

# **8. Deutscher Baugerechtstag**

**am 15./16. Mai 2020  
in Hamm/Westf.**

**Thesen  
der Arbeitskreise I bis XII**



# INHALT

## Thesen

---

Einführung	3
Arbeitskreis Ia – Digitales Planen und Bauen	7
Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht und Arbeitskreis X – Baubetrieb	14
Arbeitskreis II – Vergaberecht	20
Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht	27
Arbeitskreis V – Normung	35
Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht	37
Arbeitskreis IX – Innovative Vertragsmodelle	47
Arbeitskreis XII – Bauträgerrecht	57



## Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir bereiten uns mit großer Freude auf den 8. Deutschen Baugerichtstag am 15./16.05.2020 in Hamm vor. Und wie immer in der zwar noch jungen aber dennoch schon ereignisreichen Geschichte des DBGT haben zahlreiche namhafte Wissenschaftlicher und Praktiker aus fast allen Fakultäten des Bauens mit viel Aufwand und Sachverstand interessante Themen herausgearbeitet und so weit zugespitzt, dass sie Ihnen nun in diesem Sonderheft der BauR als Thesen vorgestellt werden können. Diese Thesepapiere sind die Grundlage für die Tätigkeit des DBGT selbst, für die er wiederum auf Ihre Mitarbeit angewiesen ist. Sie informieren über die Ergebnisse der Vorarbeiten in den einzelnen Arbeitskreisen und laden ein, sich weiterführend mit der jeweiligen Thematik zu beschäftigen, die dann auf dem DBGT kontrovers diskutiert werden soll. Nur auf diese Weise erfüllt der DBGT seine Funktion, Interessen und Meinungen in einem sachlich fundierten Diskurs so zu fokussieren, dass am Ende dieses Prozesses praxisgerechte und rechtsdogmatisch belastbare Empfehlungen an den Gesetzgeber stehen.

Wie fragil dieser Prozess ist, zeigt sich am immer noch neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, an dessen Entstehung der DBGT maßgeblich beteiligt war. Diese neuen, in ihren Grundannahmen und vielen Details durchaus gelungenen Vorschriften bahnen sich dennoch nur langsam ihren Weg in die Realität. Das mag zum einen mit den Trägheitskräften einer jahrzehntelang anderweitig eingeübten Vertragspraxis zu tun haben, entspringt aber zum anderen wohl auch dem Umstand, dass vereinzelt wichtige Regelungen Eingang in das Gesetz gefunden haben, die allenthalben als nicht akzeptabel oder zumindest als nur schwer umsetzbar empfunden werden. Sinnbildlich dafür steht das sog. „Einigungsmodell“ in § 650b Abs. 1 BGB, das in einer Weise impraktikabel ist, die nicht nur Großbaustellen rasch zu einem unkalkulierbaren Risiko werden lassen kann. Gerade diese Regelungen sind an den Empfehlungen des DBGT und den Erwägungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJV vorbei auf Kanälen in den Gesetzesentwurf geraten, die einem breit angelegten Meinungsbildungsprozess entzogen waren.

Der DBGT hat aus diesen Entwicklungen gelernt. Er hat sich in mehreren Arbeitskreisen schon in der Vorbereitung der Thesepapiere in öffentlichen Sitzungen verstärkt darum bemüht, die Meinungen, Auffassungen und Anregungen derjenigen wahrzunehmen und aufzugreifen, die von der erhofften Umsetzung der Empfehlungen betroffen sein werden. Dazu gehört auch, Verbänden und Interessenvertretungen, deren Stimme nicht erst im politischen Meinungsbildungsprozess Kraft entfalten soll, frühzeitiger Gelegenheit zur Darlegung der Vorstellungen der von ihnen Vertretenen zu gewähren. Dementsprechend haben insbesondere die vereinten **Arbeitskreise I b und X (Bauvertragsrecht und Baubetrieb)** und der **Arbeitskreis IV (Architektenrecht)** im Rahmen ihrer Vorberatungen den vorerwähnten Gruppierungen Gelegenheit eingeräumt, ihre Erfahrungen, Anregungen und Bedürfnisse so rechtzeitig einzubringen, dass sie konstruktiver Bestandteil eines geordneten Meinungsbildungsprozesses werden können. Die ersten Erfahrungen mit die-

ser leicht nachjustierten Praxis der Arbeitskreise sind sehr positiv. Wir hoffen und erwarten, dass sie den Beratungen und Empfehlungen des DBGT über das schon bisher erreichte Maß hinaus Relevanz verleihen und Gehör verschaffen werden.

In diesem Sinne laden wir Sie herzlich zum Besuch des 8. Deutschen Baugerichtstages ein, der in insgesamt acht Arbeitskreisen überaus spannende Themen behandeln wird und dabei ganz bewusst auf eine bloß nachläufige Auseinandersetzung mit dem neuen Bauvertragsrecht weitgehend verzichtet.

So setzt der **AK Ia (Digitales Bauen und Planen)** seine schon auf den letzten beiden Baugerichtstagen erfolgreich begonnene Arbeit fort, die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine möglichst effiziente und störungsfreie Einbindung von BIM-Technologien in die Planung und Projektabwicklung zu gestalten und fortzuentwickeln. Der **AK Ib (Bauvertragsrecht)** und der **AK X (Baubetrieb)** haben gemeinsam Großes vor: Sie widmen sich einer der schmerzhaftesten Lücken des geltenden Bauvertragsrechts und werden Empfehlungen an den Gesetzgeber für eine gesetzliche Regelung bauzeitlicher Ansprüche formulieren. Das Thema des **AK II (Vergaberecht)** ist ebenfalls breit angelegt und beschäftigt sich unter dem Titel „Effizienzsteigerung als vergaberechtliche Herausforderung“ mit der Öffnung des Vergabeverfahrens für neue Formen der Projektgestaltung und -abwicklung sowie mit der Schaffung von Möglichkeiten für eine allgemeine Professionalisierung des Vergabeverfahrens.

Leider wird der **AK III (Bauprozessrecht)** im kommenden Jahr nicht tagen. Trotz intensiver Bemühungen – auch in Abstimmung mit den in unserem Beirat sehr aktiv vertretenen Verbänden – hat sich kein Thema gefunden, das mit ausreichender Tragfähigkeit in den politischen Meinungsbildungsprozess hätte getragen werden können. Ähnliches gilt für den **AK IX (Bauversicherungsrecht)**, der thematisch voraussichtlich erst dann wieder tätig werden wird, wenn sich final abzeichnet, welches Sicherungsmodell sich für den Bauträgervertrag in der bevorstehenden politischen Diskussion durchsetzen wird und/oder welche neuen Vertragsmodelle neue Versicherungskonzepte mit entsprechenden flankierenden gesetzlichen Regelungen benötigen. Derzeit fehlt es an den weiteren Rahmenbedingungen, die eine Grundlage für konkrete Empfehlungen an den Gesetzgeber bieten könnten.

Ein großer Anziehungspunkt wird der **AK IV (Architektenrecht)** werden, der sich schon im Vorfeld in großer Runde zu Beratungen aller fachlich und politisch beteiligten Gruppen mit den Auswirkungen des EuGH-Urteils zur Preisbindung der HOAI beschäftigt hat. Anlass genug, die überaus kontrovers diskutierten Folgen des Urteils konstruktiv zu gestalten und dem Gesetzgeber hierfür eine Handreichung in Form von konsensfähigen, klug abgestimmten Empfehlungen zu liefern.

Der DBGT legt großen Wert darauf, auch die Baufachleute und Sachverständigen in die Gestaltung des Bauvertragsrechts einzubinden. Sie haben eine wichtige Stimme in diesem Prozess, die gehört werden muss. Vor diesem Hintergrund wird der **AK V (Normung)** seine Arbeit fortsetzen und Empfehlungen zur Harmonisierung des Normungswesens im Spannungsfeld zwischen

praktischen Bedürfnissen, europäischer Richtlinienkompetenz und interessen-gesteuerter Einflussnahme erarbeiten. Der **AK VI (Sachverständigenrecht)** beschäftigt sich dieses Mal nicht mit dem Recht der Sachverständigen, sondern mit einem zentralen Gegenstand ihrer Tätigkeit, den anerkannten Regeln der Technik. Es gehört zu den Auffälligkeiten des Bauvertragsrechts, dass der für die Praxis so bedeutsame, zugleich allerdings überaus komplexe und schillern-de Begriff keinerlei Präzisierung und Konkretisierung durch das Gesetz erfährt. Es ist zu diskutieren, ob es dabei bleiben kann oder wie ggf. Abhilfe geschaffen werden soll.

Schließlich wird der **AK XI (Innovative Vertragsmodelle)** das bereits ent-wickelte Konzept des Mehrparteienvertrages anhand zwischenzeitlicher prak-tischer Erfahrungen konkretisieren und vor dem Hintergrund der durch das geltende Recht gezogenen Grenzen rechtliche Fragestellungen insbesondere zum Haftungsregime innerhalb solcher Vertragsmodelle diskutieren.

Auch der **AK XII (Bauträgerrecht)** wird tagen. Fest steht auch, dass es dabei um die bisher nur in einem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauträgerver-tragsrecht niedergelegten Vorstellungen des Gesetzgebers zur Fortentwicklung des Bauträgervertragsrechts in §§ 650u ff. BGB gehen wird. Allerdings kann und soll die Blickrichtung des AK thematisch erst festgelegt werden, wenn das Ministerium seine Vorstellungen zumindest in einem Referentenentwurf konkretisiert hat, mit dessen Veröffentlichung spätestens im ersten Quartal des neuen Jahres zu rechnen ist.

Bitte informieren Sie sich im Einzelnen anhand der folgenden Thesenpapiere über die Tätigkeit der einzelnen Arbeitskreise. Wir würden uns sehr freuen, Sie auf dem 8. Deutschen Baugerichtstag als Teilnehmerin/Teilnehmer eines dieser Arbeitskreise begrüßen zu dürfen.

**Der Vorstand des Deutschen Baugerichtstags e.V.**





# Arbeitskreis Ia – Digitales Planen und Bauen

## Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch ist Partner der Rechtsanwaltsgesellschaft Kapellmann und Partner mbB in Düsseldorf. Er ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. In seiner Berufspraxis befasst er sich mit Projektstrukturierungen, Projektsteuerung und Projektanbahnung von großen und komplexen Projekten. Er ist gleichzeitig Vorstand des Deutschen Verbandes der Projektsteuerer und Autor zahlreicher Veröffentlichungen, wie z.B. Alleinautor der 4. Auflage des Buches *Projektmanagement und Projektsteuerung* (Werner Verlag) sowie Verfasser weiterer Buchbeiträge und einer Vielzahl von Aufsätzen in Fachzeitschriften. Mit dem Forschungsauftrag *Maßnahmenkatalog zur Nutzung von BIM in der öffentlichen Bauverwaltung unter Berücksichtigung der rechtlichen und ordnungspolitischen Rahmenbedingungen 2013* wurde unter federführender Mitwirkung von Herrn Prof. Dr. Eschenbruch die Umsetzung von BIM auch für öffentliche Auftraggeber vorbereitet. Er ist weiter Mitglied der ARGE InfraBIM, die im Rahmen eines Forschungsauftrages erste BIM-Pilotprojekte in Deutschland wissenschaftlich begleitet. Er ist Fachautor und Referent zum Thema BIM und Herausgeber des *BIM und Recht*. Er ist gleichzeitig Lehrbeauftragter für Bauvertragsrecht an der RWTH Aachen.

Rechtsanwältin Dina Westphal

Rechtsanwältin und Syndikusrechtsanwältin Dina Westphal ist Leiterin der Abteilung Bauvertragsrecht und Immobilienrecht bei der DB AG. Diese entwickelt federführend die Grundsätze für privates Baurecht und Bauvergaberecht für den Einkauf von Planungs- und Bauleistungen sowie für die Abwicklung von Bauprojekten in der Infrastruktur und treibt die Entwicklung und Einführung von BIM und innovativen Vertragsmodellen im DB-Konzern voran. Frau Westphal ist seit mehr als 20 Jahren im privaten Baurecht tätig. Sie hat in ihrer beruflichen Praxis bei einem großen deutschen Baukonzern und bei der DB

AG zahlreiche Projekte im In- und Ausland sowie im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Eisenbahn-Infrastruktur (z.B. im Rahmen der sog. Predictive Maintenance) betreut. Frau Westphal ist Gründungsmitglied der Fachgruppe Recht des buildingSMART e.V., vertritt die DB AG im Beirat des DBGT und publiziert zum Thema.

## Referenten

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Philipps-Universität Marburg

Prof. Dr. Wolfgang Voit ist seit 1995 Inhaber der Professur für bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht und Wirtschaftsrecht der Philipps-Universität Marburg. Er betreut u.a. die Zusatzqualifikation im privaten Baurecht und ist akademischer Leiter des berufs begleitenden Masterstudiengangs. Für seine Tätigkeit wurde ihm der Baurechtspreis der Deutschen Gesellschaft für Baurecht verliehen. Neben seiner universitären Tätigkeit ist er als Gutachter und Schiedsrichter tätig. Er hat an verschiedenen Forschungsinitiativen zur Weiterentwicklung des Baurechts in Deutschland teilgenommen.

Dr. Ing. Daniel Krause, Wayss & Freytag, Frankfurt am Main

Herr Dr. Ing. Daniel Krause ist Leiter des Unternehmensbereichs Building Information Modeling bei der Wayss & Freytag Ingenieurbau GmbH und ist in seiner beruflichen Praxis insbesondere mit dem Einsatz digitaler Planungsmethoden bei integrierten Projektanbahnungsmethoden befasst, bei denen Auftragnehmer-Know-how frühzeitig in die Planungsprozesse eingebracht wird.

Dr. Andreas Koenen, Münster

Dr. Andreas Koenen ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Verwaltungsrecht. Er ist Lehrbeauftragter für privates Baurecht an der Philipps-Universität in Marburg. Er ist Gründungspartner der Kanzlei Koenen Bauanwälte.

Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Hans Lechner, Wien

Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Hans Lechner war lange Jahre Inhaber des Lehrstuhls für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der Technischen Universität Graz. Er war maßgeblich an der Entstehung der HOAI 2013 beteiligt und ist Inhaber der Hans Lechner ZT GmbH Ingenieur- und Architekturbüro mit Hauptsitz in Wien. Prof. Lechner ist durch vielfältige Veröffentlichungen zur Planungs- und Bauwirtschaft sowie zum Projektmanagement hervorgetreten und gibt die Zeitschrift „Planungswirtschaft“ heraus.

Rechtsanwalt Cornelius Homann, Brilon

Cornelius Homann ist selbstständiger Rechtsanwalt in der Kanzlei HOMANN Rechtsanwalt. Zuvor war er als assoziierter Partner in der Kanzlei Kapellmann Rechtsanwälte (Frankfurt) tätig. Er berät Auftragnehmer und Auftraggeber im Bauvertrags-, Architekten- sowie Vergaberecht und den entsprechenden streitigen Auseinandersetzungen vor Gerichten bzw. Nachprüfungsinstanzen. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist er Lehrbeauftragter an der Technischen Hochschule Mittelhessen im Studiengang Bauingenieurswesen. Zudem ist er Gründer der Netzwerkplattform BIMWORX.net.

Architekt Emanuel Homann, Brilon

Emanuel Homann ist Geschäftsführer und Gesellschafter der HOMANN ARCHITEKTEN PartGmbH mit Standorten in Brilon und Frankfurt am Main. Vor dieser Tätigkeit war er als Architekt in dem Architekturbüro GMP – Architekten von Gerkan, Marg und Partner (Frankfurt) angestellt. Berufsbegleitend hat er an der Philipps-Universität Marburg im Studiengang Baurecht und Baubegleitung den Master of Laws erworben. Die HOMANN Architekten PartGmbH ist neben den architektonischen Referenzen bekannt für ihre Expertise im Bereich BIM. Neben seiner Tätigkeit als Architekt ist Emanuel Homann Gründer der Netzwerkplattform BIMWORX.net.

### Themen des Arbeitskreises

Themen des Arbeitskreises sind die aus dem Prozess der fortschreitenden Digitalisierung erforderlichen Anpassungen der VOB/B, HOAI, sowie

Anpassungen an zweistufige Baumodelle, frühzeitige Auftraggeber-/Auftragnehmerintegration und Schutz nativer Daten.

### Thesen von Herrn Prof. Voit, Marburg

#### These 1:

Die VOB/B als eingeführtes Klauselwerk für die Abwicklung von Bauvorhaben bedarf einer redaktionellen Überarbeitung im Hinblick auf die Übermittlung von Daten, Mitteilungen in Textform, Ermöglichung digitaler Abrechnungen vs. Rundungsvorschriften der VOB/C bei der Abrechnung.

#### Begründung:

Die VOB/B enthält an vielen Stellen Regelungen, die von einer händischen Übergabe von Planungs- und sonstigen Unterlagen ausgehen (z.B. § 3 Abs. 1, § 3 Abs. 6, § 4 Abs. 2 Nr. 2, § 15 Abs. 5). An allen relevanten Stellen der VOB muss klargestellt werden, dass auch die Übermittlung von Daten ausreicht. Werden Datenformate vorgegeben, so müssen diese öffentlich zugänglich sein oder vom Auftraggeber zugänglich gemacht werden.

Die VOB/B sieht an vielen Stellen das Erfordernis der Schriftlichkeit vor. Im Rahmen der heutigen Bauprojektentwicklung mit Datenplattformen sollte auf die Schriftlichkeit möglichst weitgehend verzichtet werden. Für Kündigungen muss es wegen der zwingenden gesetzlichen Regelung in § 650h BGB bei der Schriftform bleiben. Im Übrigen sollte die Textform in § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 3, § 4 Abs. 8, § 4 Abs. 10, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 5, § 13 Abs. 5, § 16 Abs. 3 an die Stelle der Schriftform treten. Dies entspricht auch der Regelung in § 309 Nr. 13 Buchst. b) BGB, der zumindest im nicht-unternehmerischen Verkehr vorsieht, dass in AGB eine strengere Form als die Textform nicht wirksam vereinbart werden kann.

§ 4 Abs. 4 VOB/B sollte nicht nur die Mitbenutzung der Baustelleninfrastruktur regeln, sondern auch die Mitbenutzung der Informationsinfrastruktur (insbesondere die Benutzung gemeinsamer Datenplattformen). Weiterhin sollten die Abrechnungsvorschriften in §§ 14 ff. VOB auch digitale Abrechnungen ermöglichen. Die zwingende Verweisung in § 15 Abs. 2 zu den Rundungsvorschriften

ten der VOB/C sollte einem Vereinbarungsmodell weichen.

Weitergehender Reformbedarf:

### These 2:

§ 4 VOB/B sollte um eine Regelung zur Prüfung von Angaben ergänzt werden, die vom Auftragnehmer von Dritten übernommen werden.

#### Begründung:

Die Regelung der VOB/B zu Bedenkenhinweisen bezieht sich auf Vorgaben des Auftraggebers. Im Rahmen der BIM-Methode werden seitens des Auftragnehmers viele Informationen hinterlegt, die der Auftragnehmer von dritter Seite, etwa von Zulieferern, erhält und übernimmt. Für den Auftraggeber können diese im Modell hinterlegten Informationen für spätere Veränderungen und Weiterentwicklungen des Werkes von großer Bedeutung sein. Deshalb sollte in der VOB/B klargestellt werden, dass der Auftragnehmer nicht für die Richtigkeit dieser Informationen haftet, ihn aber eine Prüfungspflicht trifft, deren schuldhaftes Verletzung auch zum Schadensersatz verpflichtet.

### These 3:

§ 12 VOB/B sollte um eine Bestimmung ergänzt werden, die eine Abnahmeverweigerung hinsichtlich des physischen Werkes wegen (angeblichen) Mängeln in der technischen Dokumentation (des BIM-Modells) des Werkes ausschließt.

#### Begründung:

Die VOB/B geht wie das BGB von einer Verpflichtung zur Abnahme aus, wenn das Werk frei von wesentlichen Mängeln erbracht wurde. Bereits jetzt ist zweifelhaft, ob Mängel in einer Dokumentation oder in technischen Grundlagen zur Abnahmeverweigerung berechtigen. Diese Frage wird sich verschärfen, wenn die Planung über BIM erfolgt, weil das so entstehende Modell für den Auftraggeber Nutzungsmöglichkeiten eröffnet, die über die Nutzung des physischen Gegenstands hinausgehen. Obwohl damit ein mangelfreies Modell für den Auftraggeber von erheblicher Bedeutung ist, erscheint die Abnahmeverweigerung hinsichtlich des physischen Werkes zu weitgehend. Die Rechtsfolgen der Abnahme (Beginn der Verjährungsfristen, Beweislast für Mängel) sind auch dann ange-

messend, wenn das digitale Modell noch nicht im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt ist. Deshalb sollte eine Regelung aufgenommen werden, die klarstellt, dass die Abnahmeverweigerung nicht auf das Fehlen oder die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit technischer Unterlagen gestützt werden kann, die vom Auftragnehmer zu erstellen sind. Die Interessen des Auftraggebers werden in diesen Fällen durch ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der doppelten Mangelbeseitigungskosten nach § 641 Abs. 3 BGB geschützt.

### These 4:

Das Risiko eines technischen Versagens sollte zugewiesen werden.

#### Begründung:

Die BIM-Methode erfordert eine komplexe technische Einrichtung, deren Versagen erhebliche finanzielle Folgen haben kann. Diese können in einem Datenverlust bestehen, sie können aber auch in Mehrkosten durch unrichtige Kollisionsprüfungen liegen. Weiterhin soll der Auftraggeber das Modell nach Abschluss des Bauprojekts zu dessen Weiterentwicklung nutzen können. Die finanziellen Folgen eines Fehlers sind in der Regel vom Verschulden des Verantwortlichen abhängig. Dabei erschwert ein technisch komplexes Modell die Feststellung des Verschuldens. Hinzu kommt, dass der Verwender dieses Modells zwar den sachgerechten Umgang mit dem Modell schuldet, nicht aber das einwandfreie Funktionieren der Software. Dieses Risiko sollte schon deshalb zugewiesen werden, weil erst dann eine Versicherungslösung für das Risiko eines unverschuldeten Schadensfalls gefunden werden kann. Dabei spricht der Sphärengedanke dafür, das Risiko demjenigen zuzuweisen, der das Modell zur Verfügung stellt oder auswählt. Denkbar ist eine Ausnahme von der Haftungszuweisung, wenn der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik nicht erkannt werden konnte.

### Thesen von Dr. Ing. Daniel Krause, Wayss & Freytag AG, Frankfurt

BIM als Methode des digitalen Planens, Bauens und Betriebens kann grundsätzlich bei allen Vertrags- und Einsatzformen für Planer und Bauunternehmen Anwendung finden. Die Optimierungspotenziale der Methode sind in verschied-

denen Vertragsformen jeweils vergleichbar. Als selbstständiger Anwendungsfall der BIM-Methode kann der Einsatz bei (zweistufigen) Baumodellen mit frühzeitiger Auftragnehmerintegration in die Planungsprozesse verstanden werden. Insoweit lassen sich präzise und leistungsfähige neue Zusammenarbeitsstrukturen identifizieren. Die Ministerien werden aufgefordert, ihre Vergabehandbücher und Förderrichtlinien so anzupassen, dass eine derartige Zusammenarbeit ermöglicht wird.

### Begründung:

Es wird vielfach erklärt, die Methode BIM könnte ihre Optimierungspotenziale nur in bestimmten Baumodellen entfalten bzw. bestimmte Vertragstypen setzen die Anwendung der BIM-Methode voraus. Tatsächlich besteht kein direkter Zusammenhang zwischen der BIM-Methodik und anzuwendenden Vertrags- und Einsatzmodellen des Planens und Bauens. Der Grundgedanke von BIM lautet, ein Bauwerk erst virtuell und dann reell zu erstellen. Das impliziert die vollständige Durchplanung des gesamten Bauwerks und damit die kooperative und integrale Zusammenarbeit – jedenfalls der Planer – und erst darauffolgend die tatsächliche Ausführung, damit also die Trennung von Planungs- und Ausführungsphase, entsprechend der traditionellen Projektabwicklungsmethodik.

Das digitale Planen und Bauen ermöglicht allerdings eine vertiefte Zusammenarbeit und verzahnteres Zusammenwirken von Auftraggeber und Auftragnehmer in integrierten Projektentwicklungsmodellen von in der Regel zweistufigen Bauverträgen (insbesondere im Rahmen von GMP-Modellen, IPD- und Mehrparteienverträgen). Diese kooperativen Modelle gilt es zu fördern und die Optimierungspotenziale digitaler Zusammenarbeit für Projektentwicklungen fruchtbar zu machen.

Während sich in der privaten Bauwirtschaft erste Partnerschaftsmodelle etabliert und Anwendung gefunden haben, ist die Anwendung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens eher verhalten. Hintergrund ist, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen eher eine Trennung von Planungs- und Bauleistungen vorsehen und die Zuwendungsgeber partnerschaftlichen Vertragsmodellen, insbesondere vor dem Hintergrund damit verbundener Anreiz- und Streitschlichtungsmethoden, eher kri-

tisch gegenüberstehen. Zur Überwindung dieser Hürden muss der Nachweis der Wirtschaftlichkeit solcher Projektpartnerschaften geführt, vom Zuwendungsgeber jedoch auch die Umgebung zur Durchführung solcher Projekte mitfinanziert werden.

## Thesen von Dr. Andreas Koenen, Münster

### These 1:

Im Rahmen einer Neufassung der VOB/B sollten die Vergütungs- (§ 2) und Abrechnungsregelungen (§ 14) – über rein redaktionelle, der digitalen Kommunikation zwischen den Baubeteiligten geschuldete Überarbeitungen hinaus – grundlegend geändert und den mit dem *digitalen Planen und Bauen* verbundenen Möglichkeiten angepasst werden.

### These 2:

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die *Abrechnung* erbrachter Leistungen. Die VOB/B sollte eine Regelung enthalten, die es ermöglicht, dass die bei BIM-Projekten angelegten digitalen Datenmodelle als vorrangige Abrechnungsgrundlage verwendet werden können, ohne dass es auf ein nachträglich zu erstellendes Aufmaß und/oder die Abrechnungsvorschriften der DIN 18299 ff. ankommt.

### These 3:

Das Erfordernis, die VOB/B den mit digitalem Vertragsmanagement einhergehenden Veränderungen anzupassen, gilt auch im Hinblick auf die *Vergütung bei geänderten Leistungen*: Die Bauvertragsparteien sollten mit der VOB/B die Möglichkeit erhalten, bei geänderten Leistungen die einer digitalen Datenverarbeitung entsprechenden Fortschreibungsmechanismen für eine *Vergütungsanpassung* – anknüpfend z.B. an Einheitspreise, Einheitspreislisten und/oder Störfallkataloge – frei zu wählen.

### Begründung:

Nicht nur die ab 01.01.2018 geltenden neuen Vorschriften des BGB zum Bauvertrag machen eine zeitnahe Anpassung der VOB/B erforderlich. Auch die Anforderungen der immer bedeutender werdenden digitalen Planungs- und Ausführungs-

methoden indizieren eine Fortentwicklung der VOB/B-Vorschriften.

Nach § 2 Abs. 2 VOB/B wird die Vergütung nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet. Dies gilt nur dann, wenn keine andere Berechnungsart vereinbart ist. Als andere Berechnungsart der Vergütung werden als Beispiele die Vereinbarung einer Pauschalsumme, die Abrechnung nach Stundenlohnsätzen oder nach Selbstkosten erwähnt. § 14 VOB/B sieht bezüglich der Abrechnung als Regelfall die Erstellung eines Aufmaßes vor, wobei die ergänzenden Regelungen der VOB/C, die nach § 1 Abs. 2 VOB/B Vertragsbestandteil werden (DIN 18299 sowie die ergänzenden technischen Normen der DIN 1830 ff., jeweils Abs. 5) von der Rechtsprechung so ausgelegt werden, dass ein örtliches Aufmaß grundsätzlich vorrangig ist. So heißt es z.B. im Urteil des OLG Köln vom 16.07.1993,<sup>1</sup> dass „aus den in der DIN ausgeführten ... Bestimmungen zur Abrechnung ... deutlich (wird), dass das *Aufmaß* als Feststellung des Umfangs der tatsächlich ausgeführten Leistungen zu dienen bestimmt ist, also in der Örtlichkeit, nicht aber lediglich an Hand von Plänen stattfindet“.

Wollen die Parteien eine hiervon abweichende Abrechnungspraxis vereinbaren und das – dem Bauablauf entsprechende bzw. fortentwickelte – BIM- bzw. Daten-Modell als Abrechnungsgrundlage festlegen, bedarf dies einer (wirksamen) Vereinbarung. Zwar enthält § 14 Abs. 2 Satz 2 VOB/B die Regelung, dass die Abrechnungsbestimmungen in den Technischen Vertragsbestimmungen (VOB/C bzw. DIN 18299 ff.) und „den anderen Vertragsunterlagen“ zu beachten sind. Abrechnungsregelungen werden jedoch in aller Regel – jedenfalls beim öffentlichen Auftraggeber – in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart, so dass sie einer Inhaltskontrolle unterliegen und dieser auch standhalten müssen. Enthalten die Vertragsbedingungen keine (wirksame) Regelung über das Aufmaß und die Abrechnung, müssen die Feststellungen „möglichst exakt“,<sup>2</sup> d.h. anhand eines die „konkreten“ Verhältnisse vor Ort widerspiegelnden Aufmaßes erfolgen. Zwar ist es grundsätzlich möglich, in allgemeinen Geschäftsbedingungen von den DIN-Normen (18299 ff.) abweichende Regelungen zu vereinbaren, die jedoch (für den AN) weder überraschend sein noch dabei tatsächlich erbrachte Leis-

tungen von den abrechnungsfähigen Leistungen ausnehmen dürfen.<sup>3</sup> Denn nach bislang herrschender Auffassung gilt: „Das Aufmaß soll die Vergütungsbemessung anhand der tatsächlich vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen vorbereiten.“ Vor diesem Hintergrund werden bislang alle (Aufmaß-)Klauseln für problematisch gehalten, die dem Auftragnehmer nicht die „angemessene“ Vergütung für die tatsächlich ausgeführten Leistungen zugestehen, sondern eine „fiktive Leistungsbemessung“ vorsehen, wobei in der Regel davon ausgegangen wird, dass diese zu Ungunsten des Auftragnehmers in den Vertrag aufgenommen worden sind.

