Hinblick auf den während der Nachtzeit zu währenden Innenraumschutz erforderlich ist oder ob die entsprechenden Konflikte nicht auch durch passive Schutzmaßnahmen geregelt werden könnten, ist demgegenüber ohne Belang. Darin liegt eine der größten Erschwernisse für die durch den Gesetzgeber angestrebte Innenentwicklung. Für diese sind zwar in den letzten Novellierungen des Baugesetzbuchs in den „Programmvorschriften“ der §§ 1 und 1a BauGB mehrfach Neuerungen eingeführt worden. Hingegen ist der Planungs- und Zulassungspraxis weder in dem Festsetzungskatalog des § 9 BauGB für die verbindliche Bauleitplanung noch in den im Planvollzug relevanten lärmtechnischen Regelwerken (insbesondere in der TA Lärm) ein für die Innenentwicklung fortentwickeltes Instrumentarium an die Hand gegeben worden. Dieses ist vielmehr, anders als die städtebaupolitischen Programmsätze, unverändert geblieben. Dieses Instrumentarium bedarf daher einer sachgerechten Fortentwicklung unter stärkerer Berücksichtigung insbesondere der Möglichkeiten für technische Schutzvorkehrungen. Diese werden insbesondere bei den der Fachplanung unterfallenden Verkehrsanlagen für ausreichend gehalten, weil für derartige Vorhaben ein öffentliches Interesse spricht. Dies allerdings ist bei einer Stärkung der Innenentwicklung nicht anders. Erforderlich ist daher eine *Fortschreibung der lärmtechnischen Regelwerke* dahingehend, dass einerseits berechnete Lärmschutzansprüche hinreichend berücksichtigt werden, andererseits jedoch die städtebaupolitisch gewünschte Innenentwicklung nicht unmöglich gemacht oder jedenfalls doch in erheblicher Weise erschwert wird.

<sup>102</sup> Insbesondere für Verkehrslärm die 24. BImSchV – Verkehrswege-Schallschutzmaßnahmenverordnung und für den Fluglärm die 2. Flugplatz-Schallschutzmaßnahmenverordnung.

<sup>103</sup> Siehe zum maßgeblichen Immissionsort insbesondere A.1.3 des Anhangs zur TA Lärm: bei bebauten Flächen 0,5 m außerhalb vor der Mitte des geöffneten Fensters des vom Geräusch am stärksten betroffenen Raumes nach DIN 4109.

### Arbeitskreis IX – Bauversicherungsrecht

#### Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Dr. Florian Krause-Allenstein,  
Hamburg

Rechtsanwalt **Dr. Krause-Allenstein** ist Partner der Baurechtskanzlei SK-Rechtsanwälte in Hamburg und seit über 10 Jahren als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht ausschließlich in diesen Rechtsgebieten sowie im Bauversicherungsrecht tätig. Er vertritt Architekten, Unternehmer, Bauträger sowie gewerbliche und private Bauherren außergerichtlich wie gerichtlich. Herr Dr. Krause-Allenstein ist im Bereich des privaten Bau- und Architektenrechts sowie Bauversicherungsrechts als Autor zahlreicher Veröffentlichungen, wie z.B. als Alleinautor der zweiten Auflage des Buches „Berufshaftpflichtversicherung des Architekten und Bauunternehmers“ (C.H. Beck, Reihe NJW-Praxis), Herausgeber des Handbuchs Bauversicherungsrecht, 1. Aufl. 2013, Werner Verlag, sowie als Co-Autor des IBR-Online-Kommentars Bauvertragsrecht 2010 und als Co-Autor des Handbuchs des Architektenrechts (Kohlhammer Verlag) und als ständiger Mitarbeiter der Fachzeitschriften Immobilie & Baurecht (IBR) und Baurecht (BauR) bekannt. Darüber hinaus wird er in diesen Rechtsgebieten von Architektenkammern, Berufsverbänden und Seminaranbietern (unter anderem dem Deutschen Anwaltsinstitut) als Dozent gebucht und unterrichtet als Lehrbeauftragter für Bau- und Immobilienrecht an der Hamburger Fern-Hochschule und der Leuphana Universität Lüneburg.

#### Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Ulrich Langen

**Ulrich Langen** kann als Justiziar der AIA AG, einem internationalen Unternehmensverbund eines französischen Spezialversicherers der Bauwirtschaft, auf rd. 30 Jahre Bauschadenpraxis zurückgreifen. Er ist gleichzeitig Geschäftsführer der Dienstleistungsgesellschaft für Architekten und Ingenieure mbH, die sich u.a. mit Rechtsdienstleistungen für Architekten und Ingenieure im Bereich des Honorarrechts befasst, und seit 2013 Beirat beim Deutschen Baugerichtstag. Neben zahlreichen Fachpublikationen ist Herr Langen Co-Autor des Handbuchs des Fachanwalts für Versicherungsrecht und des Handbuchs HO-AI 2013. Zusätzlich engagiert er sich als Referent im Bereich Aus- und Weiterbildung bei zahl-

chen Fachtagungen und Seminaren für Hochschulen, Kammern, Verbänden und Seminaranbietern (u.a. DeutscheAnwaltAkademie) und steht in Kontakt mit allen führenden Anbietern von Bauversicherungen.

