AUSGABE 1 | 2012

BAURECHT AKTUELL

DAS MAGAZIN DES NETZWERKS BAUANWÄLTE

Der staatliche Bauprozess – ein Sanierungsfall?

Ausblick auf den 4. Baugerichtstag (Mai 2012)

Der Sachverständige als Richter im Bauprozess?

von RA Dr. Andreas Koenen

Das Thema des Arbeitskreises VI (die Bedeutung des Sachverständigen) hat es in sich, auch im Hinblick auf die Reformbedürftigkeit des staatlichen Bauprozesses. *Seite 14*

Reform des Bauvertragsrechts

von RA Michael Schorn

Der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages setzt die Diskussion darüber fort, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts geeignet ist. *Seite 6*

Die Folgen von „Stuttgart 21“

von RAe Dr. Walter Müller und Thorsten Scheuren

Anlässlich der auch rechtlich geführten Auseinandersetzungen zum Umbau des Kopfbahnhofs stellt der Arbeitskreis VIII des Deutschen Baugerichtstages das bestehende Planungsrecht bezüglich seiner Informations- und Befriedungfunktion auf den Prüfstand. *Seite 19*

6 **Die Reform des Bauvertragsrechts**
Eine Lösung für die Probleme im Bau- und Werkvertragsrecht?
RA Michael Schorn, Busse & Miessen, Bonn/Berlin/Leipzig

8 **Nachträge und deren Bezahlung nach der VOB/B**
Ein Dauerbrenner auf dem Baugerichtstag
Prof. Dr. Hans Ganten, Bremen

10 **Mehr Effizienz und Rechtssicherheit**
Brauchen wir bei Vergaben veränderte Regeln?
RA Olaf Jaeger, GESSNER Rechtsanwälte, Saarbrücken

12 **Eine Frage der Definition**
Was ist der geschuldete Werkerfolg des Planers?
RA Karsten Meurer, Meurer Rechtsanwälte, Stuttgart
RA H. Henning Irmler, Irmler & Collegen, Schwerin

14 **Der staatliche Bauprozess – ein Sanierungsfall?**
Die Bedeutung des gerichtlichen Sachverständigen als Diskussionsgegenstand
RA Dr. Andreas Koenen, KOENEN RECHTSANWÄLTE, Essen/Hannover/Münster/Bielefeld

19 **Planungsrecht auf dem Prüfstand**
Informations- und Befriedungfunktion versus Planungs- und Investitionssicherheit
RAe Dr. Walter Müller und Thorsten Scheuren, Anwaltsozietät Leinen & Derichs

21 **Absicherung der Baurisiken**
Brauchen wir eine umfassende bauwerksbezogene Versicherung?
RA Prof. R. Jochem, RJ Anwälte, Wiesbaden

23 Netzwerk Bauanwälte – die Mitgliedskanzleien

Impressum

Die Arbeitskreise und ihre Themen beim 4. Deutschen Baugerichtstag in Hamm/Westf. vom 11. bis 12. Mai 2012:

Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht
Reform des Bauvertragsrechts – Stand der Überlegungen und Weiterentwicklung der bisher erarbeiteten Regelungsvorschläge.

Arbeitskreis II – Vergaberecht
Effizienz und Rechtssicherheit bei Vergaben – Brauchen wir veränderte Regeln?

Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht
Empfehlen sich gesetzliche Regelungen für das Architektenvertragsrecht?

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

Arbeitskreis VIII – Öffentliches Recht
Stuttgart 21: Empfehlen sich Änderungen des Bau-, Fachplanungs- und Immissionsschutzrechts?

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

Ausführliche Infos auf www.baugerichtstag.de

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

in Kürze findet sich die Baurechtswelt in Hamm/Westf. zu einem zweitägigen Kongress ein, um über aktuelle baurechtspolitische Themen zu diskutieren, Resolutionen zu erarbeiten und die rechtlichen Rahmenbedingungen für das Bauen zu verbessern. Die Thesen werden dann nebst Begründung vom Präsidium des Deutschen Baugerichtstags an die verantwortlichen Ministerien weitergeleitet. Auf diese Weise hat sich der Deutsche Baugerichtstag (DBGT), der am 11. und 12. Mai 2012 zum vierten Mal stattfinden wird, zum Sprachrohr der Baujuristen (Justiz, Verwaltung, Wissenschaft und Anwaltschaft) entwickelt.