Diese Rechtsprechung zur Abrechnung von nach Einheitspreisen abzurechnenden Leistungen bezieht sich allerdings auf eine Baupraxis, in der Planer und Bauunternehmer – nicht nur in zeitlicher Hinsicht – getrennt arbeiten und nicht (wie bei BIM) kooperativ an einem allen zugänglichen Datenmodell. Davon kann heutzutage, jedenfalls beim Planen und Bauen mit BIM, nicht (mehr) die Rede sein.

Aber nicht nur im Hinblick auf Abrechnungsfragen erscheint eine uneingeschränkte Fokussierung auf „konkrete“, weil vermeintlich „realere“ Verhältnisse im digitalen Zeitalter nicht unproblematisch. Auch die derzeit (wieder) in Mode gekommenen, an den „tatsächlichen“ Kosten orientierten Berechnungsmodelle für eine Anpassung der Vergütung bei Mehrmassen (§ 2 Abs. 3)<sup>4</sup> sowie bei geänderten und zusätzlichen Leistungen (§ 2 Abs. 5, 6)<sup>5</sup> dürften auf einem Verständnis von Planen und Bauen beruhen, das jedenfalls mit der Realität des Planens und Bauen mit BIM – und das nicht nur bei Großbauvorhaben – schwer vereinbar erscheint, zumal Mengen- und Massenabweichungen wie auch etwaig erforderlich werdende geänderte und/oder zusätzliche Leistungen mit BIM deutlich früher, d.h. nicht erst bei der Ausführung oder gar erst bei Abrechnung bzw. nach Fertigstellung erkannt werden.

1 OLG Köln, Urt. v. 16.07.1993 – 19 U 240/92, BauR 1994, 114.

2 Voit, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl. 2013, § 14 Abs. 2, Rdnr. 58.

3 Vgl. Messerschmidt, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Aufl. 2018, Rdnr. 60; § 14 Rdnr. 60; Voit, a.a.O., § 14 Rdnr. 76; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 52.

4 Vgl. BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18.

5 Vgl. KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18.

Zudem dürften bei der mit BIM einhergehenden Transparenz die vom Kammergericht thematisierten Möglichkeiten eines Unternehmers, sich bei einer „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung ... durch eine Kalkulation, in der die Preisbestandteile von der Kostendeckung in den Zuschlag verschoben werden, ... eine erhöhte Mehrvergütung „herbeizukalkulieren“<sup>66</sup> deutlich geringer sein.

Vor diesem Hintergrund sollte es den Vertragsparteien – unter Berücksichtigung der in § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB verankerten AGB-rechtlichen Grenzen – jedenfalls bei BIM-Projekten möglich sein, die Maßgeblichkeit eines selbst gewählten Fortschreibungsmechanismus für Nachträge (anknüpfend etwa an Einheitspreise, Einheitspreislisen und/oder Störfallkataloge) wirksam zu vereinbaren, ohne jeweils im „konkreten“ Einzelfall zu ermittelnde Mehr- und Minderkosten berücksichtigen zu müssen. Insofern sollten auch kalkulative Preisfortschreibungen oder Ergebnisbeteiligungen zulässig sein, zumal es das Anliegen der Digitalisierung ist, von einer – in der Regel erst nachträglich und aufwändig vorzunehmenden – Einzelfallbetrachtung auf rechenbare, d.h. digital fortschreibbare Vergütungsparameter abzustellen.

Art und Umfang der Vertragsfreiheit ist eine (baurechts-)politische Entscheidung. Die Frage, ob es Bauvertragsparteien erlaubt ist, es hinsichtlich Anpassung und Abrechnung der Vergütung einen – erst nach vollständiger Fertigstellung festzustellenden, bislang als maßgebliche „Realität“ verstandenen – Ist-Zustand auszublenden, sollte also nicht der Justiz überlassen bleiben. Mit dem digitalen Planen und Bauen ist der Bedarf an (Bau-)Vertragsfreiheit gestiegen, die weder der Gesetzgeber noch der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) auf dem Weg zur „VOB/B 4.0“ aus dem Auge verlieren sollte.

### Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Hans Lechner, Graz

Bis heute haben sich keine Methoden zur Berücksichtigung von Mehraufwendungen bzw. Aufwandsminderungen bei Einsatz digitaler Planungsmethoden (BIM) in der Praxis durchgesetzt. Die bisher vorliegenden Vorschläge können nicht für sich in Anspruch nehmen, allgemeingültige, immer taugliche Ergebnisse hervorzu-

bringen. Dementsprechend wird im Vorgriff auf die anstehende HOAI-Reform das BMWI aufgefordert, die Auswirkungen der BIM-Methode auf den Aufwand von Planungsbeteiligten – abhängig von Projekttypologien und BIM-Anwendungsfällen empirisch erforschen zu lassen.

### Begründung:

Es gibt verschiedene Vergütungsansätze für die Vergütung von Planungsleistungen mit der BIM-Methodik. Keine der Vorschläge hat sich bislang durchgesetzt. Etwa zu erwartende Mehraufwände sind abhängig von der projekttypologischen Einbindung der BIM-Planungsmethode und der zu realisierenden BIM-Anwendungsfälle.

Ein erhöhter Aufwand der Planer durch die Anwendung der BIM-Methode ist nicht ausgeschlossen, aber auch nicht nachgewiesen. Insofern ist ein pauschaler Zuschlag für bzw. wegen BIM den Auftraggebern nicht ohne weiteres vermittelbar. Durch BIM könnten auch Einspareffekte erzielt werden können, z.B. durch Automatisierung, Rationalisierung, Wiederholungseffekte, die mindernd berücksichtigt und einem mglw. erhöhten Aufwand entgegengesetzt werden müssen.

Ein Lösungsmodell könnte es sein, Mehraufwände bei einzelnen BIM-Anwendungsfällen konkreter zu bewerten. Dies würde voraussetzen, dass der Mehr-/Minderaufwand bei der Abwicklung von Planungen mit einzelnen Anwendungsfällen genauer untersucht wird und dazu empirische Daten über die Auswirkung bestimmter BIM-Einsatzmodelle erhoben werden. Derartige Daten werden auch wichtig für die Feststellung der ortsüblichen Vergütung, wie auch etwaige angepasste Honorarformeln im Rahmen einer HOAI-Novellierung.

Zur Festlegung einer angemessenen Vergütung von Honorarleistungen für BIM-gestützte Planungen wird dem Gesetzgeber empfohlen, ein empirisches Gutachten einzuholen. BIM-Anwendungsfälle sollten jeweils konkret auf Mehr- und Minderaufwand sowie auf den für den AG generierten Mehrwert untersucht werden, um eine angemessene Honorierung festlegen zu können. Hierzu ist ggf. ein Gutachten einzuholen.

<sup>66</sup> KG, Urtr. v. 27.08.2019, a.a.O., Rdnr. 40.

## Rechtsanwalt Cornelius Homann, Brilon Dipl.-Ing. Emanuel Homann, Brilon

Die Referenten berichten kontrovers aus der Sicht eines Architekten und eines Juristen, ob ohne besondere vertragliche Regelung – nach dem Werkvertragsrecht des BGB – im Falle des Einsatzes der BIM-Methode ein Planer verpflichtet ist, Planungsergebnisse in Form nativer Daten zur Verfügung zu stellen. Während Herr Emanuel Homann vorträgt, dass Auftraggeber im Regelfall lediglich eine Datenübermittlung in einem IFC-Format benötigen und weitere Informationen nur bei besonderer Vergütungsabrede übertragen werden sollen, hält Herr Rechtsanwalt Cornelius Homann auch formularmäßige Vorgaben zur Datenübergabe von nativen Daten nach § 307 BGB für wirksam. Eine Klarstellung des Gesetzgebers, inwieweit BIM-Modelle schutzfähig sind, ist wünschenswert.

### Begründung:

Native Daten (z.B. Revit-Dateien, sämtliche CAD-Software) sind schutzbedürftig. Diese enthalten Berechnungsformeln und sind besonders schutzbedürftig (Kopierschutz), weil der Planer durch die Programmierung/Hinterlegung dieser Berechnungsformeln eine besondere Leistung erbringt, für die er besonderen Aufwand betreibt, in die er sein planerisches Knowhow einbringt, die für ihn einen wirtschaftlichen Vorteil, entweder durch Vermarktung oder Optimierung der eigenen Planungstätigkeit, darstellt und die ihn von anderen Planern und Projektbeteiligten abgrenzt.

Mit der Übergabe nativer Daten an den Auftraggeber ist die Gefahr verbunden, dass ganze Gebäude vervielfältigt werden und insbesondere durch das Auslesen von Planungstools Planer-Know-how zweckwidrig verwendet wird. Zum Zwecke der Übermittlung von Planungsergebnissen reicht es oft aus, ein IFC-Modell zu übermitteln.

Die Schutzbedürftigkeit ergibt sich im Verhältnis zum Auftraggeber, der mit dem BIM-Modell als Planungsergebnis auch native Daten erhält, aber auch im Verhältnis zu anderen Projektbeteiligten, die Interesse an nativen Daten der Planer haben könnten, um hieraus Nutzen zu ziehen.

Sofern technische Vorkehrungen nicht zur Verfügung stehen oder wirtschaftlich nicht sinnvoll sind, um Daten zu schützen (z.B. notwendige Daten von nicht/nicht zwingend benötigten Daten zu trennen oder Daten nur bestimmten Personengruppen zugänglich zu machen), bedarf es einer Regelung im Gesetz oder Vertrag.

Der Schutz von BIM-Modellen als geistiges Eigentum oder Geschäftsgeheimnis ist gesetzlich nur unzureichend geregelt. Es ist zumindest streitig, ob BIM-Modelle als Datenbanken dem Urheberrechtsschutz oder als Geschäftsgeheimnisse dem Geschäftsgeheimnisgesetz unterfallen.

Für die Verwendung von BIM-Modellen und darin enthaltenen nativen Daten sollten bis zu einer ausreichenden gesetzlichen Regelung vertragliche Regelungen getroffen werden, die die Interessen von Auftraggeber und Planer ausgewogen berücksichtigen. Die AIA erscheinen nicht als geeignetes Format für eine derartige Regelung. Die AIA beschreiben die geschuldeten digitalen Daten. Sie regeln nicht den Schutz des Planers vor deren zweckwidriger Verwendung. Favorisiert wird deshalb eine Nutzungsrechtsvereinbarung im Vertrag zwischen Planer und Auftraggeber. Ein wichtiges Detail bei der Ausgestaltung von Planungsverträgen mit BIM ist daher die Ausgestaltung von Regelungen über die Qualität von Datenübergaben und Nutzungsrechten.

Auftraggeber fordern zumeist pauschal die Übergabe nativer Daten, um diese später in beliebiger Form für sich ändern und weiterbearbeiten zu können. Als Allgemeine Geschäftsbedingung können derartige Anforderungen eine unangemessene Benachteiligung des Planers darstellen. Das gilt insbesondere dann, wenn sich ein Auftraggeber vertraglich nicht verpflichtet, im Verhältnis zu allen anderen Projektbeteiligten eine ausschließlich projektbezogene Nutzung derartiger Daten durchzusetzen.

Ausgehend von der Prämisse, dass Auftraggeber uneingeschränkt sämtliche native Daten mit dem BIM-Modell erhalten wollen, könnte die Nutzung des BIM-Modells und darin enthaltener nativer Daten mit einer Zweckbindung verknüpft und hierdurch eingeschränkt werden. Diese Regelung wäre als AGB nach aktueller Einschätzung wirksam.

# Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht und Arbeitskreis X – Baubetrieb

## Gemeinsame Arbeitskreisleiter Arbeitskreis Ib

Dr. Birgit Franz, Köln

Dr. Birgit Franz ist Gründerin der im Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht spezialisierten Kanzlei franz + partner rechtsanwälte mbB. Sie berät und vertritt seit mehr als 25 Jahren Bauunternehmen ebenso wie Investoren in allen Bereichen des Bau- und Vergaberechts. In dieser Funktion ist Frau Franz regelmäßig mit der Ausarbeitung bauzeitlicher Ansprüche ebenso wie mit deren Abwehr befasst. Neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit ist Frau Dr. Franz Autorin diverser Fachveröffentlichungen und Herausgeberin des demnächst in 2. Auflage erscheinenden Handbuchs Baunebenrechte. Sie ist stellvertretende Vorstandsvorsitzende der ARGE Baurecht im Dt. Anwaltverein und regelmäßig Referentin bei verschiedenen Seminarveranstaltungen.

Andreas J. Roquette, LL.M. (NYU), Berlin

Andreas J. Roquette ist Partner in der Kanzlei CMS Hasche Sigle und neben seiner anwaltlichen Tätigkeit auch regelmäßig als Schiedsrichter und Schlichter tätig. Das Thema Bauzeit/gestörte Bauabläufe ist ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit. Er ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen im nationalen und internationalen Baurecht, u.a. auch des demnächst in 4. Auflage gemeinsam mit Prof. Markus Viering und Prof. Stefan Leupertz herausgegebenen Handbuchs Bauzeit. Ferner ist er auch regelmäßig Dozent bei Seminaren, insbesondere zum Thema Bauzeit.

## Referenten

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch, Essen

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch ist Inhaber des Lehrstuhls für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der Hochschule Bochum sowie Partner einer Ingenieursozietät für baubetriebliche Fragestellungen, Beratungen und Schlichtung bei Vergütungsstreitigkeiten und Bauablaufstörungen.

Herr Prof. Dr.-Ing. Kattenbusch ist von der Ingenieurkammer Bau NRW als Sachverständiger öffentlich bestellt und vereidigt auf dem Fachgebiet „Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau sowie Bauablaufstörungen“.

Mehrfache Leitung des Arbeitskreis X (Baubetrieb) des Deutschen Baugerichtstags.

Darüber hinaus ist er Autor diverser Veröffentlichungen und leitet den Arbeitskreis Baurecht und Baubetrieb in der deutschen Gesellschaft für Baurecht.

Dr. Stefan Althaus, München

Rechtsanwalt Dr. Stefan Althaus, Partner der Sozietät Goede Althaus Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Wirtschaftsmediator (IHK). Er berät und vertritt überwiegend öffentliche Auftraggeber auf dem Gebiet des Bauvertragsrechts; daneben ist er als Schiedsrichter und Mediator tätig. Er ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Privaten Baurecht, u.a. Mitautor des Beck'schen Kommentars zur VOB/B, des Kommentars Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht und Herausgeber des Werkes Althaus/Bartsch, Nachträge am Bau.

VorsRi KG Björn Retzlaff, Berlin

VRiKG Björn Retzlaff ist Vorsitzender des 21. Zivilsenats am Berliner Kammergericht, der für Bausachen und allgemeine Zivilsachen zuständig ist. Zuvor war er Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen am Landgericht Berlin. Nebenberuflich ist er als Schiedsrichter und Dozent tätig und Mitherausgeber der Zeitschrift BauR.

## Weitere Beteiligte des Arbeitskreises:

Prof. Dr. techn. Ralph Bartsch, Bartsch Warning, München

Dr. Gerolf Sonntag, Kapellmann und Partner, Mönchengladbach

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Philipps-Universität Marburg



## Gemeinsame Arbeitskreisleiter Arbeitskreis X

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

Herr Univ.-Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla ist Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls Baubetrieb und Bauprozessmanagement an der Technischen Universität Dortmund. Er ist Vorstandsmitglied des Deutschen Baugerichtstags e.V., Präsident der 1. Wissenschaftlichen Vereinigung Projektmanagement e.V. und Inhaber eines Ingenieurbüros für Projektsteuerung, baubetriebliche Beratung, Bauablaufstörungen und Bauvertragsmanagement. Zudem ist er als Schlichter und Adjudikator bei Streitigkeiten im Bau und Anlagenbau tätig. Er ist Autor und Herausgeber zahlreicher Bücher und Veröffentlichungen zu baubetrieblichen, bauwirtschaftlichen und baujuristischen Themen (u.a. Würfele/Gralla/Sundermeier [Hrsg.]: Nachtragsmanagement, Werner Verlag). Vor seiner Hochschultätigkeit war er langjährig in leitender Position in der Bauindustrie tätig.

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch, Düsseldorf

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch ist Inhaber des Lehrstuhls für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der Hochschule Bochum sowie Partner einer Ingenieursozietät für baubetriebliche Fragestellungen, Beratungen und Schlichtung bei Vergütungsstreitigkeiten und Bauablaufstörungen.

Herr Prof. Dr.-Ing. Kattenbusch ist von der Ingenieurkammer Bau NRW als Sachverständiger öffentlich bestellt und vereidigt auf dem Fachgebiet „Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau sowie Bauablaufstörungen“.

Mehrfache Leitung des Arbeitskreis X (Baubetrieb) des Deutschen Baugerichtstags e.V.

Darüber hinaus ist er Autor diverser Veröffentlichungen und leitet den Arbeitskreis Baurecht und Baubetrieb in der deutschen Gesellschaft für Baurecht.

### A. Thema des Arbeitskreises

Gesetzliche Regelung bauzeitlicher Ansprüche

Da dieses Thema Juristen und Baubetriebswirte gleichermaßen beschäftigt, hat der Vorstand des

Deutschen Baugerichtstags e.V. in Abstimmung mit den Arbeitskreisleitern der Arbeitskreise Ib und X beschlossen, dass die Vorbereitungen für den Baugerichtstag 2020 von beiden Arbeitskreisen gemeinsam erarbeitet werden und dass beide Arbeitskreise am 15. und 16.05.2020 auch gemeinsam tagen werden.

### B. Einleitung von Dr. Birgit Franz und Andreas J. Roquette, LL.M. (NYU)

Die verschiedenen Arbeitskreise des Deutschen Baugerichtstages (AK I – Bauvertragsrecht, AK VI – Sachverständigenrecht, AK X – Baubetrieb) haben sich in den zurückliegenden Jahren wiederholt auch mit bauzeitlichen Ansprüchen beschäftigt. Dabei war die Bauzeit jedoch stets Teil übergeordneter Themen.

Auch im Gesetzgebungsverfahren wurde das Thema Bauzeit ausgehend vom Referentenentwurf aus dem September 2015 nur als Teilaspekt anderer Themen betrachtet. Dementsprechend fehlen im neuen Bauvertragsrecht eigenständige Regelungen zu den zeitlichen und finanziellen Ansprüchen bei Bauablaufstörungen. Die Bauzeit ist aber auch im Übrigen gesetzlich nicht definiert und in den werkvertraglichen Vorschriften des BGB nicht einmal erwähnt.

Die Mitglieder der beiden Arbeitskreise sind sich einig, dass das neue Bauvertragsrecht ohne eine Regelung zu bauzeitlichen Ansprüchen unvollständig ist. Gleichzeitig sind Verzögerungen der Bauzeit und daraus resultierende Ansprüche beider Vertragsparteien in der Praxis mehr als präsent. Wenige Bauvorhaben – gleichgültig ob ein kleineres oder mittleres Bauvorhaben oder eines der viel diskutierten Großprojekte – verlaufen ungestört und im Zeitplan. Daher besteht für alle Bauvertragsparteien das Bedürfnis einer rechtlichen Bewältigung von Bauablaufstörungen. Entsprechende gesetzliche Regelungen sind schon zur Erzielung größerer Rechtssicherheit im Interesse aller Baubeteiligten geradezu zwingend. Der Baupraxis ist nur schwer vermittelbar, dass Teile des Baurechts gesetzlich geregelt sind und andere mindestens ebenso wesentliche baurechtliche Fragestellungen vertraglich geregelt werden müssen.

Die Mitglieder des Arbeitskreises haben sich bei der Ausarbeitung der vorliegenden Thesen am Grundkonzept des neuen gesetzlichen Bauver-

tragsrechts orientiert. Unabhängig davon, ob man dieses im vollen Umfang als gelungen ansieht oder nicht, erschien es wenig sinnvoll, erst vor kurzem geschaffene gesetzliche Regelungen wieder in Frage zu stellen und stattdessen vermeintlich „bessere Lösungen“ anzubieten. Das Augenmerk lag vielmehr darauf, eine Regelung zu schaffen, welche die Rechtsfolgen von Bauzeitverzögerungen, je nachdem aus wessen Risikobereich diese stammen, möglichst einheitlich regelt.

Die Thesen sind das Ergebnis einer eingehenden Diskussion im Arbeitskreis ebenso wie einer öffentlichen Sitzung. Sie verstehen sich nicht als ausformulierte Beschlussempfehlung. Vielmehr sollen sie Grundlage einer lebendigen Diskussion aller Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Arbeitskreise Ib und X mit dem Ziel sein, die bauzeitlichen Ansprüche im Sinne der beiderseitigen Interessen gesetzlich zu regeln.

## C. Thesen

### I. Thesen von Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch: Zeitliche Ansprüche

#### These 1:

Es soll eine gesetzliche Regelung geschaffen werden, wonach der Unternehmer die von ihm zu erbringende Leistung zu den vereinbarten Zeiten zu beginnen, angemessen zu fördern und fertigzustellen hat. Soweit die Parteien keine Termine vereinbaren, hat der Unternehmer die zu erbringende Leistung alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen, angemessen zu fördern und fertigzustellen.

#### Begründung:

Oftmals werden Bauverträge ohne konkrete zeitliche Angaben zu Beginn, Ausführungsdauer und/oder Fertigstellung getroffen. Da die Bauzeit eine wesentliche Planungsgröße für beide Vertragsparteien ist, besteht eine Regelungslücke, welche eine grundlegende Regelung – speziell für den Fall, dass hierzu im Vertrag nichts explizit vereinbart wurde oder vereinbart werden konnte – erfordert.

Bei einem VOB-Vertrag regelt § 5 die Ausführungsfristen. Die dortige Regelung hat sich über Jahrzehnte bewährt und sollte daher in vergleichbarer Weise in ein Gesetz aufgenommen werden, um eine allgemeingültige Regelung für jegliche Bauverträge zu erzielen.

#### These 2:

Es soll eine gesetzliche Regelung geschaffen werden, wonach der Unternehmer dem Besteller unverzüglich in Textform anzuzeigen hat, wenn er in der Ausführung der geschuldeten Leistung aus Gründen, die nicht in seiner Risikosphäre liegen, gestört oder behindert wird. Die Anzeige muss die Gründe und soll die zu diesem Zeitpunkt absehbaren Auswirkungen der Störung/Behinderung enthalten. Entsprechendes gilt im Falle eines Änderungsbegehrens gem. § 650b BGB.

#### Begründung:

Die Anzeigepflicht ist ein Gebot der vertraglichen Kooperation und dient der anderen Partei als frühzeitiger Hinweis, um aufkommende Probleme in der Abwicklung des Vertrages zu erkennen und diesen im Sinne einer partnerschaftlichen Vertragsabwicklung entgegen steuern zu können.

Die Verteilung der Risikosphäre ergibt sich aus dem Vertrag bzw. der üblichen Verkehrssitte.

Witterungseinflüsse, mit denen bei Abgabe des Angebotes normalerweise zu rechnen war, unterliegen insofern grundsätzlich der Risikosphäre des Unternehmers, soweit nicht besondere Gründe (etwa: Ausführung mit engen verbindlichen Vorgaben, Risikoübernahme durch den Besteller o.ä.) eine abweichende Auslegung rechtfertigen. Dies ist im Vertrag zu regeln, andernfalls verbleibt das Risiko im o.a. Rahmen beim Unternehmer.

#### These 3:

Es soll eine Regelung geschaffen werden, wonach sich die Termine und Fristen verlängern, soweit sich Umstände, die nicht aus der Risikosphäre des Unternehmers stammen, tatsächlich auf den Bauablauf auswirken.

#### Begründung:

Eine solche Regelung fehlt bisher für das gesetzliche Bauvertragsrecht. Sie existiert in der VOB/B lediglich für Behinderungen. Die gesetzliche Regelung soll das konkretisieren, was nach der Rechtslage für Bauverträge im Ergebnis bereits gilt. Letztlich ist hierbei der Grundgedanke tragend, dass der Unternehmer im Falle einer Überschreitung der ursprünglich geltenden Termine und Fristen nicht auf Schadensersatz, Vertragsstrafe oder derglei-

chen haften kann, soweit die Überschreitung auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten hat oder die zumindest nicht aus seiner Risikosphäre stammen.

Maßgeblich ist stets, ob sich die betreffenden Umstände kausal auf den weiteren Bauablauf auswirken (kritischer Weg).

Es ist davon auszugehen, dass der Unternehmer einer Schadensminderungspflicht unterliegt. Er muss nach § 254 BGB (und wie in § 6 Abs. 3 VOB/B geregelt) alles tun, was ihm billigerweise (d.h. unter Einsatz der vertraglich geschuldeten Kapazitäten) zugemutet werden kann, um die Arbeiten fortzusetzen, er muss bspw. auch in ungestörten Bereichen weiter arbeiten.

## II. Thesen von Dr. Stefan Althaus: Finanzieller Ausgleichsanspruch

### These 1:

Es soll ein einheitlicher gesetzlicher Ausgleichsanspruch für den Mehraufwand des Unternehmers infolge von Bauzeitverzögerungen, die bei der Durchführung von Bauverträgen durch Umstände aus dem Risikobereich des Bestellers verursacht werden, geschaffen werden.

#### Begründung:

Es bestehen de lege lata erhebliche Probleme in der Praxis bei bauzeitlichen finanziellen Ansprüchen des Unternehmers, die in weiten Teilen der Bauwirtschaft als „Gerechtigkeitslücke“ wahrgenommen werden. Dies betrifft zum einen den Mehraufwand nach Beendigung des Annahmeverzugs: Im Fall des Annahmeverzugs des Bestellers erfolgt nach der neueren Rechtsprechung des BGH kein Ausgleich von Folgenachteilen des Unternehmers bei der Vertragsdurchführung infolge des Annahmeverzugs (z.B. Produktivitätsverluste, Preissteigerungen, Winterbaumaßnahmen) über § 642 BGB. Zum anderen besteht die Schwierigkeit, bauzeitliche Ansprüche nach den bestehenden vertraglichen (VOB/B) und gesetzlichen Anspruchsgrundlagen durchzusetzen. Derzeit bestehen nämlich nur getrennte Ansprüche bei Bauablaufstörungen je nach Ursache der Störung, die zu einer unterschiedlichen Berechnung der finanziellen Ansprüche führen: Vergütungsanpassung (§ 650c BGB bzw. § 2 VOB/B), Entschädigung (§ 642 BGB) oder

Schadensersatz (§ 280 BGB, § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B). Bei multikausal entstandenen Bauzeitverzögerungen sind diese Ansprüche nur schwer darzulegen, da die Darstellung von „Störung“ und „Störungsfolgen“ für jeden Anspruch getrennt erfolgen muss.

Der neu zu schaffende Ausgleichsanspruch soll ein vergütungsähnlicher Anspruch sein, also kein Schadensersatz. Er beinhaltet keinen vollständigen wirtschaftlichen Ausgleich für alle Nachteile infolge der Bauzeitverzögerung, insbesondere keinen Ausgleich für Nachteile außerhalb der Vertragsdurchführung (z.B. aufgrund von Nachteilen, die der Unternehmer bei der Durchführung anderer Verträge erleidet). Es handelt sich ferner nur um einen Mindestausgleich – bereits bestehende gesetzliche oder vertragliche (VOB/B) Anspruchsgrundlagen werden nicht verdrängt, sondern bleiben (wahlweise) daneben anwendbar. Dies sollte ausdrücklich in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden.

### These 2:

Der gesetzliche Ausgleichsanspruch für den Mehraufwand des Unternehmers infolge von Bauablaufstörungen soll als Tatbestand voraussetzen, dass sich der Bauablauf bei einem Bauvertrag infolge von Leistungsänderung, Mengenänderungen, Annahmeverzug oder Pflichtverletzungen des Bestellers verzögert.

#### Begründung:

Die Regelung gilt nur für Bauverträge gem. § 650a BGB.

Es kommen vier verschiedene Fallgruppen von Umständen aus dem Risiko des Bestellers in Betracht:

1. Leistungsänderung aufgrund eines vertraglichen oder gesetzlichen Anordnungsrechts des Bestellers oder einer sonstigen vertraglichen oder gesetzlichen Regelung.
2. Änderung der vertraglichen Mengenansätze bei Einheitspreisverträgen (reine Mengenänderungen).
3. Ein Annahmeverzug wegen unterlassener Mitwirkung (Tatbestand wie beim Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB).
4. Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Besteller (Tatbestand wie bei Schadensersatzansprüchen nach § 280 Abs. 1 BGB).

Der Ausgleichsanspruch besteht unabhängig davon, ob nur eine oder mehrere der genannten Fallgruppen zu der Bauzeitverzögerung führen. Maßgeblich ist die durch alle Umstände insgesamt verursachte Verzögerung.

Die Bauzeitverzögerung, also die Verzögerung des Bauablaufs muss *tatsächlich* (und nicht nur theoretisch) aufgrund der genannten Umstände aus dem Risikobereich des Bestellers eintreten. Dieser Kausalzusammenhang muss vom Unternehmer dargelegt und nachgewiesen werden.

### These 3:

Die Höhe des Ausgleichs für den Mehraufwand infolge der entstandenen Bauzeitverzögerung soll sich nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn richten.