#### Referenten

Ass. jur. Desmond Smolla

**Desmond Smolla** hat als Volljurist bei der Deutschen-Verkehrs-Assekuranz Vermittlungs-GmbH, dem Versicherungsmakler der Deutschen Bahn AG, fast 20 Jahre Erfahrung mit der Versicherung von Großbauvorhaben. Die von ihm maßgeblich mitgestaltete „Kombinierte Bauleistungs- Montage und Haftpflichtversicherung“ wird mit projektspezifischen Anpassungen auch über die Deutsche Bahn AG hinaus für zahlreiche anspruchsvolle Bauprojekte genutzt. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt hier in der Abwicklung komplexer Schadenfälle im Bereich der Haftpflicht- insbesondere Planungshaftpflichtversicherung.

#### A. Thema des Arbeitskreises

Versicherungsschutz beim Bauen – Welche Anforderungen sind an ein zukünftiges Modell der Absicherung von Baubeteiligten zu stellen?

#### B. Einführung

von Rechtsanwalt Dr. Florian Krause-Allenstein

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

Die bestehenden Einzelversicherungen der Baubeteiligten, also insbesondere die Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Ingenieure sowie Betriebshaftpflichtversicherung der Bauunternehmer, sind nicht geeignet, um die beschriebenen Baustreitigkeiten zu vermeiden. Denn auch diese Versicherer treten für den Schadenfall nur

dann ein, wenn die Verantwortlichkeit ihres Versicherungsnehmers (gerichtlich) eindeutig festgestellt wurde. Auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag befasste sich der Arbeitskreis IX mit der Frage, ob „ganzheitliche Ansätze der Versicherungswirtschaft (z.B. Multi-Risk-Versicherungen) zur Vermeidung von Baustreitigkeiten und besseren Konfliktlösung“ geeignet sind. Der weit überwiegende Teil der Teilnehmer sprach sich für die vorgestellte Idee einer Multi-Risk-Lösung aus. Das Bundesministerium der Justiz hat zwar in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht (noch) keine abschließende Empfehlung an den Gesetzgeber vorgeschlagen, hält aber eine gesetzliche Pflicht für wünschenswert und schlägt vor, das Thema nach einer umfassenden Machbarkeitsstudie und Folgenabschätzung weiter zu verfolgen. Die Versicherungswirtschaft hat bisher verhalten reagiert. Daher sollen die Anforderungen an ein zukünftiges Absicherungsmodell auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag anhand der nachfolgenden Thesen weiter konkretisiert werden.

Die Idee besteht nach wie vor darin, ein Versicherungsmodell zu entwickeln, das die maßgeblichen Risiken eines Bauvorhabens absichert und – soweit möglich – auf den Regress gegenüber den für den Schadensfall Verantwortlichen verzichtet. Dies würde dazu beitragen, Gerichtsverfahren zur Klärung der Schadenursache zu vermeiden, da der Versicherer den Schaden unabhängig von der Frage der Verantwortlichkeit regulieren müsste. Weiter soll geklärt werden, ob und in welchem Umfang es stärker als bisher möglich sein könnte Vertragserfüllungs- und Mängelhaftungsbürgschaften in den Versicherungsschutz mit einzubeziehen. Die höheren Kosten eines solchen Versicherungskonzepts könnten zumindest teilweise dadurch finanziert werden, dass die bei mehrfach gestuften Bauverträgen auf den unterschiedlichen Ausführungsstufen mehrfach durch Bürgschaften abgesicherte Risiken durch eine einheitliche Versicherung gedeckt würden und hierdurch Bürgschaftskosten erspart werden könnten.

Durch den erheblichen Umfang des Deckungsschutzes eines solchen erweiterten Versicherungsschutzes erhöhte sich allerdings signifikant auch das Risiko des Schadenseintritts; die Bereitschaft der Versicherer, solche Produkte überhaupt oder aber zu Prämien in akzeptabler Höhe anzubieten, könnte daher gering sein. Aufgrund der bestehenden Einzelversicherungen der Baubeteiligten könnte es ferner zu Doppelversicherungen und damit zu einem insgesamt teureren Versicherungsschutz kommen. Im Schadenfall könnte dies, wenn eine realisierte Gefahr in mehreren Versicherungen versichert wurde, zu einer zeitlichen

Verzögerung der Regulierung aufgrund der zwischen den einzelnen Versicherern notwendigen Abstimmungen kommen. Treten mehrere Schadenfälle im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben auf, könnte ein Risiko für die Versicherungsnehmer darin bestehen, dass die durch den einheitlichen Versicherungsschutz zur Verfügung gestellte Deckungssumme bereits verbraucht wurde und daher kein Deckungsschutz für zeitlich später auftretende Schadenfälle mehr besteht.