Besonderes Gewicht erhält der Baugerichtstag durch die Unterstützung maßgeblicher Baurechtsvereinigungen. Hierzu gehören die Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V., die ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltsverein, das Institut für Baurecht Freiburg i. Br. e.V. , die Architekten- und Ingenieurkammern, Bauindustrieverbände und auch das Netzwerk Bauanwälte als derzeit einziger bundesweiter Verband auf Baurecht spezialisierter Anwaltskanzleien, das den Baugerichtstag von Beginn an (2006) unterstützt hat.

Initiator und Präsident des Deutschen Baugerichtstages ist Prof. Dr. Rolf Kniffka, Vorsitzender Richter am Bausenat des Bundesgerichtshofs. In den letzten sechs Jahren hat er rechtspolitisch viel bewegt, vor allem dadurch, dass der Deutsche Baugerichtstag in der vom Bundesjustizministerium (BMJ) einberufenen Bund-Länder-Arbeitsgruppe vertreten ist, in dem die Resolutionen des Baugerichtstages intensiv diskutiert werden. Über deren Ergebnisse werden die Ministerialdirigenten Karl-Heinz Oehler vom Bundesjustizministerium und Dr. Rüdiger Kratzenberg vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung beim Baugerichtstag berichten.

Dr. Andreas Koenen
Geschäftsführer Netzwerk Bauanwälte

Dass der Einfluss der Baujuristen auf die politische Willensbildung ausgerechnet von der westfälischen Stadt Hamm ausgeht, ist kein Zufall, und nicht nur deshalb, weil hier die beruflichen Wurzeln von Prof. Dr. Kniffka liegen, der zwischen 1991 und 1998 Richter am OLG Hamm war. Die Wahl des Tagungsortes hat vor allem sachliche Gründe. Denn Hamm ist Sitz des – mit 33 Zivilsenaten und mehr als 200 Richtern – größten deutschen Oberlandesgerichts (im Gerichtsbezirk mit 21.600 km^2 leben mehr als neun Millionen Menschen) und damit als Veranstaltungsort für einen „Bau-Gerichtstag“ bestens geeignet.

Denn während die Kaiserstadt Goslar, Veranstaltungsort des Verkehrsgerichtstags, an ihre Tradition von Reichstagen, Synoden und Hoftagen anknüpft, kann die im Jahre 1226 gegründete Stadt am Ostrand des Ruhrgebiets auf eine fast 800-jährige Tradition als Stadt bedeutender Gerichtsbarkeit verweisen. Während des Mittelalters war Hamm Sitz der Grafen von der Mark und hanseatische Prinzipalstadt für die märkischen Städte. Sie gehörte damit neben Münster, Dortmund und Soest, in deren Mitte sie liegt, zu den bedeutenderen Städten Westfalens. Seit seiner Gründung diente Hamm als Verwaltungs- und Gerichtssitz der Grafschaft Mark. So gab es im 13. Jahrhundert vor den Toren der Stadt auch schon zwei Femegerichte, die ihre richterliche Gewalt in Form der Bannleihe vom König bzw. Kaiser ableiteten und todeswürdige Verbrechen verfolgten. Anfang des 14. Jahrhunderts verfügte Hamm bereits über ein – damals „Appellationsgericht“ genanntes – Berufungsgericht mit einem hervorragendem Ruf.[1]

Mit der Wahl des Austragungsortes haben die Initiatoren des Baugerichtstages, der teilweise auch in dem imposanten Gebäude des OLG Hamms (vgl. Bild Seite 4) stattfindet, zugleich deutlich gemacht, dass die Verwendung des Begriffs „Gerichtstag“ mehr als eine reine Konvention ist. Während man bei den Kongressen anderer Fachrichtungen durchaus die Frage stellen kann, warum sich diese „Gerichtstage“ nennen, lassen die Veranstalter des Baugerichtstages (mehrere Vorstandsmitglieder sind Richter in Bausenaten: Prof. Dr. Rolf Kniffka, Prof. Stefan Leupertz und Günther Jansen) an der Berechtigung dieser Bezeichnung keinen Zweifel aufkommen. Unterstützt werden sie dabei von den Arbeitskreisleitern, Referenten und aktiven Teilnehmern der Baugerichtstage, unter denen ebenfalls zahlreiche Richter sind.