### Begründung:

Die Berechnung des Ausgleichs nach tatsächlich erforderlichen Kosten bedeutet wie bei § 650c Abs. 1 BGB einen Ausgleich tatsächlich entstandener (leistungabhängiger) Kosten mit der Maßgabe, dass diese nur berücksichtigt werden, soweit sie erforderlich sind. Für die (leistungsunabhängigen) Allgemeinen Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn erfolgt ebenfalls wie bei § 650c Abs. 1 ein Ausgleich durch angemessene Zuschläge auf die tatsächlich erforderlichen Kosten. Die Auslegung der Begriffe kann sich bei dem Ausgleichsanspruch daher an der Rechtsprechung und Literatur zu § 650c BGB orientieren. Die Ermittlung der tatsächlichen Mehrkosten erfordert dabei eine Vergleichsbetrachtung zwischen den hypothetisch ohne den tatbestandlichen Umstand entstandenen und den tatsächlich entstandenen Kosten.

### These 4:

Der Unternehmer soll zur Berechnung des Ausgleichs für den Mehraufwand infolge der tatsächlich entstandenen Bauzeitverzögerung auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen können. Es soll vermutet werden, dass der auf Basis der Urkalkulation ermittelte Ausgleich dem Betrag entspricht, der sich auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ermittelt.

### Begründung:

Wie bei § 650c Abs. 2 BGB soll der Unternehmer auf die Kostenansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen können, um die Höhe der Kosten des Mehraufwands zu ermitteln. Dem Unternehmer soll bei dieser Berechnungsart eine Vermutung zugutekommen, dass die in der Urkalkulation enthaltenen sowie die auf dieser Basis fortgeschriebenen Kostenansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und die darin enthaltenen Zuschläge angemessen sind. Wie bei § 650c Abs. 2 BGB umfasst die Vermutung den so ermittelten Betrag. Eine Entkräftung der Vermutung setzt also voraus, dass der Besteller nachweist, dass dieser Betrag nicht den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge entsprechen kann. In diesem Fall entfällt die Vermutungswirkung der Urkalkulation und der Unternehmer kann seinen Ausgleich allein nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ermitteln.

Außerdem muss der der Berechnung zugrunde gelegte Mehraufwand tatsächlich durch die maßgeblichen Umstände aus der Risikosphäre des Bestellers verursacht sein. Hierfür kann nicht lediglich eine theoretische kalkulatorische Ableitung herangezogen werden. Ebenso darf die vorliegende Methode der vereinfachten Ermittlung der Höhe der Kosten auf Grundlage der Urkalkulation nicht mit der Methode der Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten vermischt werden. Der Unternehmer darf daher insbesondere nicht bei der Ermittlung des Ausgleichs nach tatsächlich erforderlichen Kosten den Mehraufwand durch einen Vergleich der tatsächlich angefallenen Kosten mit den kalkulierten Kosten vornehmen. Auch kann in diesem Fall keine Heranziehung der Ansätze für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn aus der Urkalkulation stattfinden.

## III. Thesen von Björn Retzlaff: Prozessuale Durchsetzung von Bauzeitansprüchen

### These 1:

Es soll eine gesetzliche Regelung geschaffen werden, nach der im Falle der Zurückweisung einer Behinderungsanzeige jede Vertragspartei berechtigt ist zu verlangen, gemeinsam den Zustand der Baustelle, soweit dieser Grund oder Auswirkung der Behinderung betrifft, festzustellen. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.

**Begründung:**

Die Regelung ist der Zustandsfeststellung ist an § 4 Abs. 10 VOB/B und § 650g BGB angelehnt.

Die Durchsetzung störungsbedingter Ansprüche steht in der Praxis vor großen Hürden. Dabei bedeutet „Bauablaufstörung“, dass die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber dem Ablauf, den der Unternehmer bei Vertragsschluss erwarten durfte, erschwert ist. Bereits das Vorliegen einer solchen Bauablaufstörung kann zwischen den Parteien umstritten sein. Außerdem streiten die Parteien häufig über deren Dauer und Auswirkung.

Aufgrund solcher Streitigkeiten erweisen sich störungsbedingte Ansprüche in der Praxis häufig als nicht durchsetzbar.

Diese Situation soll dadurch verbessert werden, dass jede Partei eines Bauvertrags von der anderen beanspruchen kann, dass die Existenz oder Nichtexistenz einer behaupteten Bauablaufstörung, ihre Dauer und – soweit in diesem Stadium des Bauablaufs möglich – ihre Auswirkungen gemeinsam festgestellt werden. So soll auf möglichst einfache Weise eine beweissichere Dokumentation des gestörten Bauablaufs für den Fall einer eventuell später auftretenden Streitigkeit geschaffen werden. Das Gesetz enthält bereits ähnliche Regelungen in § 650g BGB und 648a Abs. 4 BGB. Die Zustandsfeststellung soll schriftlich, insbesondere aber auch durch Bild-, Video- oder sonstige digitale Aufnahmen möglich sein. Da es in vielen Fällen nicht nur um die Momentaufnahme eines Zustands, sondern die Dokumentation eines Ablaufs geht, soll auch eine gemeinsame Vorkehrung für die dauerhafte Aufzeichnung von Videos oder regelmäßigen Standbildern möglich sein.

**These 2:**

Die Regelung zur gemeinsamen Zustandsfeststellung soll wie folgt weiter ausgestaltet sein:

- Für das Fernbleiben einer Partei gilt § 650g Abs. 2 BGB entsprechend.
- Es wird vermutet, dass die Zustandsfeststellung richtig ist.
- Die vorstehenden Regelungen gelten entsprechend, wenn eine der Vertragsparteien das Ende der Behinderung behauptet und die andere Partei der Beendigung widerspricht.

**Begründung:**

Die Regelung zur einseitigen Störungsfeststellung sollte sich an § 650g Abs. 2 BGB orientieren. Die Vermutungsregelung ist in Anlehnung an § 650g Abs. 3 BGB gebildet.

Die Feststellung der Bauablaufstörung sollte die Vermutung der Richtigkeit für sich haben, damit sie den Parteien ein effektives Mittel zur Beweissicherung bietet. Die Beweiskraft sollte allerdings lediglich positiv, nicht negativ ausgestaltet sein. Das bedeutet: Ist eine Bauablaufstörung zu einem bestimmten Zeitpunkt dokumentiert, steht lediglich fest, dass der Bauablauf durch das dokumentierte Ereignis gestört war. Hingegen steht nicht fest, dass der Unternehmer zur selben Zeit nicht an einer anderen Stelle des Bauvorhabens hätte arbeiten können, solange hierüber keine Dokumentation erstellt worden ist.

**Beispiel:**

Es ist durch Bildaufnahmen dokumentiert, dass das Stockwerk 7 in einem bestimmten Zeitraum für den Innenausbau nicht zugänglich war. Es wird nun lediglich vermutet, dass im angegebenen Zeitraum diese Störung bestand. Hingegen wird nicht vermutet, dass im selben Zeitraum der Innenausbau im Stockwerk 8 ebenfalls nicht möglich gewesen wäre, solange nicht auch eine Dokumentation für das Stockwerk 8 vorliegt. Will der Unternehmer beweiskräftig festgestellt wissen, dass auch dies nicht möglich war, muss er das andere Stockwerk in die Dokumentation einbeziehen.

**Anregung:**

Es wird in Anlehnung an die Empfehlungen des 4. Dt. Baugerichtstag zur Bauverfügung nochmals angeregt, für Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz Spezialspruchkörper unter Einbindung von bautechnischem und baubetrieblichem Fachwissen zu bilden.

**Begründung:**

Neben der Begründung der entsprechenden Empfehlungen zum 4. Dt. Baugerichtstag ist darauf hinzuweisen, dass auf diese Art und Weise eine deutliche Entlastung der ordentlichen Gerichte zu erwarten ist.

# Arbeitskreis II – Vergaberecht

## Arbeitskreisleiterin

Prof. Dr. Antje Boldt, Fachwältin für Bau- und Architektenrecht und für Vergaberecht

Prof. Dr. Antje Boldt ist Fachwältin für Bau- und Architektenrecht als auch für Vergaberecht und berät öffentliche und private Bauherren ebenso wie Bauunternehmen, Architekten und Ingenieure. Besonderer Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist dabei die Erstellung von Vertragsunterlagen, Strukturierung und Abwicklung von Vergabeverfahren sowie die Vertretung in gerichtlichen Verfahren bei Baumaßnahmen überwiegend aus dem Bereich des Gesundheitswesens sowie der Verkehrsinfrastruktur. Frau Prof. Dr. Boldt ist Mediatorin, Schlichterin und Schiedsrichterin. Weiterhin ist sie u.a. Mitglied des Vorstandes des Deutschen Baugerichtstages e.V. und Professorin für Wirtschaftsrecht an der Hochschule Fresenius in Wiesbaden.

## Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Prof. Dr. Martin Burgi, LMU München

Prof. Dr. Martin Burgi ist seit Oktober 2012 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht und Direktor der Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen an der LMU München.

Seit 2007 Visiting Professor an der George Washington University Law School, Washington D.C. (Government Procurement Law Program), seit 2016 am King's College London. Seit 2013 Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. Von Januar 2014 bis 2016 Vorsitzender der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Mitglied der Expertenkommission des Bundeswirtschaftsministeriums für die Reform des Vergaberechts 2016. Seit 2017 Beratender Direktor am Ludwig Fröhler Institut (Wirtschaft und Recht für das Handwerk) in München. Zahlreiche Veröffentlichungen, Vorträge und Rechtsgutachten.

## Referenten

Prof. Dr. Antje Boldt

Dr. Moritz Püstow, Fachanwalt für Vergaberecht, KPMG Law Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Dr. Moritz Püstow legt in seiner anwaltlichen Arbeit einen Schwerpunkt auf die Nutzung der Gestaltungsspielräume des Vergabe-, Haushalts- und Vertragsrechts zur partnerschaftlichen Durchführung von Großprojekten. Er hat die wissenschaftliche Begleitung der Reformkommission Großprojekte geleitet (2015), ist Autor des Leitfadens Großprojekte des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (2018), hat für den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie die vergaberechtliche Zulässigkeit der Einbindung des Baus in die Planung begutachtet (2018), sowie für das Bundesbauministerium die Möglichkeit der Nutzung der Adjudikation (2015) und die vergaberechtliche Belohnung von Optimierungsvorschlägen der Bieter (2017).

## A. Thema des Arbeitskreises

Effizienzsteigerung als vergaberechtliche Herausforderung

## B. Einführung

Von Dr. Moritz Püstow und Prof. Dr. Antje Boldt

Die Wahrnehmung öffentlicher Bauprojekte ist von Verzögerungen und Kostensteigerungen geprägt.<sup>1</sup> Leistungsänderungen, zusätzliche Leistungen, Unklarheiten im Vertrag und ein fehlerhaftes Leistungsverzeichnis sind wesentliche Ursachen für Konflikte, die ihren Ausgangspunkt somit bereits in der Vorbereitung des jeweiligen Vergabeverfahrens

1 Zwischen 2000 und 2015 lag bei Hochbauprojekten die Quote für Kostenüberschreitungen bei 40 und für Terminüberschreitungen bei 35 % ([https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Bundesbauten/bauausschuss\\_bericht\\_bundesbauprojekte.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Bundesbauten/bauausschuss_bericht_bundesbauprojekte.pdf)). Nach Erhebungen der Hertie School of Governance haben deutsche Großprojekte eine Kostensteigerung von durchschnittlich 73 %; Hertie School of Governance, Studie: Großprojekte in Deutschland – zwischen Ambition und Realität, Fact Sheet 1.

haben.<sup>2</sup> Im Preiswettbewerb öffentlicher Auftragsvergaben werden diese Defizite von Bietern genutzt, um auf Nachtragspotentiale zu spekulieren.<sup>3</sup> Um daher den gesamten Beschaffungsprozess von der Ausschreibung bis zur Vertragsabwicklung effizienter gestalten zu können, muss sowohl die Vorbereitung und Durchführung einer Vergabe optimiert werden als auch die Vertragsabwicklung selbst.

Zur Verbesserung der Termin- und Kostensicherheit öffentlicher Bauprojekte und zur Erhöhung ihrer Marktattraktivität sind daher neue Vergabe- und Vertragsstrukturen erforderlich. Die Bereitschaft neue Wege zu beschreiten nimmt in Deutschland zu. Die Reformkommission Großprojekte hat im Juni 2015 den Weg für eine partnerschaftliche Kultur bei Bauprojekten vorgezeichnet. Die Bundesregierung hat im Aktionsplan Großprojekte im Dezember 2015 eine Kooperation zwischen allen Projektbeteiligten gefordert. Mit der Reform Bundesbau hat sich das Bauministerium im April 2016 dazu verpflichtet, Erfahrungen mit partnerschaftlich organisierten Vertragsmodellen zu sammeln. Im Leitfadens Großprojekte hat das BMVI erste Muster hierfür formuliert.

Die Herausforderungen bei öffentlichen Bauprojekten sind kein rein deutsches Phänomen. Andere Staaten haben auf die zunehmende Komplexität von Bauprojekten mit der Entwicklung kooperativer Vertragsmodelle reagiert, bei denen das Know-how der ausführenden Unternehmen in die Planung eingebunden wird.<sup>4</sup> Diesen Modellen ist gemein, dass der Auftraggeber seine Partner für Planung und Bau im Vergabeverfahren vor Abschluss der Planung auswählt. Die Wertung des Preises erfolgt nicht auf Basis von Pauschal- oder Festpreisen sondern auf Basis von Zielpreisen und Zuschlagssätzen. In einer ersten Vertragsphase (Projektentwicklung, Planungsphase) wird die Planung in Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber, Planern und Bauunternehmern entwickelt. Über die Erbringung der Bauleistungen in einer zweiten Vertragsphase (Projektumsetzung) wird erst nach Abschluss der Planungsphase und im Lichte der bei Zuschlagserteilung definierten Ziele entschieden.

Diese Zwei-Phasen-Modelle sind auch im deutschen Haushalts- und Vergaberecht zulässig.<sup>5</sup> Das Beispiel Finnlands bestätigt, dass das europäische Vergaberecht hierfür unter Wahrung des Wettbewerbs-, Transparenz- und Gleichbehandlungs-

grundsatzes hinreichend Spielraum lässt. Bei der Vertragsgestaltung müssen individuelle Regeln das Gerüst der VOB/B ergänzen. Erfolgreiche Beispiele im deutschen Markt bestätigen, dass eine Einbindung der Baugewerke in die Planung im Zwei-Phasen-Modell möglich ist.<sup>6</sup> Der Baugerichtstag sollte diese Entwicklung stärken (siehe hierzu die Thesen 1 bis 5).

Weiterhin muss die Verwaltung mehr Unterstützung bei der Umsetzung von Bauvergaben erhalten. Dies gilt nicht nur im Zusammenhang mit der Anwendung neuartiger Vertragsmodelle sondern auch bei der Ausschreibung konventioneller Vertragskonzepte. Gerade kleine und mittlere Kommunen sind häufig hinsichtlich Kapazität aber auch Kompetenz ihrer Mitarbeiter mit der Aufgabe überfordert, größere Bauprojekte national oder europaweit auszuschreiben. Sie bedienen sich daher immer häufiger externer Berater, um sich abzusichern. Bereits im Endbericht der Reformkommission Bau von Großprojekten heißt es unter Ziffer 8 der zusammengefassten Ergebnisse:<sup>7</sup> „Soweit die personellen und fachlichen Kompetenzen beim Bauherrn nicht ausreichen, sollte er Kompetenzzentren nutzen können, die verschiedenen öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung stehen. Dazu sollte die öffentliche Hand entsprechende Kompetenzzentren schaffen.“ Zwar hatten die Autoren hier wohl eher die Vertragsabwicklung im Auge, dies kann jedoch auch auf den Vergabeprozess an sich bezogen werden. Es wäre daher

2 Haghsheno/Kaben, Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten – Eine empirische Untersuchung, in: Jahrbuch Baurecht 2005, S. 263–280.

3 BWI-Bau, Ökonomie des Baumarktes 2013, S. 284.

4 Project Alliancing in Australien, Integrated Project Delivery in den USA, PPC 2000, FAC-1 und NEC4 Verträge in England, Bauteam und Alliance Verträge in Finnland.

5 Boldt, Integrierte Projektabwicklung – Ein Zukunftsmodell für öffentliche Auftraggeber?, NZBau 2019, 547; Püstow/Göhlert/Meiners, Einbindung des Baus in die Planung, Gutachten zur Vereinbarkeit mit Haushalts- und Vergaberecht für den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., 2018.

6 BVG (ABl. EU 2016/S 077-137881. Zwei-Phasen-Modell im Verhandlungsverfahren); HOWOGE (ABl. EU 2017/S 250-526411 – Zwei-Phasen-Modell als Innovationspartnerschaft); LBB (ABl. EU 2016/S 180-322199 Partnering Weilerbach), BLB (ABl. EU 2015/S 205-371615 SEP (Schlüsselertigete Errichtung mit integrierter Planung).

7 Endbericht der Reformkommission Bau von Großprojekten des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur v. 29.06.2015.

wünschenswert, durch Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen die ausschreibenden Stellen zu unterstützen (siehe hierzu die These 6).

### 1. These:

Die frühzeitige Einbindung von Bauunternehmen in die Planung ist für öffentliche Auftraggeber ein Weg, um in anspruchsvollen Bauprojekten Kosten, Termine und Qualitäten zu sichern.

#### Begründung:

Klassisch vergebene Bauprojekte leiden häufig unter Informationsasymmetrien. Die Planung wird im Interesse der Diskriminierungsfreiheit ohne Rücksicht auf die konkreten Fähigkeiten des ausführenden Unternehmens erstellt. Soweit vom Bieter Optimierungspotential erkannt wird, gibt es keine Anreize für ihn, diese im Wettbewerb zu offenbaren. Das bietende Bauunternehmen hat in der kurzen Angebotszeit nur beschränkte Möglichkeiten, die Details der Planung und die Risiken vollständig zu erfassen. Eine rechtliche Pflicht des Bieters, auf Mängel der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, ergibt sich aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB nur dann, wenn er die Ungeeignetheit der Ausschreibung vor Vertragsabschluss positiv erkennt oder etwaige Unstimmigkeiten und Lücken des Leistungsverzeichnisses klar auf der Hand liegen.<sup>8</sup>

Durch eine Einbindung des Baus in die Planung können die Qualität der Planung verbessert und Risiken präziser identifiziert und behandelt werden. So können Planung und Mengenermittlung unter Einbeziehung des Know-hows und der Bauausführungskompetenzen des Bauunternehmens auf eine wirtschaftliche Ausführung optimiert und auf Fehler geprüft werden. Die Preisansätze müssen nicht auf Durchschnittswerte gegründet, sondern können individuell mit den ausführenden Unternehmen auf das konkrete Projekt zugeschnitten werden. Schließlich kann der zeitliche Bauablauf in Abstimmung mit dem Bauunternehmen optimiert und auf die Terminziele des Auftraggebers abgestimmt werden.

### 2. These:

Ein zweiphasiges Vertragsmodell, bei dem das Bauunternehmen in Phase 1 die Planung zur Erreichung der vorab vom Auftraggeber definier-

ten Ziele beratend begleitet, optimiert und prüft sowie bei Erreichung dieser Ziele in Phase 2 die Bauleistungen erbringt, kann vergaberechtskonform im Wettbewerb beauftragt werden.

#### Begründung:

Im Zwei-Phasen-Modell werden Angebote auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung eingereicht und ein einheitlicher Projektvertrag über die Mitwirkung des Bauunternehmens an der Planung in Phase 1 und seine Bauausführung in Phase 2 geschlossen.

Die Leistungsbeschreibung muss Ziele des Auftraggebers eindeutig und erschöpfend beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können (§ 7 EU Abs. 1 VOB/A). Die Wirtschaftlichkeit kann bei der Angebotswertung nach § 127 GWB nicht nur auf Grundlage des angebotenen Preises bewertet werden, sondern muss wegen der Bedeutung der Beratungsleistungen in der Planungsphase bspw. auch die Managementkompetenz, das Leitungsteam der Leistungskonzepte umfassen (vgl. These 3). Die Planungsphase darf nicht zu wesentlichen Änderungen führen (§ 132 GWB). Der Auftraggeber muss daher berechtigt sein, den Projektvertrag bei Verfehlung der bei Zuschlagserteilung vereinbarten Ziele am Ende der Planungsphase zu beenden und die Bauleistungen auf Grundlage der weiterentwickelten Planung ggf. neu auszuschreiben.

### 3. These:

Im Zwei-Phasen-Modell kann die Bewertung der Wirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung von Zielpreisen erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass die Beauftragung des Bauunternehmens mit den Bauleistungen in Phase 2 an die Erreichung der Zielpreise geknüpft ist.

#### Begründung:

Das Zwei-Phasen-Modell ist darauf gerichtet, dass die Planung zur Erreichung der bei Zuschlagserteilung definierten Ziele des Auftraggebers im Dialog zwischen Auftraggeber, Planern und Bauunternehmen konkretisiert und optimiert wird. Die konkreten Mengen, Quali-

<sup>8</sup> OLG Celle v. 02.10.2019 – 14 U 171/18; OLG Magdeburg v. 18.07.2017 – 7 U 17/17.



täten und Ausführungsarten sind für das Bauunternehmen bei Zuschlagserteilung noch nicht abschließend vorhersehbar, da die Planungsverantwortung nicht beim Bauunternehmen allein liegt. Erst nach Abschluss der Planungen und vor Eintritt in die Bauphase können die Kosten konkretisiert betrachtet werden. In internationalen Partnerschaftsverträgen wird aus diesem Grund regelmäßig ein Zielpreis vereinbart. Die Vergütung erfolgt dann auf Basis von Selbstkosten zusätzlich einer Prämie für Managementleistungen und Gewinn („cost + fee“). Bei Unterschreitung des Zielpreises werden Einsparungen zwischen den Vertragsparteien geteilt; Überschreitungen des Zielpreises führen zur Reduktion oder auch zum Verlust der Prämie („pain share, gain share“). In Finnland wird im Vergabeverfahren die Prämie (limb 2) als Preiselement bei der Wertung behandelt.

Auch im deutschen Recht kann der Zuschlag im Zwei-Phasen-Modell auf ein Angebot erteilt werden, das keinen verbindlichen Preis, sondern lediglich einen Zielpreis enthält. Angebotswertungen basieren grundsätzlich auf einer Prognoseentscheidung.<sup>9</sup> Dies gilt auch für Preiswertungen. Diese basieren vielfach auf prognostizierten Mengengerüsten, wie bei der Preiswertung für Rahmenverträge oder der Abfrage von Einheitspreisen in Bauprojekten. Die tatsächliche Entwicklung der Mengen nach Zuschlagserteilung kann jedoch von dieser Prognose abweichen, ohne dass dadurch automatisch die Zuschlagsentscheidung in Frage gestellt wird. Auch bei angebotenen Pauschalpreisen in Bauprojekten ist die Preiswertung angesichts der Kostensteigerungen durch Nachträge in der Realität<sup>10</sup> eine Prognoseentscheidung über die Höhe der tatsächlichen Kosten. Voraussetzung für die Wertungsfähigkeit eines Zielpreises ist jedoch, dass der Auftraggeber berechtigt erwarten kann, dass die abgerechneten Preise für die Bauleistungen sich an den angebotenen Kostenzielen orientieren. Dies kann erreicht werden, indem starke Anreize für das Bauunternehmen zur tatsächlichen Einhaltung der angebotenen Kostenziele gesetzt werden („pain-share/gain-share“). Die Verfehlung der wirtschaftlichen Ziele muss den Auftraggeber zur Beendigung der Partnerschaft berechtigen und in bestimmten Fällen auch verpflichten.

#### 4. These:

Die Weiterentwicklung der Planung nach Zuschlagserteilung entsprechend der in der Leistungsbeschreibung definierten Ziele stellt nicht in Frage, dass der Auftrag auf Grundlage einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung vergeben werden kann.

#### Begründung:

Im Zwei-Phasen-Modell kann die Bauleistung auf Grundlage einer funktionalen Ausschreibung nach § 7c EU Abs. 1 VOB/A ausgeschrieben werden, wenn das Leistungsziel, die Rahmenbedingungen, die Leistungserbringung und die wesentlichen Einzelheiten der Leistung in einer Weise bekannt sind, dass mit Veränderungen nicht mehr zu rechnen ist.<sup>11</sup> Dieser Planungsstand ist im Einzelfall erreichbar, so dass die Weiterentwicklung in Phase 1 sich jeweils in dem von der funktionalen Leistungsbeschreibung gedeckten Rahmen bewegt.

Selbst wenn im Einzelfall der Planungsstand zum Zeitpunkt der Vergabe noch nicht das Niveau einer funktionalen Leistungsbeschreibung gem. § 7c EU Abs. 1 VOB/A erreicht, ist eine Leistungsbeschreibung möglich, die dem Grundsatz des § 7 EU Abs. 1 VOB/A genügt, so eindeutig und erschöpfend zu sein, dass alle Bieter die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Denn die in der VOB/A einzeln aufgeführten Vertragsformen und Ausschreibungsmethoden sind nicht abschließend.<sup>12</sup> Die Einführung der Innovationspartnerschaft in § 119 Abs. 7 GWB, § 19 VgV, § 3b EU Abs. 5 VOB/A zeigt, dass das Vergaberecht Formen der Leistungsbeschreibung akzeptiert, bei denen sowohl bei der Auswahl der Bieter als auch bei der Zuschlagserteilung eine konkrete Leistungsbeschreibung noch fehlt. Entscheidend ist, dass der

9 Vgl. zu Prognoseentscheidungen i.R.d. Angebotswertung VK Bund, Beschl. v. 29.03.2012 – VK 2-175/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.01.2005 – VII Verg 58/04.

10 Für abgeschlossene Großprojekte in Deutschland beträgt die durchschnittliche Kostensteigerung pro Projekt 73 %; vgl. Hertie School of Governance, Studie „Infrastruktur-Großprojekte in Deutschland: Zwischen Ambition und Wirklichkeit“.

11 OLG Naumburg, Beschl. v. 16.09.2002 – 1 Verg 2/02 m.w.N.

12 Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Aufl. 2018, § 7c VOB/A, Rdnr. 18 m.w.N.

Auftraggeber seine Ziele vor dem Wettbewerb klar definiert. Jedenfalls dann, wenn die Ausschreibung der Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell auf der Grundlage der Leistungsphase 2 HOAI erfolgt, erscheint dies möglich. Denn auf der Grundlage des damit vorliegenden Planungsstands können sogar Haushaltsmittel veranschlagt werden, da Pläne, Kostenermittlungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Baumaßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtungen sowie die vorgesehene Finanzierung und ein Zeitplan ersichtlich sind. Auf dieser den Grundsätzen der Haushaltswahrheit und -klarheit genügenden Grundlage können die Bieter im Vergabeverfahren auch vergleichbare Angebote für die Bauleistungen erstellen.

### 5. These:

Die Vereinbarung und Gewährung von Vergütungsanreizen bei Unterschreitung von Zielpreisen ist zulässig und führt insbesondere nicht zum Verlust von Fördermitteln. Ziff. Nr. 2.1 der AN-Best-P steht der Zahlung eines Anreizgewinns bei Kostenreduzierungen auf Grundlage von Planungsleistungen nicht entgegen. Das Bundesministerium der Finanzen wird aufgefordert, dies klarzustellen.

### Begründung:

Gem. Nr. 2.1 der ANBest-P können vorab bewilligte Fördermittel nachträglich entfallen, wenn die planmäßig veranschlagten Gesamtkosten unterschritten werden. Die Anreizvergütung für Bauunternehmer bei Kostensenkungen in der Planungsphase sind bei der Ermittlung der Gesamtkosten zu berücksichtigen und sind damit förderfähig. Es handelt sich bei der Anreizvergütung um Kosten für die Planungsleistungen. Denn ohne eine entsprechende Anreizvergütung hätten Bauunternehmen kein Interesse, Vorschläge für Optimierungen der Wirtschaftlichkeit zu unterbreiten. Dass Anreizvergütungen Kosten sind, kann LSP 51 zur Verordnung 30/53 entnommen werden. Danach werden bei der Ermittlung von Selbstkosten im kalkulatorischen Gewinn des Unternehmens nicht nur das allgemeine Unternehmerwagnis abgegolten, sondern auch ein Leistungsgewinn bei Vorliegen einer besonderen unternehmerischen Leistung in wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Hinsicht. Dazu führte Grote-Mismahl schon 1967 aus: „Sehr wohl

kann dagegen zukünftig ein ausländisches Beispiel für die deutsche Gewinnvereinbarung Anwendung finden. Es ist dies der Anreizgewinn. Er besteht in einer Teilung der ersparten Kosten (erspart gegenüber Vorkalkulation) zwischen Auftraggebern und Auftragnehmer. Ein solcher Anreizgewinn, der in verschiedenen Formen angewandt werden kann, bringt beiden Vertragspartnern Vorteil. Dem Auftraggeber eine Kostenersparnis, dem Auftragnehmer einen erhöhten Gewinn. Voraussetzung der Vereinbarung einer solchen Teilung ersparter Kosten ist natürlich eine hinreichend zuverlässige Schätzung [...]“<sup>13</sup>

### 6. These:

Es werden landesgesetzliche Regelungen empfohlen, die den Rechtsrahmen für kooperative und zentrale Beschaffungsstellen und ein Wissensmanagement schaffen, um vor allem Vergabeprozesse der Kommunen zu professionalisieren.