### C. Thesen

Auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag befasste sich der Arbeitskreis IX mit der Frage, ob „ganzheitliche Ansätze der Versicherungswirtschaft (z.B. Multi-Risk-Versicherungen) zur Vermeidung von Baustreitigkeiten und besseren Konfliktlösung“ geeignet sind. Der weit überwiegende Teil der Teilnehmer sprach sich für die vorgestellte Idee einer Multi-Risk-Lösung aus. Das Bundesministerium der Justiz hat zwar in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht (noch) keine abschließende Empfehlung an den Gesetzgeber vorgeschlagen, hält aber eine gesetzliche Pflicht für wünschenswert und schlägt vor, das Thema nach einer umfassenden Machbarkeitsstudie und Folgenabschätzung weiter zu verfolgen. Die Versicherungswirtschaft hat bisher verhalten reagiert. Daher sollen die Anforderungen an ein zukünftiges Absicherungsmodell auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag anhand der nachfolgenden Thesen weiter konkretisiert werden.

1. Architekten und Ingenieure fühlen sich aufgrund der werkvertraglichen Erfolgshaftung in Kombination mit der gesamtschuldnerischen Haftung gegenüber den ausführenden Unternehmen im Nachteil, da sie aufgrund der bestehenden Pflichtversicherungsbestimmungen bevorzugt in Anspruch genommen werden und ein Regress an der Insolvenz des Unternehmers oftmals scheitert.

Empfiehl es sich, über Architekten und Ingenieure hinaus auch für andere Baubeteiligte eine gesetzliche Versicherungspflicht einzuführen?

2. Wenn der Bauherr für einen umfassenden Versicherungsschutz zu sorgen hätte, hätte er die Absicherung selbst in der Hand und könnte Schäden im Zusammenhang mit der Baumaßnahme ohne jahrelange Rechtstreitigkeiten unmittelbar gegenüber seinem Versicherer geltend machen.

Ist es im Sinne des Verbraucherschutzes sinnvoll, eine solche Verpflichtung dem Bauherrn aufzuerlegen?

3. Eine derartige Absicherung nützt jedoch nur dann der Streitvermeidung, wenn möglichst viele Risiken mit klaren Abgrenzungen vom Versicherungsschutz umfasst sind.

der Versicherungsmarkt kein bezahlbares Produkt anbietet?

Welche Risiken müsste eine solche Versicherung mindestens abdecken?

4. Die Kosten des Versicherungsschutzes hängen nicht nur vom Umfang der Risiken, sondern auch davon ab, ob und ggf. welche Ausschlüsse ein solcher Versicherungsschutz vorsehen kann (z.B. Vorsatz, bewusste Pflichtwidrigkeit, Garantien, Beschaffenheitsvereinbarungen zu Kosten und Terminen, Ansprüche von Angehörigen untereinander, Zahlungsvorgänge (Kassenführung, Untreue Unterschlagung), Abhandenkommen von Sachen, Mietsachschäden, KFZ-Risiken aus selbstfahrenden Arbeitsmaschinen)

Empfiehl es sich aus Gründen der Finanzierbarkeit, bestimmte Risiken vom Versicherungsschutz auszunehmen? Wenn ja, welche?

5. Soweit Versicherungsschutz für mehrere Baubeteiligte über einen Versicherungsvertrag besteht, könnten sich die Kosten günstiger gestalten, wenn dem Versicherer ein Regressrecht gegenüber dem Schadenverursacher zusteht. Dem steht entgegen, dass in diesem Fall zusätzlicher Versicherungsschutz (z.B. für Subunternehmer) erforderlich wird und sich die Schadensabwicklung aufgrund notwendiger Beweissicherung für das Regressverfahren verzögert.

Ist es sinnvoll, den Versicherungsschutz mit einem Regressverzicht auszustatten?

6. Jeder Versicherungsschutz beinhaltet versicherungsvertragliche Obliegenheiten, die der Versicherungsnehmer und auch ggf. mitversicherte Personen oder Unternehmen zu erfüllen haben und an deren Nichteinhaltung die Rechtsfolgen gem. § 19 ff. VVG auslösen.

Wer hat gegenüber dem Versicherer welche Obliegenheiten zu erfüllen (vorvertraglich, während der Vertragslaufzeit und im Schadenfall)?

7. Die Komplexität der Materie und die bisherige Einschätzung der Versicherungswirtschaft könnten dazu führen, dass bezahlbare Produkte kurzfristig nicht zur Verfügung stehen.

Kann eine Versicherungspflicht der Unternehmer mit Einschluss des Fertigstellungs-/Gewährleistungsrisikos ein erster Schritt in einen umfassenderen Versicherungsschutz sein, wenn