### Begründung:

Die Komplexität der Vergabeverfahren nimmt stetig zu und nicht selten ist der öffentliche Auftraggeber mit der Durchführung überfordert und greift auf externe Berater zurück.<sup>14</sup> Hierdurch wird oftmals fehlendes Know-how eingekauft bzw. eine nicht ausreichende Personalkapazität aufgestockt. Um dafür Sorge zu tragen, dass eine möglichst einheitliche Qualität des Beschaffungsvorganges sichergestellt wird, könnte von der Möglichkeit des Einsatzes einer zentralen Beschaffungsstelle Gebrauch gemacht werden. Dort könnten Fachwissen und Personalkapazität dergestalt gebündelt werden, dass eine Vielzahl von öffentlichen Auftraggebern entweder durch eine gemeinsame Auftragsvergabe voneinander profitieren oder aber die jeweilige Expertise der Beschaffungsstelle selbst oder eines anderen öffentlichen Auftraggebers für ihre eigene Maßnahme nutzen.

Die generelle Funktion eines Beschaffungsdienstleisters wurde in der EU-Richtlinie 2014/24<sup>15</sup>

13 Grote-Mismahl, 1967, S. 170 ff.; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, Nr. 52 LSP, Rdnr. 12 ff.

14 Burgi, Die Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern, VergabeR 2019, 253.

15 Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe v. 26.02.2014.

gestärkt, um öffentlichen oder auch privatrechtlichen Stellen, die auf dem Markt Nebenbeschaffungstätigkeiten anbieten, leichter eine Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren zu ermöglichen. Aber auch zentrale Beschaffungstätigkeiten sind nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 16 der EU-Richtlinie 2014/24 ausdrücklich erwünscht. Derartige zentrale Beschaffungsstellen sollen nach der Vorstellung der EU-Kommission dazu beitragen, das öffentliche Auftragswesen zu professionalisieren.<sup>16</sup> Die zentralen Beschaffungsstellen handeln dabei entweder wie ein Großhändler, indem mehrere Vergabeprozesse einzelner öffentlicher Auftraggeber gebündelt werden oder aber sie handeln wie ein Zwischenhändler, indem sie auf Anweisung des betreffenden öffentlichen Auftraggebers in dessen Namen und auf dessen Rechnung das entsprechende Verfahren durchführen. Ausdrücklich wird sogar erklärt, dass man aufgrund der positiven Erfahrungen gemeinsamer Beschaffungsmaßnahmen ein hohes Potential darin sehe, besonders innovative Projekte gemeinsam auszuschreiben.<sup>17</sup> Daher sollen bestimmte Merkmale gemeinsamer Beschaffungen ausdrücklich durch die Mitgliedsländer geregelt werden.<sup>18</sup> Zu denken ist folglich daran, dass bspw. technische Spezifikationen für Bauleistungen, die durch mehrere öffentliche Auftraggeber beschafft werden müssen, gemeinsam erarbeitet werden und sodann jeder öffentliche Auftraggeber gleichwohl auf dieser Basis ein getrenntes Vergabeverfahren durchführt. Dies wäre z.B. im Hinblick auf die Beschaffung von Modulen zur Errichtung einer Schule sehr gut denkbar, da die Erstellung funktionaler Leistungsbeschreibungen in diesem Bereich häufig nicht nur kleinere Kommunen, sondern auch größere öffentliche Auftraggeber überfordert.

Um eine Zentralisierung der Beschaffung und mehr Kooperation umzusetzen, muss der entsprechende Rechtsrahmen erweitert werden. Im nationalen Recht ist in § 120 Abs. 4 GWB und § 4 VgV bereits eine erste Regelung über die gemeinsame Auftragsvergabe und über zentrale Beschaffungsstellen enthalten. Hierdurch wird eine kooperative Beschaffung ermöglicht, ohne dass die Kooperation selbst einem Vergabeverfahren unterliegen würde. Einige Länder haben bereits Strukturen für gemeinsame Beschaffungsmaßnahmen von Liefer- und Dienstleistungen geschaffen.<sup>19</sup> So werden bspw. Listen von Gegenständen erarbeitet, die

zwingend einer zentralisierten Beschaffung unterliegen. Das Land Baden-Württemberg hat bspw. ein Logistikzentrum als zentrale Beschaffungsstelle eingerichtet, welches ausschließlich zuständig ist für die Beschaffung von Bedarfsgegenständen, wie Büromaterial des laufenden Geschäftsbedarfs oder dem jeweiligen Stand der Bürotechnik entsprechende Bürogeräte, wie bspw. Taschenrechner, Diktiergeräte usw.<sup>20</sup> Fraglich ist, ob dies für Bauleistungen ebenfalls möglich wäre. Im Hinblick auf das vorgenannte Beispiel des Modulbaus, wäre dies durchaus ein denkbarer Weg, da die diesbezüglichen Vergaben in technischer Hinsicht sich strukturell nicht unterscheiden und sich damit auch standardisieren lassen. Es wird daher zu diskutieren sein, ob eine Verpflichtung zur Nutzung einer zentralen Beschaffungsstelle auf Länderebene bzw. Kreisebene oder zumindest zur Nutzung der Formen interkommunaler Kooperation für konkrete Beschaffungsvorgänge vorgeschrieben werden sollte.

Weiterhin ist daran zu denken, dass bspw. jeder öffentliche Auftraggeber eines Landes dazu verpflichtet wird, bei Bauleistungen über einer bestimmten Wertgrenze eine Erstberatung zur Konzeptionierung des Verfahrens durchführen zu müssen und die Vergabeunterlagen vor deren Veröffentlichung prüfen zu lassen. Die Wertgrenze müsste dabei nicht dem Schwellenwert entsprechen, sondern könnte bspw. auch bei 2,5 Mio. € liegen, da Vergaben ab einer gewissen Größenordnung auch ein entsprechend höheres Nachtragspotential bergen. Die Beratung könnte sicherstellen, dass auf vorhandene Dokumente oder Muster hingewiesen wird, die im Rahmen des Wissensmanagements von den ausschreibenden Stellen benutzt werden könnten. Die Prüfung der Unterlagen vor Veröffentlichung stellt sicher, dass nicht gegen elementare Vergabegrundsätze verstoßen wird und die Vergabeunterlagen vollständig und möglichst widerspruchsfrei sind.

16 Richtlinie 2014/24/EU, Anmerkung 69.

17 Richtlinie 2014/24/EU, Anmerkung 69.

18 Richtlinie 2014/24/EU, Anmerkung 71.

19 Siehe bspw. die Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge von Baden-Württemberg (VwV Beschaffung) v. 24.07.2018, Az.: 64-0230.0/160.

20 VwV Beschaffung Baden-Württemberg, a.a.O., Anlage 4.

Bei der Schaffung entsprechender Landesgesetze müssen die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen und vergleichbare Gewährleistungen zugunsten anderer öffentlicher Stellen selbstverständlich berücksichtigt werden. Bei sachgerechter Ausgestaltung können Eingriffe in den sog.

Randbereich dieser Garantien indes gerechtfertigt sein.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl. zu den Einzelheiten Burgi, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2018, § 6.

## Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

### Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Fuchs

RA Prof. Dr. Heiko Fuchs ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner in der Kanzlei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB mit Büros in Berlin, Brüssel, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Hamburg, Mönchengladbach und München sowie Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sein Arbeitsschwerpunkt liegt neben dem Architekten- und Ingenieurrecht auf dem Gebiet des juristischen Projektmanagements insbesondere für Krankenhaus- und Laborbauten. Prof. Dr. Fuchs ist durch zahlreiche Seminare und Veröffentlichungen zum Bauvertrags- und Architektenrecht bekannt. Er ist Mitautor der „Einführung in die HOAI – Praxiswissen Architektenrecht“, Mitautor des *Leupertz/Preussner/Sienz*, Beck'scher Online-Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) sowie Mitherausgeber und Autor des *Fuchs/Berger/Seifert*, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar.

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert ist Architekt und seit 1998 öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger mit Büro in Würzburg. Er ist Lehrbeauftragter an der Hochschule für Technik in Stuttgart. Bis zur 8. Auflage war er Mitautor des HOAI-Kommentars Korbion/Mantscheff/Vygen, ist Mitherausgeber und Mitautor des Kommentars Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, Mitautor von verschiedenen weiteren Buchveröffentlichungen und Autor zahlreicher Aufsätze und Urteilsanmerkungen. Er ist Mitherausgeber und ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift IBR und Mitarbeiter für ziviles Baurecht der Zeitschrift BauR. Herr Seifert ist Leiter und Mitglied verschiedener Fachgremien und Fachausschüsse. Er ist langjähriger Referent insbesondere für die Themenbereiche „Honorare“ und „Kostenplanung“.

### Referenten

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Locher

**RA Prof. Dr. Ulrich Locher** ist Partner in der Anwaltskanzlei Koeble Fuhrmann Locher Zahn Hüttinger in Reutlingen. Sein Arbeitsschwerpunkt liegt im Architekten- und Ingenieur- sowie Bauvertragsrecht. Er ist Honorarprofessor für privates Baurecht an der staatlichen Akademie der Bildenden Künste in Stuttgart sowie Autor bzw. Mitautor u.a. von Locher, Das private Baurecht, Ingenstau/Korbion, VOB, und Locher/Koeble/Frik, HOAI.

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kottmann, Maître en Droit

Dr. Matthias Kottmann ist Rechtsanwalt im Berliner Büro der Kanzlei Redeker Sellner Dahs. Zu seinen Arbeitsschwerpunkten gehören das Europa- und das Verfassungsrecht. Regelmäßig vertritt er Unternehmen, Verbände und öffentliche Institutionen in bedeutenden Grundsatzverfahren vor den Unionsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht. Daneben berät er seine Mandanten zu komplexen Fragen an den Schnittstellen von Wirtschaft, Politik und Recht. Dr. Matthias Kottmann ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Europa- und Verfassungsrecht. Zum Vertragsverletzungsverfahren gegen die HOAI sowie zur Umsetzung des EuGH-Urteils hat er mehrere Rechtsgutachten für betroffene Berufsverbände verfasst.

Rechtsanwalt Dr. Marc Opitz

Dr. Marc Opitz ist Rechtsanwalt bei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB in Frankfurt am Main und berät dort als Fachanwalt für Vergaberecht die öffentliche Hand und Bieterunternehmen bei der Auftragsvergabe in allen Wirtschaftsbereichen. Er ist Vorsitzender des Fachausschusses Vergaberecht der Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main, Lehrbeauftragter an der Hochschule Rhein-Main, Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht (NZBau) und Mitautor zahlreicher Kommentare zum Vergaberecht. Er hat unter anderem die Vorschriften über die Angebotswertung in Dre-

her/Burgi, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, kommentiert.

## Podium

Ministerialrat Dr. Thomas Solbach

Ministerialrat Dr. Thomas Solbach ist Leiter des Referats I B6 Öffentliche Aufträge, Vergabepflichtstelle, Immobilienwirtschaft, im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Er trat im März 1999 ins Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ein und war seitdem auf verschiedenen Posten im Ministerium tätig. Seit Februar 2012 hat er die Leitung des Vergaberechts-Referats im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie inne. Das Referat ist für die nationale Rechtsetzung u.a. im Preis- und Vergaberecht zuständig (Gesetzes- und Verordnungsebene). Weiterhin wirkt es insbesondere bei der EU-Gesetzgebung mit und vertritt die Bundesregierung bei den Verhandlungen der EU-Vergaberichtlinien sowie in Internationalen Organisationen. Thomas Solbach studierte Rechtswissenschaften in Passau und Tours und promovierte zu Europäischem Gemeinschaftsrecht an der Universität Passau.

### A. Thema des Arbeitskreises

Welche Änderungen der HOAI und ihrer Ermächtigungsgrundlage empfehlen sich zur Beseitigung des vom EuGH festgestellten Vertragsverstoßes?

### B. Einführung

von RA Prof. Dr. Heiko Fuchs und Dipl.-Ing. (FH) Architekt Werner Seifert

Mit Urteil vom 04.07.2019 hat die 4. Kammer des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) festgestellt:

„Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 I, II Buchst. g und III der RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat.“

Das Urteil ist in einem Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 260 AEUV ergangen und zwingt den deutschen Gesetz- und Verordnungsgeber, dem

Vertragsverstoß alsbald und effektiv abzuwehren. Die an der Gesetzgebung beteiligten Stellen müssen entsprechend dem Urteilstenor für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklärte Normen abändern, annullieren oder notwendige Rechtsnormen verabschieden. Eine Frist, innerhalb derer der verurteilte Mitgliedstaat den unionsrechtswidrigen Zustand zu beseitigen hat, nennt Art. 260 AEUV nicht. Es besteht aber Einigkeit, dass die erforderlichen Maßnahmen nach dem Urteil unverzüglich einzuleiten und innerhalb kürzester möglicher Frist abzuschließen sind.

Die verbindlichen Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren sind in der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI, derzeit in der Fassung vom 10.07.2013) geregelt, die auf §§ 1 und 2 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 04.11.1971 beruht (als Art. 10 Teil des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen). Da sowohl die HOAI als auch ihre gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zwingendes Preisrecht im Sinne eines gesetzlichen Verbots (§ 134 BGB) vorsehen, sind sowohl der Gesetz- als auch der Verordnungsgeber aufgerufen, beide Regelungskomplexe schnellstmöglich anzupassen, um den Vorgaben des EuGH und der Dienstleistungsrichtlinie Rechnung zu tragen.

Eine ersatzlose Aufhebung der HOAI wäre sogar ohne Änderung der Ermächtigungsgrundlage möglich. Da in der Praxis auf die HOAI jedoch vielfach zur Bestimmung des vom Architekten und Ingenieur geschuldeten Leistungsumfangs oder zur Berechnung des vom Auftraggeber geschuldeten Honorars vertraglich verwiesen wird, ist die Beibehaltung preisrechtlicher Regelungen eher wahrscheinlich und von den am Markt Beteiligten weitgehend auch gewollt. Angesichts des hohen zeitlichen Drucks, in dem sowohl ein Gesetzgebungs- als auch ein Veränderungsverfahren durchgeführt werden müssen, sind grundlegende strukturelle Überarbeitungen der HOAI allerdings nicht zu erwarten. Gegenstand der Diskussionen im Arbeitskreis IV können insbesondere die folgenden zum Teil auch kombinierbaren Regelungskonzepte und damit zusammenhängende Fragestellungen sein:

- Aufhebung der HOAI (und der Ermächtigungsgrundlage)
  - Überführung der Leistungsbilder in alternative Empfehlungen (bspw. AHO, RBBau)?
- HOAI insgesamt als „unverbindliche Regelung“
  - Wie die bisherigen sogenannten „Beratungsleistungen“ gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI?
  - keine gesetzliche Vermutung, keine übliche Vergütung?
  - Zulässigkeit einer nicht regelnden Rechtsverordnung?
- Formvorgabe für Vergütungsvereinbarung
  - Schriftform oder Textform?
  - Bei Auftragserteilung?
  - Sonstige formale Anforderungen (Bezeichnung, textliche Gestaltung)?
  - Nur für Grundleistungen innerhalb der Tafelwerte?
  - Rechtsfolge des Formverstoßes (Mindest-/Mittel-/Höchstsatz)?
  - Rückforderungsausschluss bei freiwilliger und vorbehaltloser Zahlung?
  - Hinweispflicht des Auftragnehmers auf Möglichkeit der Über- und Unterschreitung? Rechtsfolge der Verletzung?
- Angemessenheitsvorbehalt
  - Wie § 4 Abs. 2 und Abs. 3 StBVV?
  - Im Verhältnis zum Aufwand, Verantwortung und Haftungsrisiko des Auftragnehmers? Sonstige Kriterien (Bspw. Urheberrecht, Bekanntheitsgrad)?
  - Nur für Grundleistungen innerhalb der Tafelwerte?
- Übergangsvorschriften
  - Eignung der Systematik des § 57 HOAI?
  - Maßgeblicher Zeitpunkt Ablauf Umsetzungsfrist DLR, EuGH-Urteil oder Inkrafttreten der neuen HOAI?

Die diesbezüglichen Diskussionen und Abstimmungen im Arbeitskreis IV sollen durch die nachfolgenden Thesen vorbereitet und strukturiert werden.

## C. Thesen von Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Locher

### 1. These:

Die in den §§ 1 Abs. 2, 3; 2 Abs. 2, 3 MRVG enthaltene Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Honorarordnung ist dahingehend zu

ändern, dass die Einschränkung auf den Erlass einer Honorarordnung zwischen Mindest- und Höchstsätzen entfällt.

### Begründung:

Das MRVG ermächtigt in den angegebenen Vorschriften zum Erlass einer Honorarordnung zwischen Mindest- und Höchstsätzen, wobei die Mindestsätze nur durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten und die Höchstsätze nur bei außergewöhnlichen oder ungewöhnlich lange dauernden Leistungen überschritten werden dürfen. Die Ermächtigungsgrundlage ist somit ebenfalls mit Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie unvereinbar und anzupassen.

### 2. These:

Die HOAI enthält weiterhin Honorartafeln mit Mindest- und Höchstpreisen, die als unverbindlicher Orientierungsrahmen für die Honorarvereinbarung dienen.

### Begründung:

Insbesondere für einen mit Architektenhonoraren nicht vertrauten Auftraggeber aber auch für einen Architekten, der sein Honorar erfahrungsgemäß häufig nicht kalkuliert, stellt ein unverbindlicher Honorarrahmen eine wertvolle Hilfe für die Beurteilung eines angemessenen Honorars und damit eine wichtige Grundlage für die Honorarvereinbarung dar. Auch der EuGH hat in der Entscheidung vom 04.07.2019 ausgeführt, dass der Schutz des Auftraggebers vor überhöhten Honoraren dadurch gewährleistet werden kann, dass diesem Preisorientierungen zur Verfügung gestellt werden. Ebenso wird es dem Architekten unter Hinweis auf einen vom Verordnungsgeber vorgeschlagenen Honorarrahmen leichter möglich sein, ein auskömmliches Honorar zu vereinbaren, welches innerhalb dieses Rahmens liegt.

### 3. These:

In die HOAI sind nicht nur unverbindliche Regelungen über Leistungsbilder und einen Honorarrahmen aufzunehmen, welche ebenso wie die in der Anlage 1 enthaltenen Beratungsleistungen nur der Orientierung dienen und Empfehlungen enthalten.

**Begründung:**

Würde der HOAI nur ein unverbindlicher Empfehlungscharakter wie den in der Anlage 1 enthaltenen Beratungsleistungen zukommen, wäre diese nur dann anwendbar, wenn ihre Geltung ausdrücklich vereinbart wurde. Würde keine Honorarvereinbarung getroffen, würden die in dem Honorarrahmen enthaltenen Mindest- oder Mittelsätze nicht die übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB darstellen. Die Ermittlung des Architektenhonorars wäre im Falle einer lückenhaften oder fehlenden Honorarvereinbarung zumindest mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Dabei ist es äußerst fraglich, ob bei einem empfohlenen Honorarrahmen eine übliche Vergütung überhaupt festgestellt werden kann, selbst wenn sich die Honorare nur in diesem Rahmen bewegen würden, was bei Architektenhonoraren nicht der Fall ist.

Hinzu kommt, dass die HOAI zahlreiche Vorschriften enthält, die auch nach der Entscheidung des EuGH dann weiter gelten, wenn keine davon abweichende Vereinbarung getroffen wurde (z.B. unwiderlegliche Vermutung eines Umbauschlags ohne abweichende Vereinbarung in § 6 Abs. 2; Honoraranpassung bei Planungsänderungen in § 10; Auftrag für mehrere Objekte in § 11). Auch diese Vorschriften würden nur im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung gelten. Es ist außerdem schwer vorstellbar, dass in derartigen Fällen immer eine übliche Vergütung ermittelt werden kann. Ist dies nicht der Fall, würde dem Architekten nach den §§ 315 ff. BGB ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht bis zur Grenze der Unbilligkeit zustehen.

**4. These:**

Wird keine Honorarvereinbarung getroffen oder ist diese unwirksam, verbleibt es bei der bisherigen Regelung, dass das Honorar nach den in dem Orientierungsrahmen enthaltenen Mindestsätzen abzurechnen ist.

**Begründung:**

Die in der Begründung für These Nr. 3 aufgezeigten Probleme der Honorarermittlung bei einer fehlenden oder unwirksamen Honorarvereinbarung erfordern eine Regelung der Honorarhöhe für diesen Fall. Bisher galt nach § 7 Abs. 5 HOAI die unwiderlegliche Vermutung einer Vereinbarung der Mindestsätze. Es wird empfohlen, auch zukünftig

die in dem Orientierungsrahmen aufgeführten Mindestsätze zu übernehmen. Zum einen sollte die Entscheidung des EuGH, die damit in keinem Zusammenhang steht, nicht zu einer mittelbaren Honorarerhöhung zum Anlass genommen werden. Zum anderen kann von einem Architekten erwartet werden, dass dieser die Voraussetzungen für eine wirksame Honorarvereinbarung kennt. Würden hier die Mittelsätze angesetzt, würde für diesen häufig keine Motivation für eine wirksame oder überhaupt für eine Honorarvereinbarung bestehen, weil er ein derartiges Honorar im Verhandlungswege oft nicht durchsetzen könnte. In diesem Fall würde der Architekt unabhängig davon, dass im Einzelfall eine Missbrauchsgefahr besteht, dafür belohnt, dass er keine wirksame Honorarvereinbarung abgeschlossen hatte.

**5. These:**

Die in der HOAI enthaltenen Formvorschriften sind mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, dass die gesetzliche Schriftform durch die Textform nach § 126b BGB ersetzt wird.

**Begründung:**

Gesetzlichen Formvorschriften kommt eine Warn- und Beweisfunktion zu. Beide Funktionen haben bei Honorarvereinbarungen ihre Berechtigung. Diese sind häufig umfangreich und zumindest für eine mit der Materie nicht vertraute Partei schwer zu überschauen. Deshalb ist eine Prüf- und Überlegungsfrist angebracht, die bei einem mündlichen Vertragsschluss nicht sichergestellt wäre. Ebenso wird gerade bei komplexen Honorarvereinbarungen ein Streit über deren Inhalt von vorneherein vermieden.

Zur Sicherstellung dieser Funktionen ist es ausreichend, die bisher in § 7 Abs. 5 HOAI vorgesehene Schriftform durch die Textform nach § 126b BGB zu ersetzen. Auch haben die hohen Anforderungen an die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform alleine aus formalen Gründen nicht selten zur Unwirksamkeit von Honorarvereinbarungen geführt, ohne dass dadurch die Warn- oder Beweisfunktion beeinträchtigt wurde.

**6. These:**

Die bisher in § 7 Abs. 5 HOAI enthaltene Wirksamkeitsvoraussetzung, dass die Honorarverein-



barung „bei Auftragserteilung“ geschlossen wird, bleibt aufrechterhalten.

### **Begründung:**

Das für die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung bisher erforderliche Tatbestandselement „bei Auftragserteilung“ hat Klarstellungs- und Schutzfunktion zugunsten des Auftraggebers. So sollen nachträgliche Auseinandersetzungen über die Honorarhöhe und eine mögliche Erpressungssituation des unter Termindruck stehenden Auftraggebers verhindert werden. In der Praxis sind auch kaum spätere Änderungen von Honorarvereinbarungen festzustellen, soweit diese nicht ausdrücklich zugelassen sind (z.B. § 10 HOAI). Es besteht deshalb kein Anlass, von dieser Wirksamkeitsvoraussetzung abzusehen.

### **7. These:**

Eine gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit des vereinbarten Honorars findet nicht statt.

### **Begründung:**

Nach den §§ 3a, 4 RVG, 4 StBV kann eine unangemessen hohe oder niedrige vereinbarte Vergütung in einem Rechtsstreit auf einen angemessenen Betrag festgesetzt werden. Die Übernahme dieser Regelung in die HOAI in Form einer richterlichen Angemessenheitskontrolle ist nicht zu empfehlen. Ein „angemessenes Honorar“ würde sich zwischen der Grenze der Sittenwidrigkeit und den Mindest- bzw. Höchstsätzen des Orientierungsrahmens bewegen, weil dieser kaum ein unangemessenes Honorar enthalten kann. Für die Bestimmung der „Angemessenheit“ scheidet die Annahme eines bestimmten Prozentsatzes (z.B. 20 % über oder unter dem Orientierungsrahmen) schon deshalb aus, weil damit durch die Hintertür wiederum europarechtswidrige Mindest- oder Höchstsätze eingeführt würden.

Was unter einem „angemessenen Honorar“ zu verstehen ist und welche Kriterien dafür zu berücksichtigen sind, ist unklar. Kommt es hier auf die Qualität der Leistung, den Aufwand oder das Haftungsrisiko an? Erfordert ein auskömmliches Honorar einen entsprechenden Gewinnanteil und wenn ja, welchen? Hier müsste jeder Einzelfall – immer unter Mitwirkung eines Sachverständigen – auf diese Kriterien untersucht und wohl auch eine

betriebswirtschaftliche Kalkulation vorgenommen werden.

Unabhängig davon fehlt es jedenfalls bei einem zu niedrig vereinbarten Honorar bereits an einem wesentlichen Grund für die Angemessenheitsprüfung. Diese besteht neben einer möglichen Marktmacht im Wesentlichen in einem Informationsgefälle über die Honorarhöhe und deren Auskömmlichkeit, welches bei einem Architekten nicht vorliegt.

Es hat sich auch gezeigt, dass es für die entsprechenden Regelungen im RVG sowie in der StBV kaum veröffentlichte Entscheidungen gibt und der Angemessenheitskontrolle somit fast keine praktische Bedeutung zukommt. Bei einem Langzeitvertrag wie dem Architektenvertrag kommt hinzu, dass für die Auskömmlichkeit des Honorars nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf die tatsächliche Abwicklung des Vertrags abzustellen ist. Dadurch kann sich ein zunächst auskömmliches Honorar aufgrund der Durchführung des Vertrags in ein unauskömmliches Verwandeln. Es besteht aber kein Grund, dem Architekten oder im umgekehrten Fall dem Auftraggeber auch dieses Risiko über die engen Grenzen der Anpassung der Geschäftsgrundlage hinaus abzunehmen.

## **D. Thesen von Dr. Matthias Kottmann**

### **1. These:**

Nach dem EuGH-Urteil verstößt allein die Pflicht zur Einhaltung der Mindest- und Höchstsätze in ihrer derzeitigen Form gegen Unionsrecht. Dem Gesetz- und Ordnungsgeber bleibt es unbenommen, auch künftig dispositive Honorarsätze vorzusehen, die in Ermangelung einer anderweitigen Parteivereinbarung greifen.

### **Begründung:**

Der EuGH hat festgestellt, dass die Pflicht zur Einhaltung der Mindest- und Höchstsätze in ihrer derzeitigen Form gegen Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) der Dienstleistungsrichtlinie verstößt. Nach dieser Vorschrift sind nationale Regelungen, die die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von der „Beachtung festgesetzter Mindest- und/oder Höchstpreise“ „abhängig machen“, nur dann zulässig, wenn sie verhältnismäßig sind.

Schon aus dem Richtlinienwortlaut geht klar hervor, dass davon nur zwingende Preisvorgaben,

nicht aber dispositive Auffangregelungen wie § 7 Abs. 5 HOAI betroffen sind. Ist es den Anbietern von Planungsleistungen möglich, ein abweichendes Honorar zu vereinbaren, macht das Gesetz die Ausübung solcher Tätigkeiten eben nicht von der Einhaltung festgesetzter Preise „abhängig“. Auch die Entstehungsgeschichte und der Sinn und Zweck der Dienstleistungsrichtlinie stützen diese Lesart: Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie soll Marktzugangshindernisse für ausländische Anbieter beseitigen. Eine dispositive Auffangregelung stellt aber kein Marktzugangshindernis dar, weil sie die Vereinbarung abweichender Bedingungen erlaubt.<sup>1</sup>

Die gegenteilige Auffassung überzeugt nicht. Sie dürfte in erster Linie auf dem Missverständnis beruhen, der EuGH habe „die Mindestsätze“ als solche für europarechtswidrig und unanwendbar erklärt, weshalb der Verweis auf diese in § 7 Abs. 5 HOAI „gegenstandslos“ sei.<sup>2</sup> Tatsächlich hat aber nicht einmal die Kommission im Vertragsverletzungsverfahren vertreten, dass § 7 Abs. 5 HOAI oder vergleichbare dispositive Regelungen unionsrechtswidrig seien.

## 2. These:

Das Unionsrecht schließt eine Angemessenheitskontrolle nicht aus. Die Schaffung einer Neuregelung, wonach ein zwischen den Parteien vereinbartes Honorar in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung stehen muss, wäre grundsätzlich zulässig.

### Begründung:

Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) der Dienstleistungsrichtlinie bezieht sich lediglich auf „festgesetzte Mindest- und/oder Höchstpreise“. Ebenso stellt der 73. Erwägungsgrund der Dienstleistungsrichtlinie klar, dass diese nur staatlich festgesetzte Preise, nicht aber Vorgaben an die Preisbildung erfasst. Folglich fielen eine Angemessenheitskontrolle nicht unter die Dienstleistungsrichtlinie. Eine solche Regelung beinhaltet gerade keine betragsmäßig festgesetzten Preise, sondern beschränkte sich auf Vorgaben an die Preisbildung.

Auch mit der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV wäre eine Angemessenheitskontrolle grundsätzlich vereinbar. Entscheidend ist hierbei, ob eine solche Regelung ausländischen Anbietern erlaubt, sich (auch) über einen

Preiswettbewerb am Markt zu etablieren. Ist dies grundsätzlich möglich, so liegt nach der EuGH-Rechtsprechung bereits keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor.<sup>3</sup>

Eine Bestätigung für diese Sichtweise findet sich auch darin, dass die neugefasste Steuerberatervergütungsverordnung eine entsprechende Angemessenheitskontrolle vorsieht. Die Kommission hat diese Regelung explizit gebilligt.

## 3. These:

Um dem EuGH-Urteil nachzukommen, müssen die festgestellten Unionsrechtsverstöße umgehend mit Wirkung ex nunc abgestellt werden. Eine Übergangsregelung, wonach die bisherige Rechtslage für vor der Urteilsverkündung geschlossene Verträge weiter gilt, wäre unionsrechtswidrig.

### Begründung:

Nach ständiger Rechtsprechung muss ein Mitgliedstaat den durch ein Urteil im Vertragsverletzungsverfahren festgestellten Verstoß „innerhalb kürzestmöglicher Frist“ abstellen. Dabei wird die gewöhnliche Dauer von Gesetz- bzw. Verordnungsgebungsverfahren selbstverständlich berücksichtigt. Eine Übergangsregelung, wonach die unionsrechtswidrigen nationalen Vorschriften für vor der Urteilsverkündung geschlossene Verträge weiter gelten, wäre damit aber unvereinbar. Es kommt allein dem EuGH zu, ggf. die zeitlichen Wirkungen seines Urteils zu beschränken. Dies hat er im vorliegenden Fall nicht getan.

## E. Thesen von Rechtsanwalt Dr. Marc Opitz

### 1. These:

Das geltende Vergaberecht erfordert, dass Honorarvereinbarungen „bei Auftragserteilung“ auch in Textform geschlossen werden können.

- 1 Ebenso Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483 (486 f.); Kottmann, NJW 2019, 3025 (3027); OLG Hamm, Urt. v. 23.07.2019 – 21 U 24/18, juris-RdNr. 56; KG Berlin, Beschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19, juris-RdNr. 19.
- 2 Siehe OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.09.2019 – 23 U 155/18; OLG Celle, Urt. v. 23.07.2019 – 14 U 182/18, juris-RdNr. 21; Orłowski, NJW 2019, 2506 (2506).
- 3 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.09.2013 – C-475/11, Konstantinides, EU:C:2013:542, RdNr. 47 ff.

**Begründung:**

In Übereinstimmung mit den EU-Vergaberichtlinien verlangt § 97 Abs. 5 GWB, dass Vergabeverfahren grundsätzlich elektronisch abgewickelt werden. Das betrifft auch die Einreichung von Angeboten und deren Annahme (Zuschlag). Nach § 41 Abs. 1 VgV sind Angebote in der Regel daher in Textform nach § 126b BGB mit Hilfe elektronischer Mittel zu übermitteln. Gleiches gilt nach § 38 Abs. 3 der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) mittlerweile auch für Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte. Die engen Ausnahmen für die Übermittlung von (schriftlichen) Angeboten auf dem Postweg oder direkt sind für Architekten- und Ingenieurleistungen grundsätzlich nicht anwendbar.

**2. These:**

Nach geltendem Vergaberecht dürften öffentliche Auftraggeber eine lediglich unverbindliche gesetzliche Honorarregelung im Vergabeverfahren nicht berücksichtigen.

**Begründung:**

Nach § 127 Abs. 2 GWB *müssen* die öffentlichen Auftraggeber bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots (nur) verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung beachten. Eine unverbindliche gesetzliche Honorarregelung *dürfte* im Vergabeverfahren aber auch nicht beachtet werden. Jede gesetzliche Honorarregelung für Grundleistungen, die (nur) für Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer mit Sitz im Inland gilt und soweit die Grundleistung vom Inland aus erbracht wird, kann in europaweiten Vergabeverfahren zur Diskriminierung inländischer Anbieter führen. § 97 Abs. 2 GWB lässt eine Ungleichbehandlung von Inländern nur zu, wenn diese aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet ist. Dies ist nach § 127 Abs. 2 GWB nur bei verbindlichen Honorarregelungen der Fall.

**3. These:**

Ein gesetzlicher „Angemessenheitsvorbehalt“ für Honorare von Architekten und Ingenieuren, birgt die Gefahr einer Verfälschung des Vergabewettbewerbs.

**Begründung:**

Soweit ein gesetzlicher „Angemessenheitsvorbehalt“ es einem Auftragnehmer oder Auftraggeber ermöglicht, sich ex post wieder von dem im Vergabeverfahren vereinbarten Preis zu lösen und außerhalb des Wettbewerbs einen ganz anderen Preis zu bilden, wird das Ergebnis des Vergabewettbewerbs in Frage gestellt. Der „Angemessenheitsvorbehalt“ konfliktiert so mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB), dem Grundsatz, dass im Vergabeverfahren der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist (§ 127 Abs. 1 Satz 1 GWB) sowie den Bestimmungen über Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (§ 132 GWB). Je nach Ausgestaltung kann ein „Angemessenheitsvorbehalt“ auch – innerhalb und außerhalb des öffentlichen Auftragswesens – unseriöses Akquiseverhalten und Spekulation begünstigen.

**4. These:**

Im Vergabeverfahren kann die Prüfung der „Angemessenheit“ der von den Bietern angebotenen Honorare nach keinem anderen Maßstab erfolgen als nach § 60 VgV. Dies gilt ungeachtet der praktischen Schwierigkeiten, die „Angemessenheit“ des Honorars für eine Architekten- oder Ingenieurleistung vor Auftragserteilung (ex ante) zu beurteilen.

**Begründung:**

§ 60 VgV, der auf europäischen Richtlinienrecht beruht, regelt bereits den Ausschluss unangemessener Angebote im Vergabeverfahren. Nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV darf ein öffentlicher Auftraggeber ein Angebot wegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises ausschließen, wenn die geringe Höhe des angebotenen Preises gem. § 60 Abs. 1 und 2 VgV nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden konnte. Die Vorschrift basiert auf dem Erfahrungswissen, dass niedrige Preise für die öffentlichen Belange von einem bestimmten Niveau an nicht mehr von Nutzen sein, sondern diese umgekehrt sogar gefährden können, weil sie das gesteigerte Risiko einer nicht einwandfreien Ausführung von Bauleistungen einschließlich eines Ausfalls bei der Gewährleistung oder der nicht einwandfreien Lieferung bzw. Erbringung der nachgefragten Dienst-

leistung und damit einer im Ergebnis unwirtschaftlichen Beschaffung bergen. Geschützt wird dementsprechend in erster Linie das haushaltsrechtlich begründete Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung.<sup>4</sup> Die Vorschrift dient nicht dazu, dem Auftragnehmer eine auskömmliche Vergütung zu garantieren und verbietet per se auch keine Unterkostenangebote. Die Feststellung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots setzt eine Einzelfallprüfung anhand individueller Gegebenheiten voraus. Gesetzliche Regelungen, die – losgelöst vom Einzelfall – zu einem automatischen Angebotsausschluss führen, sind mit den EU-Vergaberichtlinien unvereinbar. Auch bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen ist Bezugspunkt des ungewöhnlich niedrigen Preises zudem der Gesamtpreis eines Angebots und nicht – isoliert – der für Grundleistungen angebotene Preis.

#### 5. These:

Im Vergaberecht bestehen unabhängig von einer Honorarordnung für Architekten und Ingenieure Möglichkeiten, um ungezügelter Preiswettbewerb, der auf Kosten der Planungsqualität geht, zu verhindern.

#### Begründung:

Das Vergaberecht hält bereits mehrere Instrumente bereit, um ungezügelter Preiswettbewerb,

der auf Kosten der Qualität geht, auszuschließen. Neben der Bestimmung zum Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote (§ 60 VgV) hat der Auftraggeber die Möglichkeit, dem Preiskriterium im Rahmen der Vergabe von Planungsleistungen nachrangiges Gewicht beizumessen oder Preiswettbewerb durch eine verbindliche Preisvorgabe sogar ganz auszuschließen (§ 58 Abs. 2 Satz 3 VgV). Dass öffentliche Auftraggeber Planungsleistungen alleine nach dem niedrigsten Preis vergeben, wird nach zutreffender Ansicht bereits durch § 76 Abs. 1 Satz 1 VgV verhindert. Hiernach werden Architekten und Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb vergeben. Der Bundesgesetzgeber hätte allerdings die Möglichkeit, § 76 VgV in Übereinstimmung mit Art. 67 Abs. 2 Satz 4 Richtlinie 2014/24/EU (bzw. Art. 82 Abs. 2 Satz 4 Richtlinie 2014/25/EU) zu schärfen und ausdrücklich festzulegen, dass öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen.

---

<sup>4</sup> Vgl. BGH v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.

## Arbeitskreis V – Normung

### Arbeitskreisleiter

Dr. Michael Winkelmüller, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Michael Winkelmüller, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Certified Compliance Officer/Auditor (TÜV)

Dr. Michael Winkelmüller ist Partner bei Redeker Sellner Dahs. Zu seinen Schwerpunkten gehören das Produktsicherheitsrecht und Fragen der technischen Normung. Er berät und vertritt Unternehmen, Verbände und Institutionen in Compliance-Fragen und gerichtlichen Verfahren bei deutschen und europäischen Gerichten, bei Behörden wie dem Deutschen Institut für Bautechnik, in Vertragsverletzungsverfahren bei der EU-Kommission und in Bezug auf Gesetzgebungsverfahren sowie in Normungsverfahren beim DIN und beim CEN. Zahlreiche Vorträge und Veröffentlichungen, unter anderem „Praxishandbuch Bauproduktrecht und technische Normung“.

### Referenten

Dipl.-Ing. Architektin Barbara Chr. Schlesinger, Bundesarchitektenkammer e.V.

Rechtsanwalt Martin Freitag, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.

Dipl.-Ing. Detlef Desler, DIN Deutsches Institut für Normung e.V.

### DIN-Normen, allgemein anerkannte Regeln der Technik und bauaufsichtliche Regeln – Konsistenz, Optimierung und Transparenz im System der baurechtlichen Normung

#### Thesen:

Der Arbeitskreis V – Normung – des Deutschen Baugerichtstags hat sich 2016 mit dem Thema „DIN-Normung vor europäischen und internationalen Herausforderungen: Rechtliche Legitimation, Kontrolle, Verfügbarkeit“ befasst. Eine der zentralen Empfehlungen (Nr. 3), die mit überwältigender Mehrheit angenommen wurde, lautete:

„Die Kluft zwischen (namentlich europäischen) technischen Normen und den allgemein anerkannten Regeln der Technik darf nicht noch größer werden. Das DIN, der Bund und die Länder sowie die interessierten Kreise müssen den Anspruch eines konsistenten und in sich schlüssigen Regelwerks verfolgen, das auch bauordnungsrechtlich eingeführt werden kann.“

Diese Frage und davon ausgehend die Möglichkeiten der Optimierung der Normungsarbeit soll im Rahmen des 8. Deutschen Baugerichtstags vertieft nachgegangen werden. Daraus ergeben sich drei Leitfragen:

- Genügen die DIN-Normen und namentlich die Europäischen Normen (EN) und genügen ihre Entstehungsbedingungen (noch) den Anforderungen, die an allgemein anerkannte Regeln der Technik zu stellen sind?
- Etablieren die Bauaufsichtsbehörden der Länder bei der bauaufsichtlichen Einführung von Normen einen über die allgemein anerkannten Regeln der Technik hinausgehenden Schutzstandard?
- Was sind die maßgeblichen Parameter in der Normung und bei der bauaufsichtlichen Einführung von Normen, um ein Auseinanderdriften zwischen Normen und Technischen Baubestimmungen möglichst zu vermeiden?
- Ist das System der anerkannten Regeln der Technik ausreichend transparent, insbesondere für die am Bau Beteiligten und mit Blick auf die Grundfreiheiten des Binnenmarktes?

Die von den obersten Bauaufsichtsbehörden als technische Baubestimmungen durch öffentliche Bekanntmachung eingeführten technischen Regeln sind zu beachten (§ 85a Abs. 1 Satz 2 Musterbauordnung – MBO). Die Bauaufsichtsbehörden müssen die bauaufsichtlichen Anforderungen in den technischen Baubestimmungen konkretisieren (§ 85a Abs. 1 Satz 1 MBO). Die Konkretisierungen können durch Bezugnahmen auf technische Regeln oder auf andere Weise erfolgen (§ 85a Abs. 2 MBO). Die Bauaufsichtsbehörden müssen DIN- und andere Normen demzufolge berücksichtigen, können davon aber abweichen.

Gleichzeitig sollen sich nach dem Anspruch des Deutschen Institut für Normung die DIN-Normen als „Regeln der Technik bewähren“ (DIN 820–1). Anerkannte Regeln der Technik sind nach der Rechtsprechung diejenigen Prinzipien und Lösungen, die in der Praxis erprobt und bewährt sind und sich bei der Mehrheit der Praktiker durchgesetzt haben. DIN-Vorschriften und sonstige technische Regelwerke können allgemein anerkannte Regeln der Technik sein, haben diese Qualität aber nicht kraft ihrer Existenz und begründen keinen Ausschließlichkeitsanspruch. Als Ausdruck der fachlichen Mehrheitsmeinung sind sie nur dann zu werten, wenn sie sich mit der Praxis überwiegend angewandter Vollzugsweise decken.<sup>1</sup>

Die Vermutungswirkung, die den Normen der anerkannten Normungsorganisationen in der Rechtsprechung beigemessen wird, setzt bestimmte Entstehungsbedingungen voraus. Die Entstehungsbedingungen der Normung begründen eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sie „sicherheitstechnische Festlegungen enthalten, die einer objektiven Kontrolle standhalten“, soweit sie „als Regeln unter Beachtung bestimmter verfahrensrechtlicher Vorkehrungen zustande gekommen“ sind.<sup>2</sup> Diese im nationalen Raum zustande gekommenen Grundsätze bilden nach wie vor die Grundlage für die Bewertung der Normung.

Ziel und Anspruch des DIN ebenso wie der Normungspolitik der Bundesregierung ist es, nach Möglichkeit europäische oder internationale Normen auszuarbeiten. Die Normung auf europäischer Ebene muss aber mit anderen Entstehungsbedingungen klar kommen. Auf europäischer Ebene

(CEN) – und gleiches gilt *mutatis mutandis* auf internationaler Ebene (ISO) – müssen Grundsätze wie die „ausgewogene Beteiligung aller beteiligten Kreise“ und das Konsensprinzip ersetzt werden durch repräsentativ nach Mitgliedsorganisationen zusammengesetzte Arbeitskreise und das Mehrheitsprinzip, damit eine Normung auf europäischer Ebene überhaupt effektiv organisiert werden kann. Die Normen müssen nach dem Satzungsrecht von CEN in das nationale Normenwerk übernommen werden. Hier stellt sich die Frage, ob die Entstehungsbedingungen der so zustande gekommenen DIN-Normen noch denen entsprechen, die zu fordern sind, damit sie die Vermutung „allgemein anerkannter Regeln der Technik“ weiter für sich beanspruchen können. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob die deutschen Bauaufsichtsbehörden bei der bauaufsichtlichen Einführung noch mit ihrem gesetzlichen Auftrag konform handeln, wenn sie von allgemein anerkannten Regeln der Technik zu weit abweichende Technische Baubestimmungen einführen.

Diesen Fragen soll im Arbeitskreis nachgegangen mit dem Ziel werden, die maßgeblichen Parameter zu ermitteln, um ein weiteres Auseinanderfallen von DIN-Normen und namentlich den europäischen EN-Normen einerseits und dem bauaufsichtlich eingeführten Regelwerk andererseits zu verhindern sowie eine ausreichende Transparenz des Systems herzustellen.

---

1 BVerwG, NVwZ-RR 1997, NVWZ-RR Jahr 1997 S. 214.

2 BVerwG, Beschl. v. 30.09.1996 – 4 B 175/96.

## Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

### Arbeitskreisleiter und Referent

Prof. Matthias Zöller, Dipl.-Ing. Architekt, Neustadt an der Weinstraße/AIBau Aachen

Prof. Zöller ist Honorarprofessor für Bauschadensfragen am KIT (Universität Karlsruhe), Architekt und ö.b.u.v. Sachverständiger für Schäden an Gebäuden. Am Aachener Institut für Bauschadensforschung und angewandte Bauphysik (AIBau gGmbH) leitet er die Bauschadensforschung und die Aachener Bausachverständigentage. Herr Zöller arbeitet in Fachgremien, die sich mit Regelwerken der Abdichtungstechniken und der Gebäudedränung beschäftigen, und hat am „UBA-Schimmelleitfaden“ mitgearbeitet. Er ist Autor von Fachveröffentlichungen und jeweils Mitherausgeber bei der „IBR Immobilien- & Baurecht“ und der „Baurechtlichen und -technischen Themensammlung“.

### Stellvertretender Arbeitskreisleiter und Referent

Dr. Marc Steffen, Berlin, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Steffen ist Partner der Rechtsanwalts-gesellschaft LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB in Berlin. Er ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. In seiner Berufspraxis berät er in großen Bauprojekten, insbesondere große Infrastrukturmaßnahmen (Bahnhöfe und Flughäfen), Hochbauprojekte (Hochhäuser und Revitalisierung, z.B. Neubau von Shoppingcentern) sowie Ingenieur- und Wasserbaumaßnahmen (Offshore-Windparks). Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen neben der projektbegleitenden Beratung im Bau- und Architektenrecht in der Führung von Prozessen vor staatlichen und Schiedsgerichten (DIS und ICC). Dr. Steffen verfasst regelmäßig Beiträge in baurechtlichen Fachzeitschriften und ist Autor in verschiedenen Buchprojekten. In dem BGB-Bauvertragsrecht-Kommentar Leinemann/Kues kommentierte er die §§ 633 bis 634a BGB und § 639 BGB. Dr. Steffen ist Lehrbeauftragter an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin und regelmäßiger Referent bei Fachanwaltsfortbildungslehrgängen.

### A. Thema des Arbeitskreises

Anerkannte Regeln der Technik – Regelungsbedarf des unbestimmten Rechtsbegriffs

### B. Einführung

Bauverträge können nicht sämtliche Details bis ins Kleinste regeln. Die Bandbreite des Detaillierungsgrads in Verträgen ist groß, wobei wegen der Komplexität der handwerklichen Einzelanfertigung und der von Bausätzen selbst bei einem sehr hohen Detaillierungsgrad Lücken in den vertraglichen Vereinbarungen bleiben müssen. Die Anerkannten Regeln der Technik dienen dazu, um diese zu schließen und so das geschuldete Bausoll zu ermitteln.

Der Inhalt der *Anerkannten Regeln der Technik* ist nicht abstrakt in einen Vertrag hineinzulesen. Hinter dem Begriff verbergen sich Konstruktions- und Verfahrensweisen, die über das „Werkzeug“ der *Anerkannten Regeln der Technik* zum Gegenstand des Vertrags gemacht werden. Ist zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart, gilt dasjenige als geschuldet, was den Anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht – wobei die Rechtsprechung davon abweichend deren Stand zum Zeitpunkt des Vertragsendes, der Abnahme, heranzieht.

Um sich der Bedeutung des Begriffs der Anerkannten Regeln der Technik nähern zu können, ist zunächst nach zwei, gegebenenfalls auch nach drei unterschiedlichen Perspektiven zu unterscheiden.

Juristen ist die Betrachtung aus der Retrospektive am geläufigsten. Ein Anwalt oder ein Richter soll im Nachhinein beurteilen, ob eine bereits errichtete Konstruktion, eine Bauweise oder ein verwendetes Material mangelbehaftet ist.

Die retrospektivische Sicht von Juristen, auf einen bereits vorhandenen Fall zu blicken, ist zu unterscheiden von der Perspektive von Planern und ausführenden Unternehmen, die sich vor und noch während der Entstehung mit dem Werk beschäftigen. Die Aufgabe der Baubeteiligten besteht darin, zu entscheiden, wie gebaut werden soll, um einerseits die vertraglichen Vereinbarungen einzuhalten und andererseits ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk zu erstellen.

Vorrangig sind konkrete vertragliche Vereinbarungen, die aber zu überprüfen sind, ob damit auch der werkvertraglich geschuldete Erfolg erreicht werden kann. Anerkannte Regeln der Technik werden als Werkzeug verstanden, den Werkerfolg sicherzustellen. Weil es aber auf den Werkerfolg immanent ankommt, sind beide Bedingungen, konkrete Vereinbarung und Werkerfolg, gleichrangig zu betrachten. Widersprechen sich diese, kommt es im Zweifel eher auf den Werkerfolg als auf ein Detail einer vertraglichen Vereinbarung an – es sei denn, dass eine bestimmte Konstruktion im Bewusstsein gewählt wurde, die den Werkerfolg gerade nicht sicher erwarten lässt.

Ein Besteller muss sich nicht auf Experimente einlassen, es ist ihm nicht zuzumuten, „Versuchskaninchen“ neuer Bauweisen zu sein. Er darf erwarten, dass – wenn er selbst keine bewusste Entscheidung trifft – das gebaut wird, was nicht nur wissenschaftlich richtig ist und was die Funktionalität garantiert, sondern nach der Rechtsprechung auch das, was in Kreisen betroffener Techniker bekannt ist und als richtig anerkannt wird.

Dieser Aspekt der Bekanntheit und Anerkennung kann allerdings als Synonym für die Praxisbewährung verstanden werden: Wenn etwas im Kreise betroffener Techniker bekannt und als richtig anerkannt wird, wird es auch häufig in der Praxis angewendet, wodurch unterstellt wird, dass es sich auch in der Praxis bewährt hat. Allerdings gibt es viele Beispiele, die diese These widerlegen, etwa die regelmäßig auf Bodenplatten angeordneten Abdichtungen, die unter technischen Aspekten in keinem Fall notwendig sind.<sup>1</sup> Ein anderes Beispiel sind die in Fachkreisen der Architekten noch immer als gut befundenen Holzdächer mit Wärmedämmung in Holztragwerkebene und beidseitig dichten Abdeckungen, die aber in häufig vorkommenden Varianten dieser Bauweise eine außerordentlich geringe Fehlertoleranz aufweisen und deswegen eine zu hohe Schadensquote aufweisen.<sup>2</sup>

Eine andere Perspektive haben schließlich Verfasser von Regelwerken einzunehmen, z.B. Ausschüsse von DIN-Normen. Ihre Perspektive besteht im Wesentlichen darin, bauausführenden Unternehmen oder planenden Architekten Vorschläge zu unterbreiten, welche Produkte ausgewählt werden können und mit welchen Verfahren gebaut wer-

den kann, um einen bestimmten Erfolg zu erreichen. Vorschläge in Regelwerken stellen darauf ab, (perspektivisch) dauerhaft funktionsfähige und zweckentsprechende Werke herstellen zu können. Regelwerke dürfen ausschließlich technische Sachverhalte beinhalten. Verfasser von Regelwerken haben weder die Aufgabe noch das Recht, in die Vertragsautonomie von Parteien durch Regelwerke einzugreifen. Regelwerksinhalte werden unter allgemeinen Bedingungen ausgearbeitet, sie können nicht den konkreten Fall kennen. Sie dürfen daher nicht zwingende Anforderungen formulieren, wenn andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die gleichsam zur Gebrauchstauglichkeit führen werden. Verfasser von Regelwerken sollen sich an der „Wenn-dann“ Regel orientieren, d.h.: wenn dieses oder jenes beachtet wird, dann stellt sich dieser oder jener Erfolg ein.

All diese – und noch viele hier nicht erwähnte – Betrachtungsweisen haben dazu geführt, dass in den unterschiedlichen Subkulturen der Begriff der Anerkannten Regeln der Technik eine Art Eigenleben entwickelt hat. Schon die unterschiedliche Betrachtung zwischen Juristen (retrospektivische Betrachtung), Baubeteiligte (perspektivische Betrachtung) und Sachverständigen (beratend perspektivische, bewertend retrospektivische Betrachtung) führt oft zu Missverständnissen. Dieser Arbeitskreis will Problembewusstsein schaffen und sich auf die Suche nach einer gemeinsamen Basis und einem gemeinsamen Verständnis begeben.

## C. Thesen

### These 1 – Pro gesetzliche Regelung (Steffen)

Es braucht eine gesetzliche Regelung zu den Anerkannten Regeln der Technik im Privaten Baurecht.

Es besteht in Rechtsprechung und Literatur keine hinlängliche Klarheit hinsichtlich einer allge-

1 Zöller, *Bahnenabdichtungen auf Bodenplatten: Details und grds. Anforderungen* IBR 2010, 193. Zöller, M.: *Sind Abdichtungen auf WU-Bodenplatten nun doch notwendig?*, IBR 2012, 243.

2 Oswald/Zöller/Spilker/Sous, *Zuverlässigkeit von Holzdachkonstruktionen ohne Unterlüftung der Abdichtungs- oder Decklage*. Forschungsbericht abgeschlossen, März 2014. IRB-Verlag, Forschungsbericht Nr. F 2919.



meinverbindlichen Definition des unbestimmten Rechtsbegriffes „Anerkannte Regel der Technik“. Darüber hinaus mangelt es an einem einheitlichen Verständnis dazu wie sich der Rechtsbegriff in das Vertragsrecht und den Mangelbegriff einordnet. Aus diesem Grunde braucht es eine gesetzliche Regelung.

Vorschlag eines Gesetzestextes:

§ X Anerkannte Regeln der Technik

Abs. 1

Haben die Parteien nichts Abweichendes vereinbart, sind mindestens die Anerkannten Regeln der Technik als vertraglich geschuldete Beschaffenheit einzuhalten.

Abs. 2

Eine Anerkannte Regel der Technik liegt vor, wenn sie wissenschaftlich unanfechtbar richtig und allgemein anerkannt ist.

Wissenschaftlich unanfechtbar richtig ist eine Technische Regel, wenn sie nachgewiesen objektiv theoretisch richtig ist und sie sich in der Praxis bewährt hat.

Allgemein anerkannt ist eine Technische Regel, wenn sie in den Kreisen der betroffenen Techniker durchweg bekannt und als richtig anerkannt ist.

### Begründung:

a) Problematisch ist die Frage, weshalb Anerkannte Regeln der Technik zum Gegenstand des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages werden sollen. Für den VOB/B-Vertrag ergibt sich die Einbeziehung der allgemeinen anerkannten Regeln der Technik noch relativ problemlos daraus, dass nach § 13 Abs. 1 VOB/B die Einhaltung der Anerkannten Regeln der Technik zur Voraussetzung für mangelfreies Leisten gemacht wird.

Bei einem BGB-Vertrag bedarf es schon einiger Verrenkungen mehr, um ein vergleichbares Ergebnis zu erzielen. Der Gesetzgeber<sup>3</sup> formuliert jedoch lapidar:

„Dass, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, die Anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind, ist nicht zweifelhaft. Eine ausdrückliche Erwähnung bringt deshalb keinen Nutzen.“

Der BGH<sup>4</sup> führt hierzu aus:

„Der Besteller kann redlicherweise erwarten, dass das Werk zum Zeitpunkt der Fertigstellung und Abnahme diejenigen Qualitäts- und Komfortstandards erfüllt, die auch vergleichbare andere zeitgleich fertiggestellte und abgenommene Bauwerke erfüllen. Der Unternehmer sichert üblicherweise stillschweigend bei Vertragsschluss die Einhaltung dieses Standards zu.“

Die wohl herrschende Meinung liest den Begriff der Anerkannten Regeln der Technik unmittelbar in das Gesetz, namentlich in § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB, hinein. Hier wird argumentiert, dass der Besteller Anspruch auf ein „ordentliches“ Werk hat. Die zu erwartende und übliche Beschaffenheit kann danach das Werk nur haben, wenn es den Anerkannten Regeln der Technik entspricht.<sup>5</sup>

Entgegen der Behauptung des Gesetzgebers ist die Einbeziehung von Anerkannten Regeln der Technik in den Vertrag nicht unproblematisch. Unzweifelhaft ist lediglich, dass in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht infrage gestellt wurde, dass die Anerkannten Regeln der Technik zu beachten sind. Tatsächlich macht es für die Praxis aber bereits einen sehr großen Unterschied, ob die Anerkannten Regeln der Technik nach der Auffassung der h.M. unmittelbar Gegenstand des Mangelbegriffs sind und damit wohl auch jede konkrete vertragliche Vereinbarung an dem Maßstab der Anerkannten Regeln der Technik zu messen wären und damit auch eine grundsätzlich dauerhaft funktionsfähige und zweckentsprechende Leistung mangelhaft sein könnte. Oder ob sie, wie der VII. Zivilsenats des BGH<sup>6</sup> meint, lediglich als geschuldeter Mindeststandard zu beachten sind, wenn es an abweichenden vertraglichen Vereinbarungen fehlt. Eine Einheitlichkeit ist in der Baupraxis genauso wenig zu erkennen, wie in den Entscheidungen der Instanzgerichte. Aber auch zwischen den unterschiedlichen Senaten des Bundesgerichtshofs und sogar in der Rechtsprechung der einzelnen

3 Reg.Entw. BT-Drucks. 14/6040, S. 261.

4 BGH, Urt. v. 14.05.1989 – VII ZR 184/97.

5 Staudinger-Peters/Jakobi § 633 Rdnr. 177 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 09.07.1981 – VII ZR 40/80, BauR 1981, 577 (579).

6 BGH, Urt. v. 14.05.1989 – VII ZR 184/97.

Zivilsenate finden sich mitunter gravierend unterschiedliche Betrachtungsweisen.

Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, die Anerkannten Regeln der Technik klar in die Systematik des Vertragsrechts und des Mangelbegriffs einzuordnen. Hier bevorzugt wird eine Einordnung in das Vertragsrecht, wobei die Anerkannten Regeln der Technik stets subsidiär hinter den privatautonomen Vereinbarungen der Parteien zurückstehen.

**b)** Wer sich dem Themenkreis „Anerkannte Regeln der Technik“ über die Definition des Begriffs versucht zu nähern, wird schnell feststellen, dass es nicht so einfach ist Übereinstimmungen in den unterschiedlichsten Veröffentlichungen zu finden. Der VIII. Zivilsenat des BGH<sup>7</sup> formuliert:

„Die allgemeinen anerkannten Regeln der Baukunst stellen die Summe der im Bauwesen anerkannten wissenschaftlichen, technischen und handwerklichen Erfahrungen dar, die durchweg bekannt und als richtig und notwendig anerkannt sind.“

Kniffka<sup>8</sup> hingegen formuliert:

„Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen sowie insbesondere in dem Kreis der für die Anwendung der betroffenen Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Technikern durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind.“

Seibel<sup>9</sup> definiert die anerkannten Regeln der Technik wie folgt:

„Eine technische Regel ist dann allgemein anerkannt, wenn sie

A. der Richtigkeitsüberzeugung der vorherrschenden Ansicht der technischen Fachleute entspricht

erstes Element: allgemeine wissenschaftliche Anerkennung

und darüber hinaus

B. in der (Bau-)Praxis erprobt und bewährt ist

zweites Element: praktische Bewährung

Auf beiden Stufen A. und B. muss die jeweilige technische Regel der überwiegenden Ansicht (Mehrheit) der technischen Fachleute entsprechen.“

Die vorstehenden Definitionen sind nur beispielhaft für einen ganzen Strauß weiterer Definitionen aus den unterschiedlichsten Kommentaren, Aufsätzen und gerichtlichen Entscheidungen gewählt worden. Eine Einheitlichkeit, was heute unter dem Begriff der Anerkannten Regeln der Technik zu verstehen ist, ist nicht auszumachen. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, den Ursprung des Begriffs der Anerkannten Regeln der Technik anzusehen, der vom Reichsgericht<sup>10</sup> geprägt wurde. Das Reichsgericht formulierte:

„Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Baukunst ist nicht schon dadurch erfüllt, dass eine Regel bei völliger wissenschaftlicher Erkenntnis sich als richtig und unanfechtbar darstellt, sondern sie muss auch allgemein anerkannt, d.h. durchweg in den Kreisen der betroffenen Techniker bekannt und als richtig anerkannt sein.“

Der kleinste gemeinsame Nenner der Vielzahl heute kursierender Definitionen besteht aus der Essenz der reichsgerichtlichen Entscheidung plus einer zwingend erforderlichen Praxisbewährung. Der Minimalkonsens lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Eine Anerkannte Regel der Technik liegt vor, wenn sie

1. wissenschaftlich unanfechtbar richtig ist, d.h. dass
  - a) sie nachgewiesen objektiv theoretisch richtig ist und
  - b) sie sich in der Praxis bewährt hat

7 BGH, Urt. v. 07.07.2010 – VIII ZR 85/09.

8 IBR-online Kommentar Bauvertragsrecht – Kniffka, § 633 Rdnr. 23 (Stand 28.10.2019) mit Verweis auf OLG Bamberg, Urt. v. 20.11.1998 – 6 U 19/98; OLB Hamm, Urt. v. 27.08.1990 – 26 U 180/89.

9 Seibel, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B § 13 Rdnr. 54 f.

10 Reichsgericht, Urt. v. 26.06.1891 – VI D 1621/91; Urt. v. 11.10.1910 – IV 644/10.

und

2. allgemein anerkannt ist, d.h.

- a) in den Kreisen der betroffenen Techniker durchweg bekannt und
- b) als richtig anerkannt ist.

Die vorstehende Definition stellt einerseits den mehrheitsfähigen Kern der gängigen Definition dar und garantiert andererseits, dass nicht etwas bereits dadurch zu einer Anerkannten Regel der Technik wird, das sich durch eine vermeintlich „herrschende Meinung“ herausgebildet hat oder (noch schlimmer) ein Sachverständiger oder ein Gericht etwas „meint“. Die Definition setzt klare und nachprüfbar Grenzen, die es dem Praktiker ermöglicht, nachprüfbar festzustellen ob eine bestimmte Konstruktionsweise den anerkannten Regeln der Technik entspricht oder eben nicht.

## These 2 – Contra gesetzliche Regelung (Zöller)

Es braucht *keine* gesetzliche Regelung zu den anerkannten Regeln der Technik

- a) Haben die Parteien nichts Abweichendes vereinbart, sind die anerkannten Regeln der Technik vertraglich geschuldete Beschaffenheit, die für den Werkerfolg als Mindeststandard einzuhalten ist. Dies entspricht der allgemeinen Auffassung. Es braucht deshalb *keiner* gesetzlichen Regelung.
- b) Nach den heute gängigen Definitionen sind die Anerkannten Regeln der Technik insbesondere vor dem Hintergrund des Tatbestandsmerkmals „allgemein anerkannt“ in der Regel praktisch nicht nachweisbar. Ein Begriff, der einerseits etwas Selbstverständliches regelt und andererseits bereits in seiner jetzigen Form nicht praktikabel nachweisbar ist, sollte *nicht* gesetzlich geregelt werden.

### Begründung:

Eine Anerkannte Regel der Technik gilt als Mindeststandard. Der liegt in Bezug zu Regeln vor, wenn er wissenschaftlich unanfechtbar richtig, praxisbewährt und allgemein anerkannt ist. Allgemein anerkannt ist eine technische Regel, wenn sie in den Kreisen der betroffenen Techniker bekannt und als richtig anerkannt ist.

Die technische Richtigkeit wird durch logische und rechnerische Überlegungen, daraus resultierenden Annahmen und auf deren Basis durchgeführte Laborprüfungen festgestellt. Weil diese unrichtig sein können, sind Überlegungen und Prüfungen durch Untersuchungen an gebauten Objekten zu validieren.

Die jetzige gesetzliche Regelung in § 633 BGB enthält die Anforderung, dass ein Werk eine Beschaffenheit aufweist, die die vom Vertrag vorausgesetzte und die übliche Verwendungseignung sicherstellt. Nach jetzigem Verständnis widerspricht die Definition der *Allgemein anerkannten Regeln der Technik* dem Sinn und Zweck und Zielsetzungen der gesetzlichen Regelung, weswegen die Aufnahme der allgemein anerkannten Regel der Technik keinen zusätzlichen Gewinn ergibt. Im Zweifel erhöht der Begriff sogar das Streitpotenzial.

Eine anerkannte Regel der Technik liegt dann **nicht** vor, wenn einer der Aspekte nicht erfüllt wird. Wenn eine Regel nicht wissenschaftlich unanfechtbar ist oder nicht allgemein bekannt und anerkannt oder nicht praxisbewährt ist, kann sie nicht *allgemein anerkannte Regel der Technik* sein.

Die wissenschaftlich – theoretische Richtigkeit lässt sich aber nicht durch eine Meinungsbildung ersetzen. Meinungsbilder sind von der Bauwirklichkeit mittlerweile losgelöste Betrachtungsweisen, die sich verselbständigen haben und die Interessen sowohl des Bestellers als auch der Auftragnehmer aus dem Auge verlieren. In Zeiten, in denen es durch moderne Kommunikationsmedien möglich ist, dass einzelne Influencer Massenmeinungen bilden, ist die Auffassung, dass eine Mehrheitsmeinung in bestimmten Fachkreisen in Bezug zum zu erwartenden Werkerfolg maßgeblich ist, nicht mehr gültig. Zwar ersetzt eine Mehrheitsmeinung nicht die wissenschaftlich theoretische Richtigkeit, sie verleitet aber dazu, diese anzunehmen.

Die Anforderungen an Allgemein anerkannte Regeln der Technik sind wegen der unbedingt einzuhaltenden, kumulativen Anforderungen alle Aspekte gleichzeitig so hoch angesetzt, dass es quasi keine Regel mehr gibt, die diese erfüllen können. Entweder fehlt es an dem wissenschaftlich-theoretischen Nachweis oder an dem Nachweis der Praxisbewährung oder an der dazu passenden Meinungsbildung. Schon deswegen ist die Aufnahme

einer solchen Regelung in das Gesetz überflüssig. Sie ist auch kontraproduktiv, weil die Chance veran wird, die gesetzliche Bestimmung der Verwendungseignung näher zu fassen.

Die Bedeutung der *Allgemein anerkannten Regeln der Technik* ist im juristischen Bereich immanent, sie lässt sich aber nicht juristisch klären. Regelmäßig sind dazu Techniker zu befragen, die aufgrund der hohen Anforderungen an den juristischen Inhalt des Begriffs die Frage grundsätzlich nicht beantworten können. Zwar wurden in zahlreichen Gutachten Antworten zur Frage nach *allgemein anerkannten Regeln der Technik* durch Sachverständige formuliert, die aber bei genauer Prüfung den Anforderungen an die juristische Inhaltsbestimmung nicht standhalten. Die Beibehaltung des Begriffs führt deswegen auch dazu, dass Sachverständige verleitet werden, Fragen zu beantworten, die sie von ihrer Sachkunde gar nicht beantworten können und auch nicht dürfen. Die Feststellung eines bestimmten Kenntnisstands in Fachkreisen ist nämlich keine technische Frage, sondern eine demoskopische, die nicht in das Beststellungsgebiet von Sachverständigen fällt.

Der Gesetzgeber darf nicht rückwärtsgewandt einen Standard festschreiben, den es praktisch nicht mehr gibt, deswegen nur zu Irritationen und zu Streit führen wird und der Populismus und „fake news“ Vorschub leistet.

Deswegen ist der Begriff auch aus der VOB/B zu **streichen**.

Zur Sicherstellung des Zwecks, der mit der Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik bislang gefordert wurde, bedarf es einer neuen Definition zur Sicherung des den Regeln allgemein inne liegenden Zwecks, der uneingeschränkten Verwendungseignung, was mit der bisherigen Definition erreicht werden sollte, aber heute nicht mehr möglich ist.

Lässt sich keine anerkannte Regel der Technik feststellen (was regelmäßig der Fall sein wird), ist der „Anerkannte Stand der Technik“ als Mindeststandard der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit anzusehen.

Der Anerkannte Stand der Technik stellt die Gebrauchstauglichkeit in einem ausreichenden Zuverlässigkeitsgrad für die vorgesehene Nutzungsdauer unter üblichen Instandhaltungen sicher. Dazu be-

schreibt er den jeweiligen, anwendungsbezogenen Mindeststandard und enthält darüber hinaus eine der Aufgabe, den Entstehungsbedingungen, den möglichen Schadensfolgen und der möglichen Instandsetzung angemessene Fehlertoleranz. Die wissenschaftlich unter Bildung von Thesen und Prüfung in Labore ermittelten Regeln sind an gebauten Objekten mit nachweislichen Einwirkungen, die an anderen Objekten zu erwarten sind, zu überprüfen.

In folgendem Abschnitt ist es daher notwendig, nach der juristischen Betrachtung auch technische Überlegungen anzustellen, um eine Lösung dieses Konflikts zu ermöglichen.

### These 3 – Empfehlungen an Beteiligte (Zöller)

#### 1. Empfehlung an das DIN Deutsche Institut für Normung e.V.

- a) DIN-Verfahrensnormen sollen bei Neufassungen und Überarbeitungen als Leitbild den „anerkannten Stand der Technik“ beachten. DIN-Produktnormen unterliegen dem europäischen und nationalen Produktenrecht, sie sollen bei Aufnahme in DIN-Normen nach den Kriterien des „anerkannten Stands der Technik“ evaluiert werden.
- b) Der DIN e.V. soll in die DIN Regularien, in die DIN 820, aufnehmen, dass bei Normenerstellung und -überarbeitungen Normenausschüsse angehalten werden, dass Inhalte der DIN-Normung dem anerkannten Stand der Technik entsprechen. Falls dies nicht möglich sein sollte, ist offenzulegen, welche der Festlegungen nicht dem anerkannten Stand der Technik entsprechen.
- c) Der „anerkannte Stand der Technik“ definiert wissenschaftlich richtige und an repräsentativ ausgewählten Objekten bestätigte Verfahren. Der anerkannte Stand der Technik stellt die Gebrauchstauglichkeit in einem ausreichenden Zuverlässigkeitsgrad für die vorgesehene Nutzungsdauer unter üblichen Instandhaltungen sicher. Dazu beschreibt er den jeweiligen, anwendungsbezogenen Mindeststandard und enthält darüber hinaus eine der Aufgabe, den Entstehungsbedingungen, den möglichen Schadensfolgen und der möglichen Instandsetzung angemessene Fehlertoleranz. Die wis-

senschaftlich unter Bildung von Thesen und Prüfung in Labore ermittelten Regeln sind an gebauten Objekten mit nachweislichen Einwirkungen, die an anderen Objekten zu erwarten sind, zu bestätigen.

## 2. Empfehlung an Planer, Ausführende und beratende Sachverständige

- a) Für Planung und Ausführung sind Einzel festlegungen in Regelwerken aus dem Allgemeinen, dem Abstrakten, in das Konkrete zu übertragen, wozu sie nach Notwendigkeit und Zielsetzung zu prüfen sind.

Regelwerke werden perspektivisch für das noch nicht Vorhandene, für Planung und Ausführung, verfasst. Sie unterscheiden regelmäßig nicht nach einmalig vorkommenden, abklingenden und nach wiederkehrenden Einwirkungen.

Regelwerke werden unter abstrakten Bedingungen ausgearbeitet, sie kennen den Einzelfall nicht.

Festlegungen in Regelwerken bilden keinen Selbstzweck, sondern dienen dem Werkerfolg. Planer, ausführende und beratende Sachverständige haben daher Festlegungen in Regelwerken als Werkzeug zu verstehen. Sie müssen der zu lösenden Aufgabe entsprechend ausgewählt und gegebenenfalls angepasst werden, genauso, wie ein Schraubenschlüssel zu einer entsprechenden Schraubenmutter auszuwählen ist.

- b) Daneben können eigenständige Anforderungen stehen, die sich aus der vertraglichen Vereinbarung ergeben. Es können weitere Rechtsanforderungen bestehen, unabhängig von technischen Notwendigkeiten anderes zu beachten.

## 3. Empfehlung an bewertende Sachverständige

- a) Für Bewertung des Bestands sind Festlegungen in Regelwerken regelmäßig nicht verfasst. Technische Regeln sind: Werkzeuge, Handreichungen, Hilfsmittel zum Zweck, den Werkerfolg (perspektivisch) zu erzielen. Sie dürfen damit nicht uneingeschränkt als nach dem Wortlaut einzuhalten verstanden werden.

Technische Regeln sind nicht von sich aus grundsätzlich keine retrospektivische Verpflichtungen. Das können sie bei eigenständigen Rechtspflichten sein, etwa Beschaffen-

heitsvereinbarungen oder bauordnungsrechtliche Notwendigkeiten. Sonst bieten sie nur Orientierung.

Werden sie bei der Bewertung des bereits Er richteten als Maßstab verwendet, sind die abstrakten Festlegungen in die jeweils konkreten Bedingungen zu übertragen oder zumindest kritisch anzuwenden.

In Regelwerken enthaltene Festlegungen enthalten aufgrund dessen, dass sie für das noch nicht Vorhandene verfasst werden, größere Sicherheitszuschläge. Bei der Auseinandersetzung mit dem Bestand sind diese an die tatsächlichen Gegebenheiten so anzupassen, dass das Sicherheitsniveau gleichbleibt.

- b) Sachverständige sind keine Demoskopien, sie können Fragen nach Kenntnisständen in speziellen Fachkreisen unter Berufung ihres Bestellungsgebiets nicht beantworten, sondern lediglich persönliche Einschätzungen dazu äußern. Sie sollten deutlich darauf hinweisen, dass persönliche Einschätzungen zu einem Kenntnisstand in einem besonderen Fachkreis, etwa eines Fachkreises eines bestimmten Gewerks, von statistischen Erhebungen auch erheblich abweichen können. Sie sollten sich bewusst sein, dass Meinungen in Fachkreisen von Sachverständigen nicht mit Erfahrungen und Meinungen in Fachkreisen von Baubeteiligten übereinstimmen müssen.

## Begründungen:

### a) Grundlagen

Gesetze als Rechtsnormen beruhen auf einem moralisch-ethischen System mit dem Zweck, gesellschaftliches Zusammenleben zu ermöglichen. „Gesetz“ ist etwas Gesetztes, etwas Festgelegtes. Unter einem Dogma (altgr. „Meinung, Lehrsatz; Beschluss, Verordnung“) versteht man eine feststehende Definition oder eine grundlegende, normative (Lehr-)Meinung, deren Wahrheitsanspruch als unumstößlich festgestellt wird.

Gesetze werden als Regeln festgelegt und beruhen auf einem dogmatischen System. Das bedeutet im Idealfall, dass Gesetze ausführlich verhandelt und erst nach langen Diskussionen verfasst werden. Aber auch dann müssen Gesetze auf den Einzelfall angewendet werden. Das erfordert eine große Fachkenntnis.

Gesetze und Verordnungen unterliegen (heute in unserer Gesellschaft) weitgehend einem gesellschaftlichen Konsens. Die Mitglieder einer Gesellschaft akzeptieren diese Normen, z.B. das Grundgesetz, weitgehend freiwillig, wodurch sich eine bindende Wirkung entfaltet. Dies gilt aufgrund der demokratisch legitimierten Gesetzgebungsverfahren auch für darauf aufbauende, weitere Gesetze und Verordnungen, auch wenn nicht alle Mitglieder der Gesellschaft mit den Inhalten dieser Rechtsnormen einverstanden sind. Eine allen gerecht werdende Gesetzgebung kann es nicht geben, ebenso sind „Schlupflöcher“ unvermeidbar, durch die sich zwar nach dem Wortlaut gesetzeskonform, aber gegen Moral und Ethik handeln lässt.

Dabei enthalten rechtliche und technische Normen oft einen ähnlichen Charakter, sie haben oft eine vergleichbare Satzstruktur (das bedeutet eine „Wenn – dann – Struktur“: wenn das im Regelwerk Festgelegte eingehalten wird, dann ist die Folge, dass es funktioniert). Beide Bereiche beinhalten Regeln, sogenannte Soll-Vorgaben, die ein bestimmtes (gesellschaftliches oder technisches) Ergebnis erwarten lassen. Bei Verstößen kann die Sanktionierung aber deutlich unterschiedlich sein.

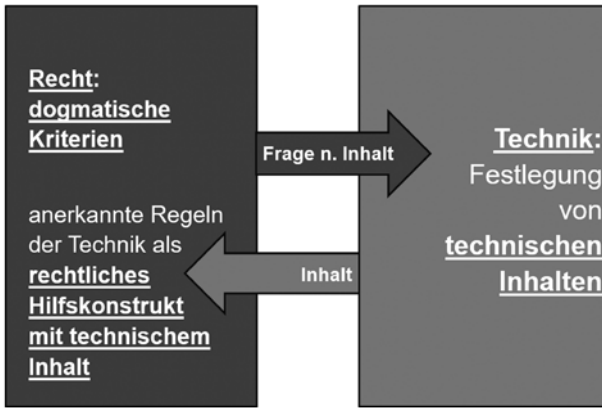
Auch unterscheiden sich die Verfahren, nach denen die Regeln entstehen. Rechtliche Regeln entstehen demokratisch oder demokratisch legitimiert, technische Regeln werden durch Gremien erarbeitet, deren Mitglieder nicht demokratisch legitimiert sind. Technische Regeln sollen technische Sachverhalte klären und nicht werkvertragliche Zuständigkeiten regeln. Sie sollen keinem der Baubeteiligten Pflichten auferlegen, sondern sich auf die Notwendigkeit einer Tätigkeit beschränken. In technischen Regeln haben daher Formulierungen wie: *der Planer hat für dieses oder jenes zu sorgen* keine Begründung, im besten Falle darf eine Regel fordern, dass eine bestimmte Sache zu planen ist.

Die Denksysteme von Juristen und Technikern sollten daher unterschiedlich sein. Die Rechtsdogmatik ringt zwar – vergleichbar der Ausarbeitung technischer Regeln – um die „richtigen“ Festlegungen, sie beruht aber auf von Menschen gemachten Systemen, etwa der Gesellschaftsordnung, Moral- und Ethikvorstellungen bzw. religiösen Ansätzen (im europäischem Verständnis hat sich Letzteres

erst mit der Säkularisierung bzw. dem Laizismus geändert, in anderen Kulturkreisen sind sie noch immer von zentraler Bedeutung). Diese Art der Festlegungen ist zentraler Kern unseres Gesellschaftssystems, wer dagegen verstößt, läuft Gefahr, staatlich sanktioniert zu werden.

Techniker dagegen sollten sich an der Brauchbarkeit und Gebrauchstauglichkeit orientieren. Die Nichteinhaltung von technischen Regeln darf nicht zu gleichartigen Sanktionen führen wie die von rechtlichen Gesetzen. Die Missachtung einer technischen Norm sollte nicht als Selbstzweck, sondern hinsichtlich der Frage bewertet werden, ob sie denn im konkreten Anwendungsfall notwendig ist. Leider greifen Sachverständige häufig einer rechtlichen Bewertung vor, wenn sie unreflektiert die Einhaltung von technischen Regeln fordern, ohne kausale Zusammenhänge zu klären oder zu unterscheiden, wozu oder wogegen eine technische Anforderung steht. Sachverständigenbewertungen sollen sich aber auf die technischen Zusammenhänge beschränken – dazu gehört die wohlüberlegte Anwendung einer technischen Regel auf den Einzelfall. Ob neben der Klärung der technischen Notwendigkeit eine bestimmte Regel einzuhalten ist oder nicht, ist dann keine technische Frage mehr, sondern bedarf der juristischen Bewertung. Die Kausalzusammenhänge und die technische Prognose werden dann Bestandteil der nachfolgenden juristischen Würdigung, die z.B. den betroffenen Auftragnehmer in die Lage versetzen können, den Einwand des unverhältnismäßig hohen Aufwands im Bezug zum Werkerfolg zu erheben – falls eine unter technischen Maßstäben technisch irrelevante Regelung eines Regelwerk vertraglich vereinbart gewesen sein sollte.

Juristen brauchen bei technischen Aspekten Unterstützung und fragen Techniker nach den Inhalten der anerkannten Regeln der Technik. Sie arbeiten in einem durch Gesetze und Verordnungen geprägten dogmatischen Denksystem und erwarten i.d.R. eine Antwort, die ebenfalls dieser Denkweise unterliegt. Techniker dagegen arbeiten (im Idealfall) in einem naturwissenschaftlichen System, das den rechtsdogmatischen Anspruch nicht kennt, sondern den dogmatischen Anspruch der wissenschaftlichen Richtigkeit. Aufgrund der unterschiedlichen Denksysteme entsteht die Gefahr von



Misverständnissen, vergleichbar mit einer Unterhaltung in verschiedenen Sprachen.

Verzahnung zwischen Recht und Technik: Missverständnisse sind aufgrund der unterschiedlichen Denksysteme nicht ausgeschlossen.

Die Antwort aus dem technischen Bereich kann in der juristischen Denkweise eine falsche Vorstellung hervorrufen. Gutachten sind in vielen Fällen richtig und belastbar. Sie können aber unter rechtlichen Gesichtspunkten fehlerhaft und scheinbar genau sein. Ungünstigstenfalls greifen sie juristischen Bewertungen vor oder geben nur die private Meinung von einem oder zwei Sachverständigen wieder, die diese für anerkannte Regel der Technik halten.

#### b) Leistungsbeschreibungen

Bauteile eines Objekts sollten unmissverständlich und so genau beschrieben werden, dass einerseits die wichtigen Eigenschaften bei Vertragsabschluss transparent sind, andererseits ein für individuell errichtete Werkleistungen sinnvoller Spielraum für alternative Lösungen gelassen wird. Um die Gebrauchstauglichkeit sicherzustellen, bezieht man sich seit alters her auf die Regeln der Baukunst, die heute als anerkannte Regel der Technik (a.R.d.T.) bezeichnet werden. Den a.R.d.T. kommt damit juristisch eine sehr große Bedeutung zur (auch nachträglichen) Bestimmung des Leistungssolls zu. Regelmäßig bleibt offen, wie dieses Leistungssoll ermittelt werden soll. Nicht selten werden aber kurzerhand a.R.d.T. mit DIN-Normen und andere Regelwer-

ke gleichgesetzt. Die zum Beispiel vom AIBau gGmbH im Rahmen von Forschungsprojekten regelmäßig durchgeführten Umfragen in verschiedenen Fachkreisen der Baubeteiligten, der Planer und der Sachverständige zeigen, dass es nur sehr selten eine „herrschende Meinung“ gibt. Die Auffassung, was den anerkannten Regeln der Technik entspricht (oder auch nicht), ist weniger von technischen Unrichtigkeiten, sondern vielmehr von Überzeugungen, Meinungen, Traditionen, Konventionen und Ergebnissen von Verhandlungen geprägt. Diese ändern sich aber:

#### Beispiel 1:

KMB (heutige Bezeichnung PMBC, polymer modified bituminous thick coatings) waren Jahrzehnte an erdberührten Wänden erfolgreich angewendet worden, bevor sie im Normenentwurf und dann in der Fassung der DIN 18195 von August 2000 für bestimmte Lastfälle aufgenommen wurden. Sie erfüllen unter bestimmten qualitätssichernden Maßnahmen, die auch heute noch gelten, die Zielsetzung der uneingeschränkten Verwendungseignung, wobei selbstverständlich handwerklicher Pfusch in konkreten Einzelfällen nicht die grundsätzliche Eignung aussetzt.

#### Beispiel 2:

Der Feuchteschutz durch bahnenförmige Abdichtungen unter Estrichen in Innenräumen von Krankenhäusern mit hoher Wassereinwirkung erfüllt wegen der Probleme planmäßig wasserdurchdrömer, dicker Bauteilschichten und den damit befürchteten Hygieneproblemen nicht unbedingt die Erwartungshaltung von Bestellern an die Verwendungseignung, wenn sie „nur“ unter dem Estrich abgedichtet werden und keine weiteren Abdichtungen im Verbund unmittelbar mit der Nuttschicht vorhanden sind. Das gilt trotz der langjährigen Bauweisen mit Abdichtungen unter dem Estrich ohne zusätzliche Abdichtungsschichten im Verbund mit den Belägen, die auch in der neuen Abdichtungsnorm DIN 18534 Innenraumabdichtungen noch vorgesehen sind –

nur muss (nach dieser Norm und ohnehin) festgelegt werden, ob sie im Einzelfall geeignet sind.

### Beispiel 3:

WU-Konstruktionen zählen auch ohne zusätzliche Abdichtungsschichten oder außenseitigen, kapillarsperrenden Schichten seit Mitte der 2000er Jahre auch bei hochwertiger Nutzung zu den grundsätzlich zur Verwendung geeigneten Konstruktionen, weil wissenschaftliche Untersuchungen nicht nur an Laborprüfkörpern, sondern auch durch Evaluation an ausgeführten Objekten deren Eignung festgestellt haben<sup>11</sup>

Durch die Einführung der industriellen Produktion von Massengütern unterliegen Bauweisen in der Baugeschichte noch nie vorhandenen Innovationen und damit verbundenen Änderungen. Für viele Produkte und Techniken gilt: der jeweils neueste technische Stand kann sich (noch) nicht in der Praxis bewährt haben. Bei Bauweisen, bei denen sich trotz einer anfänglichen Bewährung später Risiken herausstellen, stellt sich die Frage, ob und wann sie a.R.d.T. sind, z.B. Brandszenarien von außen bei WDVS mit EPS.

Genauso aber relativieren Veränderungen von Baustoffeigenschaften, Erkenntnisgewinne durch Untersuchungen etc. die Bedeutung vorhandener Regeln oder erfordern deren Änderungen.

### c) Technischer Hilferuf an Juristen

Die nicht mehr erfüllbare Erwartung von Juristen an Techniker, Inhalte von anerkannten Regeln der

Technik aufzuklären, führt zum Bedarf einer Neudefinition. Der ist nötig, damit Sachverständige die ihnen gestellte Aufgaben zur Schließung von juristischen Lücken bei der Anwendung von Regelwerken und technischen Notwendigkeiten erfüllen können. Sie dürfen nicht mehr angehalten werden, mit einem veralteten Begriff *der allgemein anerkannten Regeln der Technik* heute nicht mehr zu füllende, aber auch irrelevante Inhalte Scheingenaugigkeiten darzustellen, die Sachverständige nicht verantworten können.

Baubeteiligte und Sachverständige benötigen Handreichungen, damit sie sich unter Berücksichtigung von Vertragsauslegungen vertragskonform verhalten können. Es ist daher erforderlich, auch in Zukunft brauchbare Definitionen zu finden, um Missverständnisse und Streitpotenziale auszuräumen. Dazu ist es erforderlich, von den heute nicht mehr zeitgemäßen Anforderungen, die sich aus der bisherigen Rechtsprechung *der allgemein anerkannten Regeln der Technik* ergeben, Abstand zu nehmen und sich auf den Zweck dieser Regelungen zu besinnen. Zur Transparenz dieser Notwendigkeiten ist es hilfreich, den Begriff des *anerkannten Stands der Technik* einzuführen und gleichzeitig zu erläutern.

---

11 Oswald, Praktische Erfahrungen bei hochwertig genutzten Räumen mit WU-Betonbauteilen – Anmerkungen zur neuen WU-Richtlinie des DAfStb. Tagungsband der Aachener Bau-sachverständigentage 2004: Risse und Fugen in Wand und Boden, Vieweg Verlag, 2004.



# Arbeitskreis IX – Innovative Vertragsmodelle

## Arbeitskreis-Mitglieder

RA Dr. Wolfgang Breyer, Stuttgart (AK-Leiter)

RA Dr. Alfons Schulze-Hagen, Mannheim (AK-Leiter)

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln

Dipl.-Ing. Heinz Ehrbar, DB-Netz AG, Frankfurt

Prof. Dr.-Ing. Dipl. Kfm. Shervin Haghsheno, Karlsruher Institut für Technologie (KIT), Karlsruhe

Markus Lentzler, Managing Director Architecture & Construction, ECE Projektmanagement GmbH & Co. KG, Hamburg

RA Claus H. Lenz, Köln

Prof. Dr.-Ing. Peter Racky, Universität Kassel

RA Prof. Thomas Thierau, Bonn

Bernhard Bartmann, EUROMAF SA, Düsseldorf

## Referenten

Markus Lentzler

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb

RA Dr. Wolfgang Breyer

## Thema des Arbeitskreises

Mehrparteienverträge für komplexe Bauprojekte: Bedarf, Lösungsansätze und rechtliche Überlegungen.

## I. Einleitung

Fortführend und aufbauend auf den ersten Analysen des AK XI wurden weitergehenden Betrachtungen vorgenommen. Da es mittlerweile konkrete Projekte auf Basis von Mehrparteienverträgen gibt und sich die Arbeit des AK XI auch an deren praktischer Umsetzung orientieren soll, wird nachfolgend zunächst ein Projekt der ECE in Hamburg nebst dahinterstehender Motivationslage zur Verwendung eines IPA (Integrierte Projektabwicklung)-Mehrparteienvertrages dargestellt. Es folgen Gedanken zu dem dort angewendeten Haftungsregime und weitergehende und auch grundsätzliche Ausführungen zur rechtlichen Einordnung derartiger Verträge.

## II. Integrierte Projektabwicklung mit Mehrparteienvertrag beim Kongresshotel Hafencity Hamburg

### Rahmenbedingungen:

Die ECE Projektmanagement G.m.b.H. & Co. KG entwickelt eine komplexe Immobilie im östlichen Bereich der Hafencity in Hamburg.

Es handelt sich dabei um eine Hotelnutzung mit 3 Sterne Long-Stay- und 4 Sterne Short-Stay Bereich mit insgesamt 650 Zimmern, einem Kongressbereich für ca. 1.100 Personen, einer Tiefgarage mit ca. 200 Stellplätzen und einer Bürofläche von ca. 6.000 m<sup>2</sup>.

Der Planungszeitraum beträgt etwas mehr als 2 Jahre, die Bauzeit wird voraussichtlich 3 Jahre betragen. Dem eigentlichen Planungszeitraum ist eine komplexe Anhandgabeverhandlung mit der Stadt Hamburg und ein beschränkter Architektenwettbewerb vorgeschaltet.

Zum Zeitpunkt des Architektenwettbewerbs und des Planungsbeginns stehen weder die Hotelpächter noch die Büronutzer fest.

Das Grundstück, im östlichen Bereich der Hafencity Hamburg gelegen, ist bereits vollständig erschlossen. Die neu errichteten Straßen westlich und südlich des Baugrundstücks dienen neben der eigentlichen Erschließung gleichzeitig dem winterlichen Hochwasserschutz. Östlich des Baugrundstücks grenzt unmittelbar ein Tunnel/Brückenbauwerk der Hamburger Hochbahn an. Aufgrund der äußerst weichen Baugrundverhältnisse ist das Tunnelbauwerk, welches direkt am Baugrundstück in ein Brückenbauwerk übergeht umfangreich rückverankert.

Da erhebliche Setzungsgefahren drohen, sind für das Baugrundstück, das unmittelbar an das Tunnel-/Brückenbauwerk angrenzt maximale Setzungen von 1 cm festgelegt.

Darüber hinaus befindet sich das Baugrundstück einerseits auf gewachsenem, weichem Boden, andererseits auf einem zugeschütteten Hafengebiete mit alten Kaimauern und einer Schleusenanlage.

Die komplexen Unsicherheiten in der Entwicklung, bezüglich der potenziellen Betreiber, der er-

heblichen Risiken im Baugrund, dem vorgeschalteten Architektenwettbewerb und der recht langen Prognose für die Planungs- und Bauzeit treffen auf eine Marktsituation, in der sich die Auslastung der Bauwirtschaft auf einem historischen Hoch befindet.

Gleichzeitig erlebt die Branche nie dagewesene Veränderungen aus IT-basierten Abwicklungsmodellen wie BIM und Lean-Management.

Die heutige Kapazitätsauslastung in der Branche führt einerseits zu massiven Baupreissteigerungen, andererseits verlangt die Volatilität der zukünftigen Trends neben einem neuen Risikomanagement andere Wege der Zusammenarbeit.

Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass es der Branche historisch bisher nicht gelungen ist, ihre Produktivität zu steigern und darüber hinaus die geringe Attraktivität des Baugewerbes einen massiven Überhang an offenen Stellen, sowohl in den gewerblichen Berufen, als auch bei den Ingenieuren verursacht.

Ein Ende dieses Trends ist nicht absehbar.

Die oben beschriebenen schwierigen Randbedingungen für die Entwicklung einer nachhaltigen, in die Zukunft gerichteten Projektentwicklung verlangen ein Überdenken unserer tradierten Vorgehensweise bei der Abwicklung von Planen und Bauen.

Die strikte Trennung zwischen Planung und Ausführung führt dazu, dass im Projektverlauf kein gemeinsames Verständnis der Bauaufgabe aller Beteiligten besteht. Dies führt regelmäßig zu Missverständnissen und Fehlentscheidungen. Darüber hinaus werden weder Risiken, noch Chancen rechtzeitig erkannt und behandelt.

Der Produktionsprozess, der großen Einfluss auf Qualität, Kosten und Zeit hat wird in der Bauwerksplanung nicht berücksichtigt. Das Wertschöpfungspotential in der gesamten Prozesskette wird somit nur unzureichend ausgeschöpft.

Die mangelnde Integration aller Beteiligten und die bilateral geschlossenen Verträge bieten keinen Anreiz für Wertschöpfungsorientierung.

Eigene Projektziele bzw. vertraglich vereinbarte Ziele liegen im jeweils ökonomischen Einzelinteresse. Finanzielle Ressourcen werden nach Vertrags-

abschluss restriktiv zugeordnet. Projektmitarbeiter werden von Kollaboration und Zusammenarbeit abgehalten. Innovationspotential wird somit nicht gehoben.

Die hierarchischen Aufbauorganisationen erschweren Kommunikation, Entscheidungsfindung und Risikomanagement.

Dies sind Hemmschwellen für moderne Managementmethoden wie Lean-Management oder BIM.

Zusammengefasst stellt die spezifische Grundstückssituation, die Unklarheit bezüglich der finalen Nutzer, die lange Laufzeit des Projektes aus Sicht der ECE ein sehr hohes Risikopotential dar.

Bisherige bilaterale Vertragsmodelle, auch diejenigen, die bereits eine gemeinsame kooperative Zusammenarbeit in der Planungsphase begründen, bieten keine ausreichende Sicherheit für das Management auftretender Risiken.

Darüber hinaus ist die tiefe Einbindung entscheidender Lieferanten bzw. Unternehmer bei diesen Verfahren nicht gängige Praxis.

Das Projektvolumen, die spezifische Marktsituation, der spätere Einfluss der dann feststehenden Betreiber wird zu erheblichen Änderungen in der Bauphase führen. Die Eintrittswahrscheinlichkeit wird von der ECE als sehr hoch bewertet.

Daraus resultiert die Notwendigkeit, auftretende Risiken proaktiv im Sinne des Gesamtprojekts zu managen und Projektkosten im Laufe der Zeit zu optimieren.

Eine konventionelle Abwicklungsform bei den vorgenannten Rahmenbedingungen führt zu hohen Risiken.

Ein Systemwechsel im Sinne des – Best for Project – Gedanken ist aus Sicht des Bauherrn notwendig.

Entsprechende Situationen haben in internationalen Märkten bereits seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts zu Partnerschaftsmodellen geführt.

So finden neben den Project Alliance Contracts (Australien, Finnland) und Project Partnering Contracts (UK) insbesondere seit den 2000er Jahren integrierte Projektabwicklungen (Integrated Project Delivery, USA, Kanada) vermehrt Anwendung.

Verschiedenen Entwicklungen in Deutschland, die von der Initiative Teambuilding und dem German Lean Construction Institute von Marktteilnehmern aus der Bauindustrie, Bauherren, Planern, Juristen und Universitäten ins Leben gerufen wurden, um die Möglichkeit neuer Projektentwicklungsmodelle aus den verschiedenen Perspektiven und Notwendigkeiten zu diskutieren, kommen zu dem Ergebnis, dass es sinnvoll ist, bei großen komplexen Projekten mit erheblichen Änderungs- und Risikopotenzialen die strikte Trennung beim Planen und Bauen aufzuheben.

Eine Zusammenarbeit im Sinne von Best for Project ermöglicht allen Beteiligten bereits in der Planungsphase Risiken zu adressieren und zu managen, Chancen zu identifizieren und zu nutzen und schafft somit einen Anreiz für eine kollaborative Zusammenarbeit.

Die integrierte Projektentwicklung steht auf vier wesentlichen Säulen.

Die Kultur: Haltung und Verhalten.

Die Organisation: integriertes Arbeiten.

Die Ökonomie: wertschöpfungsorientierte finanzielle Anreize.

Die Methoden: Effizienz, Kollaboration, Transparenz.

Die Basis bildet der Mehrparteienvertrag, bei dem ein Mehr an Zusammenarbeit zu einem Weniger an Haftung führt.

Mit der Integrierten Projektentwicklung mit Mehrparteienvertrag hat die ECE bei ihrem Projekt Kongresshotel HafenCity Hamburg zusammen mit ihren Projektpartnern Züblin, Lindner, ZWP, GMP das erste Pilotprojekt in Deutschland begonnen.

Die oben beschriebenen Säulen finden im Projekt folgende Anwendung.

#### **Kultur:**

Integrierte Projektentwicklung setzt auf ein hohes Maß an Kollaboration. Die Haltung und das Verhalten aller Projektbeteiligten spielt eine entscheidende Rolle. Ohne diese Haltung kann das Projektentwicklungsmodell nicht erfolgreich sein.

Somit besteht eine wesentliche Führungsaufgabe darin, eine kollaborative Kultur im Projekt zu entwickeln.

Alle Führungskräfte und Projektbeteiligte haben sich in einer Projektcharta zu Werten und Grundsätzen der Zusammenarbeit verpflichtet.

Neben Transparenz, Offenheit, Ehrlichkeit, sowie respektvollem und wertschätzenden Umgang untereinander bilden eine offene und konstruktive Fehler- und Feedbackkultur und die Bereitschaft zum kontinuierlichen Lernen eine wichtige Basis.

Um diese Werte und Grundsätze der Zusammenarbeit zu messen, haben die Beteiligten das KIT In Karlsruhe beauftragt, einmal im Quartal ein Kooperationsbarometer der Zusammenarbeit durchzuführen.

#### **Organisation:**

Kultur braucht Strukturen und Prozesse.

Die Projektorganisation besteht aus einem Projektmanagement Team und einem Senior Management Team. Diese tagen regelmäßig nach festgelegten Zyklen.

Ebenfalls sind im Mehrparteienvertrag die Entscheidungskompetenzen dezidiert beschrieben.

Eskalationsstufen und Konfliktmanagement sind ebenfalls vertraglich fixiert.

So hat man sich für ggf. notwendige ADR-Verfahren bereits auf einen Mediator und einen Adjudikator geeinigt.

#### **Ökonomie:**

Die ökonomischen Interessen aller Projektbeteiligten sind auf die Erreichung der Projektziele ausgerichtet. Das heißt, Kollaboration und Entscheidungen im Sinne von Best for Project liegen im ökonomischen Interesse aller Beteiligten. Die Beteiligten sollen einen ökonomischen Anreiz haben, Probleme und Risiken frühzeitig zu kommunizieren.

Die Beteiligten sollen weiterhin einen ökonomischen Anreiz haben, Vorschläge für gute Lösungen zu entwickeln und an der Lösungsfindung proaktiv mitzuwirken. Darüber hinaus soll der ökonomische Anreiz dazu dienen, bei auftretenden Problemen lösungsorientiert zu handeln und nicht

auf Konfrontations- oder Verteidigungsstrategien umzuschwenken. Dementsprechend sind die Zielkosten des Projekts in einem Anteil direkte Kosten, bestehend aus den allgemeinen Geschäftskosten, den Baustellengemeinkosten und den Einzelkosten der Teilleistungen sowie einen Risikotopf mit der Bewertung der Unwägbarkeiten zum Zeitpunkt der Festlegung der Zielkosten einerseits und dem Gewinn, d.h. den prozentualen Gewinnen der Teilnehmer am Mehrparteienvertrag, andererseits aufgeteilt.

Der Gewinn, der Risikotopf und ggf. Einsparungen gegenüber den direkten Kosten werden dem Chancen-Risiko-Pool zugeführt. Die Verteilung derselben erfolgt am Ende des Projekts nach festgelegten Kriterien, wie z.B. den vorher vereinbarten ermittelten prozentualen Anteilen der Parteien. Darüber hinaus können Key-Performance-Indikatoren (KPI) bei entsprechender Zielerreichung ausgeschüttet werden.

### Methoden:

Lean als Management Philosophie

Basis bildet das „Lean“. Der Wert für den Kunden steht im Fokus. Verschwendung sowohl von Arbeitszeit, als auch von Material wird reduziert. Eine kontinuierliche Verbesserung wird ständig im Prozess angestrebt. Der Respekt für den Menschen bildet ein festes Fundament.

Die Grundsätze sind Kundenwert und Wertstrom. Fluss- und Pullprinzipien werden angewendet. Insgesamt strebt das Team bei Anwendung von Lean Management nach Perfektion.

Als Methoden eignen sich Target Value Design (TVD), Zusammenarbeit in einer Co-location, die Anwendung des Last Planner Systems (LPS), Taktplanung und -steuerung sowie Building Information Modelling (BIM) mit ihren jeweiligen Werkzeugen, wie z.B. A3-Report, Kanban oder dem BIM Abwicklungsplan (BAP).

All diese vorbenannten Säulen bilden das Fundament und die Voraussetzungen für einen Mehrparteienvertrag, der zusammengefasst folgende Besonderheiten aufweist. Den Geist des Vertrags bildet die Mission – Best for Project –. Der Vertrag ist ein relationaler Vertrag. Die Regeln der Zusammenarbeit – die „Spielregeln“ – stehen im Vordergrund.

Die Projektziele sind gemeinsame Projektziele, die mit Hilfe einer integrierten Organisation, festgelegten Entscheidungs- und Konfliktlösungsmechanismen, „lean“ Projektmanagement- und Planungsmethoden und einem Vergütungsmodell mit Anreizsystem erreicht werden sollen.

Die weitgehenden Haftungseinschränkungen aller Partner untereinander, insbesondere in der gemeinsamen Planungsphase, fördern Innovation und Kollaboration. Nur so lassen sich die vielfältigen und komplexen Herausforderungen bei der Planung und dem Bauen von Großprojekten, die oftmals auch über einen sehr langen Zeitraum andauern, für alle Parteien wirtschaftlich und mit klarem Risikomanagement bewältigen.

Die Partner im Mehrparteienvertrag Kongresshotel HafenCity Hamburg haben bereits erste positive Erfahrungen sammeln können und sind gerade im Begriff, die relevanten haustechnischen Gewerke mit in das Konstrukt einzubeziehen. Dies ist ein weiterer Meilenstein in der Strukturveränderung von Planen und Bauen in Deutschland.

### III. Rechtliche Fragestellungen zum Haftungsregime

Um das Projekt „Kongresshotel HafenCity Hamburg“ erfolgreich zu verwirklichen, ist ein spezielles Haftungskonzept vorgesehen.

#### 1. Grundsätzliche Vorstellung des Haftungskonzepts

Es wird ein Haftungsverzicht in den Grenzen des § 276 Abs. 3 BGB zwischen allen Parteien des Mehrparteienvertrages für alle Leistungen, die im Rahmen der ersten Phase (Planungsphase) erbracht werden vereinbart, während die gesetzliche Haftung der Parteien gegenüber dem Bauherrn,<sup>1</sup> die Bauleistungen während der Phase 2 erbringen, unberührt bleibt.

Hintergrund ist folgender: Das Haftungskonzept sieht eine vorbehaltlose Kooperation zwischen den Beteiligten vor. Der dargestellte Ansatz, in einem frühzeitigen Stadium der Planung möglichst viel und nachhaltig Expertise einzubeziehen, dient dazu, höhere Planungstiefe und Qualität und hieraus resultierend einen hohen Grad an Verlässlich-

<sup>1</sup> Hauptleistungspflichten wie Planung und Bauleistung werden nur gegenüber dem Bauherrn geschuldet.

keit hinsichtlich Kosten und Terminen darzustellen. Hohe Qualität im Sinne eines „Best Value for Project“ beinhaltet auch die Förderung innovativer Ansätze. Bleibt es bei einer grundsätzlichen gesetzlichen Haftung der am Planungsprozess Beteiligten, besteht die Gefahr, dass innovative Ansätze hierdurch gehemmt werden.

Darüber hinaus wird durch die erwünschte frühzeitige Integration mehrerer Beteiligter in den Planungsprozess und deren aktive Mitwirkung und dem damit verbundenen intensiven Austausch im Sinne einer gemeinsamen Planung eine Situation geschaffen, die es schwierig macht, einzelne Verursachungsbeiträge für einen etwaigen Planungsfehler oder eine Unvollständigkeit der Planung zu identifizieren. Haben die Parteien allerdings Sorge vor einer Haftung für ihre Beiträge, besteht die Gefahr, dass zum einen der erwünschte kooperative Austausch gehemmt wird und zum anderen, dass verschiedene Beteiligte bewusst versuchen, ihre Beiträge von denen der anderen abzugrenzen, um ihren eigenen Beitrag später als mangelfrei darstellen zu können, mithin den Fehler bei anderen an der Planung Beteiligten zu suchen.

Ein weiterer Grund, der in der Abwägung der Vor- und Nachteile eines Haftungsverzichts eine Rolle spielt, ist folgender:

Wird ein Planungsfehler bereits in der Planung erkannt, ist dessen Beseitigung in der Regel relativ unproblematisch, jedenfalls im Vergleich zu der Situation, in der sich ein unerkannter Planungsfehler in der Bauausführung verwirklicht. Da das bei dem Projekt verwendete Konzept gerade durch die intensive Zusammenarbeit und die gegenseitigen Prüf- und Warnpflichten versucht, Planungsfehler frühzeitig zu identifizieren und zu beseitigen, wird dem Umstand des Planungsfehlers in dieser Form unter Intensivierung des Ansatzes der Vermeidung hinreichend Rechnung getragen. Haftungsfälle reduzieren sich nach den einschlägigen Erfahrungswerten allein hierdurch.

Das hat freilich auch Konsequenzen für die vom Haftungsverzicht unberührt bleibende Haftung für die Ausführung von Bauleistungen.

Die grundsätzliche Verantwortung des ausführenden Unternehmers für eine mangelhafte Leistung, die auf einem Fehler in der Leistungsbeschreibung (und damit auch in der Planung) des Auftragge-

bers beruht, entspricht dem Leitbild der VOB/B, das sich in § 13 Abs. 3 VOB/B zeigt. Der Unternehmer ist verantwortlich für derartige Mängel, „...es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Absatz 3 VOB/B<sup>2</sup> obliegende Mitteilung gemacht“, also Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung angemeldet. Dabei geht die VOB/B von einer Trennung zwischen Planung und Ausführung aus; der Unternehmer ist nicht am Planungsprozess beteiligt („Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder Anordnungen des Auftraggebers...“).<sup>3</sup> Das hier verwendete Haftungskonzept beinhaltet den gegenteiligen Ansatz der aktiven Integration des Unternehmers in der Planungsphase. Danach „passt“ eine Regelung wie in § 13 Abs. 3 VOB/B, wonach der ausführende Unternehmer sich durch eine Bedenkenanmeldung von der grundsätzlichen werkvertraglichen Haftung entlasten könnte, nicht, da er je nach Art und Umfang seines Planungsbeitrags gegen seine eigene Planung<sup>4</sup> Bedenken anmelden müsste. Da das Konzept jedoch für die gesamte Phase 1 einen Haftungsverzicht vorsieht, ist es nur folgerichtig, den ausführenden Unternehmer von der Haftung für eine mangelhafte Ausführung zu befreien, die auf Fehlern in der Phase 1 beruht.

Es erscheint daher folgerichtig, dass Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln, die (allein) auf einem Planungsfehler beruhen, als erstattungsfähige Kosten des Unternehmers anzusehen sind und daher insgesamt im System die Kosten erhöhen und die entsprechenden Gewinnanteile der Parteien reduzieren, mit anderen Worten zu Lasten des gesamten Teams gehen.

## 2. Zulässigkeit des Haftungsverzichts

Vertragliche Haftungsbeschränkungen sind grundsätzlich zulässig.<sup>5</sup> Nicht ausgeschlossen werden kann jedoch gem. § 276 Abs. 3 BGB die Haftung des Schuldners für Vorsatz. Dieses Verbot erfasst auch Haftungsbeschränkungen der Höhe nach.<sup>6</sup> Für einen Haftungsverzicht in AGB gelten zudem

2 Entsprechendes gilt auch im BGB-Vertrag, BGH, Urt. v. 23.10.1986 – VII ZR48/85, BauR 1987, 79 m.w.N.

3 Zu Letzteren gehören Planungen des Auftraggebers, Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 6. Aufl., § 13 Rdnr. 88.

4 Oder gegen die eines Team-Mitglieds, die er zu überprüfen hatte.

5 Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 276, Rdnr. 35.

6 BGH, NZG 2012, 711 (714); Palandt/Grüneberg, a.a.O.

die §§ 307, 309 Nr. 7 BGB, wonach ein Haftungsausschluss sowohl für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, als auch insgesamt bei grob fahrlässigen Pflichtverletzungen des Verwenders unwirksam ist. Aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergibt sich zudem, dass bei der Verletzung sog. Kardinalspflichten, also wesentlicher Vertragspflichten, die Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>7</sup>

Im Rahmen dessen sind die Vertragsparteien in der Ausgestaltung eines Haftungsverzichts frei.

### 3. Inhalt und Umfang des Haftungsverzichts

Der Haftungsverzicht erstreckt sich auf alle in der ersten Phase erbrachten Planungsleistungen und erfasst jedes Mitglied des Planungsteams, also auch ausführende Unternehmer.

Die Haftung im Rahmen der zweiten Phase richtet sich grundsätzlich nach den gesetzlichen Regelungen.

### 4. Umgang mit Nachunternehmern

Das Konzept sieht vor, dass ein Nachunternehmer nicht von der für ihn zuständigen Partei ausgewählt wird, sondern von allen gemeinsam.<sup>8</sup> Dies liegt ganz im Sinne der gemeinsamen Verantwortung der Parteien für das gemeinsame Projekt. Im Rahmen der Bauausführung wird hinsichtlich der Haftung der innerhalb des Mehrparteienvertrages für den Nachunternehmer zuständigen Partei differenziert. Lässt die Partei im Rahmen der Bauausführung Leistungen durch einen Nachunternehmer erbringen und verursacht dieser einen Mangel, der auf einer fehlerhaften Planung beruht, haftet die verantwortliche Partei den übrigen Vertragspartnern gegenüber nicht, wenn sie keine Ansprüche aus einem solchen Sachverhalt gegenüber ihrem Nachunternehmer durchsetzen kann. Kann die verantwortliche Partei aber Ersatz von ihrem Nachunternehmer verlangen, etwa weil dieser im Rahmen eines VOB/B-Vertrages keine Bedenken angemeldet hat,<sup>9</sup> so haftet die verantwortliche Partei gegenüber den anderen Parteien in dem Umfang, in dem sie sich beim Nachunternehmer schadlos halten kann. Verursacht allein der Nachunternehmer einen Mangel oder Schaden,

gilt dasselbe. Es gibt keine eigene Haftung der zuständigen Partei für den Nachunternehmer. Das ist die konsequente Folge der gemeinsamen Auswahl eines Nachunternehmers – das Auswahlrisiko tragen alle Parteien gemeinsam.

### 5. Haftung der Parteien des Mehrparteienvertrages untereinander – Rechtswirkungen des Haftungsverzichts

Da die Haftung im Rahmen der Planungsphase zugunsten aller Parteien beschränkt ist, bestehen dort hinsichtlich des Umgangs mit Pflichtverletzungen keine rechtlichen Besonderheiten: Etwaigen Forderungen kann jeweils der vereinbarte Haftungsverzicht als rechtsvernichtende Einwendung<sup>10</sup> entgegen gehalten werden kann.

Fraglich ist, ob im Mehrparteienvertrag das Planungsteam im Verhältnis zu den bauausführenden Parteien Erfüllungsgelhilfe des Bauherrn i.S.d. § 278 BGB („Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte“) ist. Danach entscheidet sich dann auch, ob der Bauunternehmer dem Anspruch des Bauherrn den Einwand des Mitverschuldens gem. § 254 BGB entgegenhalten kann.

Erfüllungsgelhilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als Hilfsperson tätig wird.<sup>11</sup> Auch Obliegenheiten unterfallen dem Anwendungsbereich des § 278 BGB. Ausdrücklich ordnet dies § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB an.<sup>12</sup> Den Bauherrn trifft generell die Obliegenheit gegenüber dem Bauausführenden, mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Bei der rechtlichen Einordnung ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Planungsteam nicht nur als Hilfsperson des Bauherrn tätig wird,

7 Palandt/Grüneberg, 78. Aufl. 2019, § 309, Rdnr. 48.

8 Vorliegend durch das Projektmanagement Team durch einstimmigen Beschluss.

9 Das wird i.d.R. nur teilweise der Fall sein, da die (fahrlässig) unterlassene Bedenkenanmeldung i.R.d. § 13 Abs. 3 VOB/B nicht zu einer vollständigen Haftung des Unternehmers für Planungsfehler des Auftraggebers führt, vgl. Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 6. Aufl. 2018, § 13 Rdnr. 106.

10 Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Kommentar, § 404 Rdnr. 2.  
11 BGH, Urt. v. 21.04.1954 – VI ZR 55/53, JurionRS 1954, 10479; BGH, Urt. v. 09.10.1986 – I ZR 138/84, JurionRS 1986, 13248.

12 MünchKomm.-Grundmann, BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 278 Rdnr. 24.

sondern auch im Sinne aller anderen Parteien der Mehrparteienvereinbarung, zudem die ausführenden Parteien an der Planung selbst beteiligt sind.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie eine Situation einzuordnen ist, in der eine Vertragspartei bei der Bauausführung einen Mangel verursacht, der auch auf einer fehlerhaften Planung einer anderen planenden Partei beruht.

In diesem Fall könnte eine gesamtschuldnerische Haftung zwischen dem bauausführenden Unternehmer und den Planern anzunehmen sein. Allerdings wird sich der planende Partner auf den Haftungsverzicht in Phase 1 berufen. Die Gesamtschuld wäre gestört.

Auch eine „doppelt“ gestörte Gesamtschuld ist denkbar, wenn sowohl die den Fehler verursachende planende Partei wie auch der Bauunternehmer (einzeln) dem Bauherrn einen Haftungsverzicht entgegenhalten können. Dies könnte dann der Fall sein, wenn eine planende Partei eine fehlerhafte Planung erstellt, die ausführende Partei den Fehler ausführt, mithin einen Mangel verursacht, dabei aber die Fehlerhaftigkeit als Mitglied des Planungsteams fahrlässig nicht erkennt und eine entsprechende Bedenkenanzeige unterlässt. Sieht man die unterlassene Bedenkenanmeldung als fehlerhaften Planungsbeitrag, könnte in dieser Konstellation sowohl das Planungsteam als auch der Bauunternehmer (einzeln) dem Bauherrn einen Haftungsverzicht entgegenhalten.

Bei derartigen Konstellationen stellt sich zudem die Frage, ob nicht schon zu Beginn der Prüfung das Vorliegen einer Gesamtschuld verneint werden kann. Noch besser: Der Vertrag regelt diese Fälle so, wie es die Parteien wollen.

## 6. Haftungsbeschränkung auf die Versicherungssumme bei Projektversicherung

Gerade bei Großbauvorhaben sind Projektversicherungen, die für alle an der Planung und Ausführung des Projekts Beteiligten Versicherungsschutz anbieten, keine Seltenheit.<sup>13</sup> Eine Projektversicherung bietet sich an, da alle am Mehrparteienvertrag Beteiligten eng zusammenarbeiten. Dadurch wird es schwierig, die einzelnen Verursachungsbeiträge den einzelnen Mitgliedern des Vertrages für ihre Haftung zuzuordnen.<sup>14</sup> Eine Projektversicherung versichert das im Versicherungsschein bezeich-

nete Bauvorhaben. Gegenstand einer Projektversicherung sind alle im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben stehenden Lieferungen, Leistungen, Eigenschaften, Rechtsverhältnisse und Tätigkeiten der Beteiligten des Projekts. In der Regel sind dabei auch die Planungsleistungen aller wesentlicher Beteiligten ähnlich den klassischen Planer-Haftpflichtversicherungen aller Beteiligten versichert.<sup>15</sup> Die klassischen Planer-Haftpflichtversicherungen versichern auch Mangelfolgeschäden, da der Baumangel, der auf einem Bauüberwachungs- oder Planungsfehler beruht, einen Mangelfolgeschaden darstellt.<sup>16</sup> Um den unter a) dargelegten Gedanken Rechnung zu tragen, bietet es sich an, die Haftung der Beteiligten für ihre Planungsleistungen auf die jeweils vereinbarte Versicherungssumme zu beschränken. Eine Haftungsbeschränkung auf ohnehin bestehende (Planungshaftpflicht-) Versicherungen bleibt freilich möglich. Entsprechend ändern sich die Haftungsszenarien. Nicht von der klassischen Planer-Haftpflichtversicherung erfasst ist in der Regel die Deckung von Schäden aus der Überschreitung der Bauzeit.<sup>17</sup>

Ebenfalls in einer Projektversicherung enthalten sind in der Regel eine Bauherrenhaftpflichtversicherung sowie eine Haftpflicht für das bauausführende Unternehmen für Planungsmängel. Diese versichern das gesetzliche Risiko für die Folge von Verstößen aus ihren sich aus den für das versicherte Bauvorhaben ergebenden Eigenschaften, Tätigkeiten und Rechtsverhältnisse. Nicht von der Projektversicherung erfasst sind dort in der Regel die Mangelbeseitigungskosten.<sup>18</sup> Von der Projektversicherung erfasst wären jedoch die Folgeschäden, die durch den Mangel verursacht worden sind.<sup>19</sup>

Die Projektversicherung stellt somit ein geeignetes Mittel dar, um den Sinn des Mehrparteienvertra-

13 Vgl. Ritter, Arbeitskreis Ia – Building Information Modeling (BIM), BauR 2016, 1557 (1565 f.).

14 Vgl. Ritter, Arbeitskreis Ia – Building Information Modeling (BIM), BauR 2016, 1557 (1565).

15 A.a.O.

16 Krause/Allenstein, Folgeschäden am Bau, Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Ingenieure, 1. Aufl. 2019, I.

17 Schmalzl/Krause-Allenstein, Berufshaftpflichtversicherung des Architekten und Bauunternehmers, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 542.

18 Schmalzl/Krause-Allenstein, Berufshaftpflichtversicherung des Architekten und Bauunternehmers, 2. Aufl. 2006, 748.

19 Schmalzl/Krause-Allenstein, Berufshaftpflichtversicherung des Architekten und Bauunternehmers, 2. Aufl. 2006, 748.

ges, die Förderung der innovativen Ansätze aller Beteiligten zur Erreichung des Projekterfolges, zu verwirklichen. In dem oben vorgestellten Pilotprojekt wurde dieses Mittel genutzt.

## 7. Haftung der Parteien des Mehrparteienvertrages gegenüber Dritten

Im Verhältnis zu Dritten bleibt es bei den gesetzlichen Vorgaben und den Grundsätzen der Rechtsprechung, da nach letzterer die innerhalb der Mehrparteienvereinbarung getroffenen Absprachen nicht zulasten eines Nichtbeteiligten gehen dürfen.

Eine Gesamtschuld kann bei einer deliktischen Haftung mehrerer Projektbeteiligter in Betracht kommen. Dritte, die Leistungen für das Bauvorhaben erbringen, werden nämlich regelmäßig einen Vertrag mit nur einer Partei der Mehrparteienvereinbarung schließen und sich somit haftungsrechtlich auch nur mit dieser auseinandersetzen haben. Dies und eine deliktische Haftung gegenüber Dritten könnte sich ändern, wenn der Abschluss eines Mehrparteienvertrag als Gründung einer Gesellschaft angesehen würde.

## IV. Der Vertragstyp – Vertrag sui generis

### 1. Worum es geht

Mehrparteienverträge für komplexe Bauvorhaben in ihren verschiedenen Varianten orientieren sich an erfolgreichen ausländischen Vorbildern. Es geht also um Konzepte eines legal transplant, die in das System des geltenden deutschen Privatrechts zu integrieren sind.<sup>20</sup> Das deutsche Vertragsrecht sieht eine Reihe von Vertragstypen mit bestimmten Regelungsmodellen vor, insbesondere Werkvertrag, Dienstvertrag und GbR. Die Zuordnung eines Vertrags zu einem bestimmten Vertragstyp hat vielfältige Bedeutung, etwa für die Auslegung von Verträgen und für Lückenfüllung sowie für die Frage des Leitbildes bei der AGB-Kontrolle, insbesondere von Klauseln betreffend Schadensersatz und andere Sekundärrechte.

Die Vertragstypen des BGB sind nicht abschließend. Sie sind im Ausgangspunkt Angebote des Gesetzgebers zur Entlastung der Vertragsparteien von der Notwendigkeit, für alle Eventualitäten detaillierte Regelungen zu formulieren, definieren aber nicht abschließend bestimmte Vertragsstrukturen. Die grundgesetzlich in Art. 2 Abs. 1 GG ga-

rantierte Vertragsfreiheit umfasst auch das Recht zur Erfindung von Variationen, Kombinationen verschiedener Vertragstypen und weiterer Vertragstypen sui generis. So hat der *Bundesgerichtshof*<sup>21</sup> etwa Leasing-, Franchising- oder Garantieverträge als Verträge eigener Art anerkannt.

Mehrparteienverträge können im Detail unterschiedlich ausgestaltet sein. Gemeinsam ist ihnen der Fokus auf eine frühzeitige und kontinuierliche Kooperation aller Beteiligten. Über neuartige Vergütungs- und Haftungsmodelle sollen Anreize für eine kooperative Zusammenarbeit gesetzt werden. Durch frühzeitige Zusammenarbeit und daraus folgend besserer Planung sollen Haftungsrisiken von vornherein stark reduziert werden. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass Mehrparteienverträge aufgrund dieser neuartigen Schwerpunktsetzung keinem der im BGB geregelten Vertragstypen eindeutig zuzuordnen sind. Je nach Ausgestaltung im Detail stehen sie dem bisherigen Vertragstypensystem des BGB näher oder ferner. Für bestimmte Varianten ist von einem Vertragstyp sui generis auszugehen.

### 2. Werkvertrag

Das Leitbild des Werkvertrags ist der Austausch eines abschließend vereinbarten Erfolgs gegen die Zahlung einer Vergütung in festgelegter Höhe nach Abnahme. Der bei Vertragsschluss vereinbarte Erfolg definiert das Bauwerk.<sup>22</sup>

In Mehrparteienverträgen für komplexe Bauprojekte bringt es die frühzeitige Einbindung auch der Bauausführenden mit sich, dass bei Vertragsabschluss der Erfolg – man mag es das „Bausoll“ nennen, besser: „Bauherrenprogramm“ – eher rudimentär beschrieben ist. Schon vor Beginn der Entwurfsplanung kommt es zum Vertragsschluss. Gerade dadurch sollen die Parteien in die Lage versetzt werden, gemeinsam eine effiziente Planung auf den Weg zu bringen. Der Spielraum für die gemeinsame Planung ist daher bewusst weit, um das in der planerischen Zusammenarbeit liegende

20 S. dazu schon Dauner-Lieb, NZBau 2019, 339 m.w.N.; umfassende Aufarbeitung der Einordnung von Mehrparteienverträgen in das System des geltenden Privatrechts; Warda, Die Realisierbarkeit von Allianzverträgen im deutschen Vertragsrecht, 2020.

21 BGH, NJW 1986, 1988; BGH, NJW 1985, 2253; BGH, WPM 1982, 1324; BGH, NJW 1960, 1567.

22 Vgl. MünchKom.-Busche, BGB, § 631 Rdnr. 1; v. Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, BGB § 631 Rdnr. 1 ff.



Wertschöpfungspotential unter Einbeziehung der fachlichen Expertise der bauausführenden Unternehmen zu heben. Dieser Ansatz verspricht zugleich eine höhere Planungsqualität und damit weniger Mängel bei der Ausführung.

Grundsätzlich sind neben den stark ausgeprägten kooperativen Elementen die eigentlichen Ausführungsleistungen<sup>23</sup> in den Modellen idR erfolgsbezogen und damit werkvertraglich ausgestaltet. Je nach Ausgestaltung von etwaig vereinbarten Haftungsbeschränkungen mag von der damit grundsätzlich einhergehenden Haftung wenig(er) übrig bleiben. Das finanzielle Surrogat für die damit einhergehenden nicht gedeckten Risiken, namentlich das Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsrisiko, finden sich dann idR allerdings in einem entsprechend vergrößerten<sup>24</sup> gemeinsamen Risikotopf, aus dem diese Themen gespeist werden.<sup>25</sup>

Der werkvertragliche Erfolg hat in den tradierten bilateralen Vertragsmodellen die Funktion, die Soll-Beschaffenheit schon bei Vertragsschluss möglichst abschließend festzulegen. Änderungen des ursprünglich definierten Werkerfolgs erfordern ein kompliziertes Einigungsprozedere nach § 650b BGB oder gleich eine Änderung des ganzen Vertrags.<sup>26</sup> Gemeinsame Anpassungen des Erfolgs in kurzer Zeit bei neu auftretenden Bedürfnissen sind im Leitbild nicht vorgesehen. Das traditionelle Konfliktthema Mehraufwand/Mehrvergütung führt dazu, dass Nachträge regelmäßig Streit provozieren und das Projekt auf lange Sicht verteuern. Anpassungen von Erfolg und Vergütung mittels § 313 BGB oder mittels eines Gerichtsurteils entsprechen kaum jemals der Interessenlage der Parteien. Ein Mehrparteienvertrag, wie ihn die ECE mit ihren Partnern vereinbart hat, rollt die Thematik durch regelmäßige Beratungen über die Änderung des Erfolgs hingegen schon ab der Planungsphase neu auf. Dem frühen Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschuldet hat das Bauherrenprogramm idR funktionalen Charakter. Dieser Rahmen ist die Bemessungsgrundlage für spätere Änderungen. Allein schon aufgrund dieses Umstandes sind Änderungen im Vergleich zu traditionellen Modellen – bei denen selbst bei funktionalen Charakter idR mindestens die Entwurfsplanung das Bausoll näher definiert – weitaus seltener. Selbst Änderungen des Bauherrenprogramms werden zunächst gemeinsam beschlossen. Nur für den Fall, dass in dem/den entsprechenden Gremium/Gremien kein Konsens

hergestellt wird, steht dem Bauherrn ausnahmsweise ein Anordnungsrecht zu, dessen Folgen er alleine zu tragen hat. Zudem wird der Umgang mit Änderungen durch innovative Modelle der Vergütung – das Selbstkostenerstattungsprinzip nebst Gewinnzuschlägen findet auch hier Anwendung – erleichtert und somit das Konfliktthema Mehraufwand/Mehrvergütung entschärft, sodass die Bereitschaft zur Einigung über notwendige Anpassungen gefördert wird.

### 3. Keine BGB-Gesellschaft

Die GbR ist die Urform der Zusammenarbeit im deutschen Recht. Sie wird regelmäßig (manchmal voreilig) angenommen, sobald mehrere Parteien irgendetwas gemeinsam tun. Die im Bauwesen weit verbreitete Kooperationsform der ARGE wird üblicherweise als GbR angesehen, auch wenn man dies aus akademischer Sicht bezweifeln kann.<sup>27</sup>

Eine GbR nach § 705 BGB setzt die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks durch Beiträge der Gesellschafter voraus. Der gemeinsame Zweck ist das entscheidende Kriterium der Abgrenzung der GbR vom Austauschvertrag, in dem die Parteien ihre Leistung erbringen, um eine Gegenleistung vom Vertragspartner zu erhalten und individuelle Ziele zu erreichen.<sup>28</sup> Zwar haben alle Parteien eines Mehrparteienvertrags das Ziel einer erfolgreichen Errichtung des jeweiligen Bauprojekts und die Erhöhung der Gewinne der einzelnen Beteiligten durch effiziente Kooperation. Diese Ziele der individuell Beteiligten stellen jedoch keinen gemeinsamen Zweck i.S.d. §§ 705 ff. BGB dar. Die Parteien verfolgen vielmehr weiterhin Einzelinteressen wie im Austauschvertrag. Die Besonderheit des Mehrparteienvertrages liegt aber darin, dass durch innovative Vergütungs- und/oder Risikomodelle gewährleistet wird, dass diese Einzelinteressen nur gemeinsam durch effiziente Kooperation erreichbar

23 In den Common Law Ländern ist der Haftungsmaßstab für Planungsleistungen „reasonable skill and care“.

24 Australian Alliancing: Hier werden idR zusätzlich zu den Gewinnen die AGK der Partner eingelegt.

25 BGH, NZBau 2015, 429 (430 f.); BeckOK BGB/Voit, § 631 Rdnr. 47.

26 Vgl. v. Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, BGB § 631 Rdnr. 5 f.; Weise, NJW-Spezial 2017, 492 (492).

27 Grundlegend Messerschmidt, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B Rdnr. 118 ff.

28 BGH, NJW 1951, 308; BGH, NJW-RR 1991, 1186; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rdnr. 28.

sind (sog. win-win-Situation). Die individuellen Interessen der Parteien werden also mittels finanzieller Anreize auf das Interesse des Bauherrn an der Verwirklichung des Projekts ausgerichtet. Alle diese Ziele sind durch eine Abhängigkeit von Teilen der Vergütung von der gleichen Voraussetzung erfasst: Das Projekt muss wie geplant oder besser gelingen. Der Austausch von Planungs- und Bauleistungen gegen eine Vergütung stellt jedoch den Prototyp einer Austauschbeziehung dar und wird im Mehrparteienvertrag nicht angetastet.

Der augenfällige Unterschied zur ARGE liegt im Mehrparteienvertrag darin, dass der Bauherr als Vertragspartei einbezogen ist. Auch erfolgt kein gemeinsames Auftreten nach außen im Rechtsverkehr und es wird kein Gesamthandsvermögen gebildet. Während in einer ARGE eine Erweiterung der Fähigkeiten und Ressourcen der Unternehmer gegenüber dem Bauherrn gewollt ist, arbeiten jetzt verschiedene Gewerke mit dem Bauherrn zusammen am Projekt. Die Parteien des Mehrparteienvertrags bleiben dabei rechtlich selbstständig, verbessern jedoch ihren Leistungsaustausch durch kooperative Methoden. Dass sie dabei einen Vertrag zwischen mehr als zwei Parteien abschließen liegt in der Natur der frühen Integration aller Unternehmer und ist kein Anzeichen für eine GbR. Ein Mehrparteienvertrag mit den in diesem Bericht

unter II. und III. dargestellten Elementen begründet daher in der Regel keine Gesellschaft gem. §§ 705 ff. BGB.<sup>29</sup>

#### 4. Die Folge: Projektvertrag sui generis

Als weiteres Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass Mehrparteienverträge je nach individueller Ausgestaltung geeignet sind, das traditionelle System der Vertragstypen des BGB zu überschreiten. Je stärker die Notwendigkeit einer kooperativen Vernetzung aller Beteiligten in den Mittelpunkt gestellt, neue Anreizsysteme entwickelt und auf blame und shame verzichtet wird, desto weiter entfernt sich der jeweilige Vertrag von den Leitbildern des Werkvertragsrechts und der BGB-Gesellschaft. Die Vertragsfreiheit erlaubt es, werkvertragliche und gesellschaftsvertragliche Elemente mit neuen Zielen und Inhalten zu verknüpfen und für das jeweilige Projekt einen passgenauen Vertrag individuell zu gestalten. Wünschenswert ist aber darüber hinaus die Entwicklung abstrakt-generalisierender Standards für eine Vielzahl von Verträgen, die das Fundament für eine Implementierung eines deutschen Modells eines Mehrparteienvertrages in das BGB bilden könnten.

---

29 Ebenso Leupertz, in: BIM und Recht, Kap. 13 Rdnr. 43.

# Arbeitskreis XII – Bauträgerrecht

von Prof. Stefan Leupertz, Köln

## A. Ausgangslage

Nachdem die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht im BMJV bereits in der vergangenen Legislaturperiode ergebnislos versucht hatte, die vorhandenen Schutzlücken im nur rudimentär in §§ 650u, 650v BGB geregelten Bauträgervertragsrecht zu schließen, hat sie ihre Arbeit in Vollziehung der Vorgaben der Koalitionsvereinbarung für die laufende 19. Legislaturperiode im Jahr 2018 wieder aufgenommen. Die Ergebnisse dieser Bemühungen sind niedergelegt im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe vom 19.06.2019.<sup>1</sup>

Das Ministerium hat hierzu angekündigt, voraussichtlich noch im ersten Quartal des Jahres 2020 einen Referentenentwurf für die Einführung gesetzlicher Regelungen zum Bauträgervertragsrecht vorlegen zu wollen, der sich im Wesentlichen mit den Themenbereichen „Absicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers“ und der „Erleichterung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums“ befassen wird. Weil der Abschlussbericht zu beiden Themenbereichen noch sehr offen formuliert ist und in Alternativen denkt, erscheint es sinnvoll und geboten, erst den Referentenentwurf mit konkreten Vorschlägen des Ministeriums für gesetzliche Regelungen zum Gegenstand der Diskussion und Meinungsbildung im Arbeitskreis XII zu machen.

In Erwägung dessen wird der Vorstand des DBGT unverzüglich nach Veröffentlichung des Referentenentwurfs über die personelle Besetzung des Arbeitskreises entscheiden und der Arbeitskreisleitung die Erarbeitung zielgerichtet auf den Referentenentwurf abgestimmter Thesen übertragen, die dann auf dem 8. Deutschen Baugerichtstag vorgestellt und diskutiert werden sollen. Sollte wider Erwarten bis zum Ende des ersten Quartals 2020 kein Referentenentwurf zum Bauträgervertragsrecht vorliegen, wird der AK XII gleichwohl tagen und die im Abschlussbericht angesprochenen Lösungsvorschläge in den Blick nehmen.

## B. Inhaltliche Ausrichtung des AK XII

Inhaltlich wird sich der AK XII unter den soeben dargestellten Vorzeichen mit zwei Themenkomplexen befassen:

- Absicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers;
- Erleichterung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums.

Beide Problembereiche werden seit Jahren in der Literatur kontrovers diskutiert, ohne dass sich in der Anwendungspraxis klare Strukturen für einen zweckentsprechend rechtssicheren Umgang mit den Tücken eines Geschäftsmodells herausgebildet hätte, das gerade in Zeiten, in denen ein zunehmender Mangel an bezahlbarem Wohnraum zu einer politischen Herausforderung geworden ist, zu Recht als wichtiger Bestandteil einer konstruktiven Infrastruktur- und Stadtentwicklungspolitik angesehen wird. Nicht zuletzt um die Marktgängigkeit des Bauträgermodells zu erhalten und zu stärken, haben die Regierungsparteien dem Gesetzgeber in ihrer Koalitionsvereinbarung explizit aufgegeben, die genannten Regelungslücken zu schließen. Der Deutsche Baugerichtstag möchte es nicht versäumen, diesen Prozess nach besten Kräften aktiv zu begleiten. Er benötigt dafür wie stets Ihre konstruktive Mitarbeit, zu der wir Sie schon jetzt einladen möchten. Um Sie schon jetzt zur Teilnahme zu animieren und die erforderlichen Schritte nach der Veröffentlichung eines Referentenentwurfs möglichst rasch einleiten zu können, sollen die Erkenntnisse und Vorschläge der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht im Abschlussbericht vom Juni 2019 im Folgenden kurz skizziert werden.

### 1. Absicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers

In der Arbeitsgruppe bestand Einigkeit, dass der Besteller für den Fall der Insolvenz des Bauträgers über die derzeit bestehenden Mechanismen hinaus („Vormerkungsmodell“) abgesichert und vor dem Totalverlust seiner Investitionen geschützt werden muss. Dazu wurden ursprünglich vier Lösungsvorschläge diskutiert:

<sup>1</sup> (Abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht\\_AG\\_BaueraegervertragsR.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht_AG_BaueraegervertragsR.pdf?__blob=publicationFile&v=1)).

- Vollständige Zahlung durch den Erwerber (96,5 %) Zug um Zug gegen Besitzübergabe
- Vollständige Zahlung durch den Erwerber (96,5 %) Zug um Zug gegen Besitzübergabe mit Stellung einer Sicherheit durch den Erwerber i.H.v. 40 % des Erwerbspreises bei Beginn der Bauarbeiten
- Zahlung nach Ratenplan der MaBV mit Stellung einer Rückzahlungsbürgschaft
- Zahlung nach Ratenplan der MaBV mit Abschluss einer (Kautions-) Versicherung zur Absicherung des Rückzahlungsanspruchs.

Keines dieser Regelungsmodelle wurde für geeignet befunden, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse des Bestellers an einer tauglichen Absicherung seiner Investitionen und einer ökonomisch tragbaren Belastung des Bauträgers herzustellen. Stattdessen empfiehlt die Arbeitsgruppe, den Vertragsparteien mehrere Möglichkeiten für die vertragliche Ausgestaltung des Sicherungssystems einzuräumen. Dazu hat sie folgende Varianten vorgeschlagen:

#### a) Ohne Sicherheitsleistung

Der Bauträger muss keine Sicherheit stellen, wenn er auf Abschlagszahlungen bis zur Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe verzichtet. Erst danach soll er Zahlung von 96,5 % des vereinbarten Werklohns verlangen dürfen. Der maßgebliche Zeitpunkt ist gesetzlich zu definieren oder zumindest in der Gesetzesbegründung zu erläutern. Dabei ist sicherzustellen, dass die Bezugsfertigkeit auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums den Bautenstand der vorangehenden Raten (bislang nach MaBV, einschließlich der Fassadenarbeiten) voraussetzt. Dann soll die bestehende Auffassungsvormerkung zur Absicherung des Bestellers ausreichen, der bei Vorhandensein von Mängeln nach §§ 641 Abs. 3 i.V.m. § 632a BGB die Besitzeinräumung gegen Zahlung eines entsprechend verringerten Betrages verlangen kann.

#### b) Mit Sicherheitsleistung

Vereinbaren die Parteien nicht das Modell a), sondern die Zahlung von Abschlägen nach der MaBV, ist der Bauträger verpflichtet, dem Besteller eine Sicherheit zu stellen, die der Höhe nach auf den möglichen Rückzahlungsanspruch des Bestellers begrenzt sein soll.

Abschlagszahlungen soll der Bauträger danach nur verlangen dürfen, wenn er den Rückzahlungsanspruch des Bestellers für den Fall seiner Insolvenz angemessen absichert. Aus Gründen der Finanzierbarkeit soll nur der Rückzahlungsanspruch des Bestellers abgesichert werden, nicht hingegen sein Interesse an der mangelfreien Fertigstellung. Die Vertreter der Bauträger haben demgegenüber deutlich gemacht, dass sie auch eine solche, auf den Rückzahlungsanspruch beschränkte Absicherung für nicht finanzierbar halten und vorgeschlagen, dem Besteller zusätzlich zu der bestehenden Sicherheit aus § 650m Abs. 2 Satz 1 BGB eine Sicherheit i.H.v. 10 % der vereinbarten Vergütung bis zur Abnahme zur Verfügung zu stellen.

Neben einigen Empfehlungen für die Ausgestaltung der Modalitäten der Sicherungsgewährung ist in der Arbeitsgruppe letztlich offen geblieben, wann genau der Eintritt des Sicherungsfalls gegeben sein soll. Nach überwiegender Auffassung müssen die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Der Besteller verlangt Rückgewähr der geleisteten Abschläge aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs auf (vollständige) Rückabwicklung des Vertrages,
- der Rückgewähranspruch wird nicht oder nicht vollständig erfüllt und
- die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird mangels Masse abgelehnt oder der Insolvenzverwalter lehnt die Erfüllung ab.

Danach tritt der Sicherungsfall ein, wenn feststeht, dass der Bauträger das Objekt nicht fertig stellen wird. Andererseits wird das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO geschützt. Dagegen haben die Verbraucherverbände den Einwand erhoben, dass dem Verbraucher nicht zugemutet werden könne, oft Monate oder gar Jahre warten zu müssen, bis der Insolvenzverwalter über die Erfüllung entschieden habe, weswegen der Sicherungsfall auch dann als eingetreten gelten müsse, wenn eine angemessene Frist für die Erfüllungsentscheidung des Insolvenzverwalters verstrichen sei.

Die Sicherheit soll nach dem derzeitigen Stand der Diskussion *zumindest* bis zu dem Zeitpunkt aufrechterhalten werden, in dem die nach Modell a) die erste Rate von 96,5 % zu entrichten wäre.

## 2. Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums stellt bei der Abwicklung von Bauträgerverträgen betreffend die Errichtung und den Erwerb von Wohnungseigentum ein Problem dar, weil die Verjährungsfrist für Mängelansprüche des Erwerbers gem. § 634a Abs. 2 BGB für jeden Erwerbvertrag gesondert mit der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt und weil die Wohnungseigentümergeinschaft gem. § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG Mängelrechte der Erwerber an sich ziehen und durchsetzen kann, solange auch nur einem Erwerber solche unverjährten Ansprüche zustehen. Das führt in der Praxis dazu, dass der Bauträger kaum eine Chance hat, zu einer einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums und – damit einhergehend – zu einem einheitlichen Lauf der Verjährungsfrist für Mängelrechte der Erwerber zu gelangen. Um diesen Problemen zu begegnen, hat die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht unterschiedliche Lösungsansätze erwogen, von denen letztlich drei näher beleuchtet wurden:

### a) Vergemeinschaftung der Abnahme

Die Prolongierung des Abnahmeprozesses bis zur Abnahme des letzten Erwerbers (Nachzüglers) wird vermieden, wenn man der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft die Befugnis zugeht, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums rechtswirksam mit Wirkung für und gegen alle (künftigen) Erwerber zu erklären. Danach kann die Abnahme durch die Gemeinschaft erfolgen, wenn

- ein qualifiziertes Quorum von Miteigentumsanteilen veräußert und durch Auflassungsvormerkungen abgesichert ist,
- das Objekt fertiggestellt ist und
- mindestens ein Erwerber den Besitz verschafft bekommen hat.

Die Wirkungen der gemeinschaftlichen Abnahme sind auf ein gemeinsames Bausoll beschränkt, welches der Bauträger zu dokumentieren hat.

Allerdings begegnet diese Lösungsvariante erheblichen Bedenken, weil sie die individualvertragliche Verpflichtung des jeweiligen Erwerbers zur Abnahme in die Gemeinschaft mit uU disparaten Vorstellungen der Wohnungseigentümer über die für die Abnahme maßgeblichen Umstände trägt.

### b) Ersetzung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Fertigstellung

Die Arbeitsgruppe hat mit ganz grundsätzlichen Erwägungen zur Abnahme insbesondere des Gemeinschaftseigentums und der sich daraus ergebenden Probleme erwogen, das Erfordernis der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch eine entsprechende gesetzliche Regelung ganz abzuschaffen und die Abnahmewirkungen stattdessen an die Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums nach Inbesitznahme des Sondereigentums durch den Besteller zu knüpfen. Im Einzelnen hat die Arbeitsgruppe hierfür folgende Voraussetzungen herausgearbeitet.

- Das Sondereigentum ist im Besitz des Bestellers,
- das Gemeinschaftseigentum ist fertiggestellt,
- die Fertigstellung ist den Bestellern angezeigt und
- eine angemessene Frist ist verstrichen, in der Besteller eine gemeinsam mit dem Bauträger durchzuführende Zustandsfeststellung beantragen können.

Die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB beginnt frühestens mit der angezeigten Fertigstellung, wird fristgerecht die Zustandsfeststellung verlangt, erst mit deren Durchführung. Es bestünde auch bei diesem Modell die Möglichkeit, die Verjährungsfrist für Mängelrechte von Nachzüglern zusätzlich zu verkürzen (dazu sogleich).

Gegen dieses Lösungsmodell ist u.a. eingewandt worden, dass die Entkoppelung der Abnahmewirkungen von der eigentlichen Abnahme die Rechte des Bestellers unangemessen beschneide, weil ihm ein uU mangelbehaftetes Gemeinschaftseigentum „aufgezwungen“ werden könne.

### b) Verjährungsverkürzung nach individueller Abnahme

Die Arbeitsgruppe hat mit Blick auf die von den Verbraucherverbänden hierzu eingebrachten Belange des Bestellers ebenfalls erwogen, es bei der individuellen Abnahme zu belassen und lediglich den Beginn des Laufs der Gewährleistungsverjährung zu modifizieren. Nach diesem Modell beginnt die Verjährung, wenn 75 oder 80 % der Besteller das Gemeinschaftseigentum abgenommen haben, und zwar auch für die alle späteren Erwerber („Nachzügler“). Hinzutreten soll eine gesetzliche

Regelung, wonach die Verjährungsfrist für sämtliche Besteller spätestens 8 Jahre nach Erreichen des Quorums abläuft. Offengeblieben ist, ob eine solche faktische Verjährungsverkürzung gesetzlich geregelt oder lediglich fakultativ ermöglicht werden soll. Ebenfalls nicht endgültig positioniert hat sich die Arbeitsgruppe bei der Frage, ob der Beginn des Laufs der Verjährung an den Zeitpunkt der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums (siehe dazu lit b)) oder an die Erreichung eines Abnahmequorums geknüpft wird. Im erstgenannten Fall könnte für alle Nachzügler, die innerhalb von 2 Jahren nach Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums erwerben, die fünfjährige werkvertragliche Verjährungsfrist gelten, wohingegen für Besteller, die zu einem späteren Zeitpunkt erwerben, die fünfjährige Verjährungsfrist ab der Abnahme durch die Ersterwerber zu laufen beginnen würde.

### C. Ausblick

Der soeben skizzierte Inhalt des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht im

BMJV lässt einige Fragen offen, die dringend in der Fachöffentlichkeit diskutiert werden müssen, bevor sich im eigentlichen Gesetzgebungsverfahren uU fehlgeleitete Ansichten verfestigen. Allerdings hat der Abschlussbericht keine unmittelbare Relevanz. Er enthält lediglich Empfehlungen eines Expertengremiums an die zuständigen Stellen des Ministeriums, nach diesen Empfehlungen zu handeln. Letztlich wird die zuständige Abteilung des Ministeriums darüber entscheiden, in welcher Weise sie den Gesetzgebungsbedarf bedienen wird und hierzu in einem Referentenentwurf konkrete Regelungsvorschläge unterbreiten. Erst nach der Veröffentlichung eines solchen Referentenentwurfs wird man verlässlich beurteilen können, welche Inhalte und Strukturen das avisierte Regelwerk tatsächlich haben wird. Diese durch konkrete Vorstellungen des Gesetzgebers erhärtete Ausrichtung sollte Gegenstand auch der Beratungen des AK XII des DBGTT sein.