Der Einfluss der Justiz auf den Baugerichtstag ist kaum zu überschätzen. So wird manche Diskussion, insbesondere im Arbeitskreis VI (Sachverständigenrecht), über weite Strecken hinweg von Mitgliedern des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs dominiert. Die im Vergleich zu anderen Gerichtstagen hohe Bedeutung der Justiz beschränkt sich beim Baugerichtstag allerdings nicht auf die konstruktiven Beiträge ihrer herausragenden Vertreter. Auch thematisch stehen klassische Fragen der Gerichts-

Das OLG Hamm, das größte deutsche Oberlandesgericht. In seinem Gerichtsbezirk leben mehr als 9 Mio. Menschen.

praxis, insbesondere die des Zivilprozessrechts, im Fokus der Baugerichtstage, obwohl oder vielleicht auch weil sich in den letzten Jahren im Baurecht – wie in keinem anderen Rechtsgebiet – eine Parallel-Justiz[2] außerhalb jeglicher staatlicher Einflussnahme entwickelt hat.

Hintergrund dieser Entwicklung ist, dass der staatliche Bauprozess schon seit längerer Zeit substantieller Kritik ausgesetzt ist. So stellt kein geringerer als Prof. Friedrich Quack, vormals Richter am Bausenat des Bundesgerichtshofs, fest, dass der staatliche Bauprozess in Deutschland bei den juristischen Baufachleuten keine „gute Presse" habe. Denn er „... gilt als unzweckmäßig, ungerecht, als fachlich verfehlt, als zu umständlich und zu teuer. Kurz gesagt, man rät von ihm ab."[3]

Worauf ist dies zurückzuführen? Nur wenn die staatliche Justiz diese Frage klärt, wird sie in der Lage sein, diesen Bedeutungsverlust aufzuhalten. Insofern wird sich die Justizverwaltung mit dieser Frage beschäftigen müssen, will sie auch zukünftig Bestandteil der zwischenzeitlich von Baufachverbänden entwickelten „Streitlösungspyramide" im Baubereich bleiben. Der Vertrauensverlust der Parteien in die Streitlösungskompetenz staatlicher Gerichte ist vor allem auf die Dauer staatlicher Bauprozesse zurückzuführen, weshalb viele Streitigkeiten in Fachkreisen zwischenzeitlich als „nicht justiziabel" angesehen und anderweitig, außerhalb staatlicher Gewalt, entschieden werden. Je mehr jedoch die Rechtsprechung die Möglichkeit zur Rechtsfortbildung verliert, desto größer dürfte die Bedeutung des Baugerichtstages werden, der die entstehenden Lücken füllen könnte. Die damit verbundenen Fragen der Legitimation sind bislang allerdings ebenso wenig thematisiert worden wie die nach den konkreten Ursachen des Bedeutungsverlusts staatlicher Gerichtsbarkeit im Baubereich.

Zu den wenigen, die sich mit diesem Thema beschäftigt haben, gehört Prof. Dr. Rainer Schröder, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, privates Bau- und Immobilienrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Seiner Ansicht nach ist die Dauer staatlicher Bauprozesse vor allem auf die technische Prägung von Bauprozessen zurückzuführen.[4]

Diese erschwere eine selbständige Sachverhaltserfassung durch die – in der Regel nicht spezialisierten – Richter. Nicht die Gerichte sind langsam, so Schröder, sondern die technische Natur der Streitigkeiten mache die Entscheidungen in der Regel abhängig von Einschätzungen eines Sachverständigen, die den Bauprozess in der Regel erheblich in die Länge ziehen.

Insofern ist es auch nur folgerichtig, wenn sich der Baugerichtstag 2012 mit dem **Beweisrecht im Bauprozess** beschäftigt, einem „Dauerbrenner von großer praktischer Bedeutung", wie es in der Ankündigung im offiziellen Flyer des Baugerichtstages heißt (vgl. hierzu den Beitrag von Koenen, S. 14). Hinter dem wenig spektakulär wirkenden Thema des das Bauprozessrecht betreffenden Arbeitskreises – „Bedarf es im Baurecht gesetzlicher (Neu-)Regelungen betreffend die Verwendung von Gerichts- und/oder Privatgutachten?" – könnte sich somit nicht weniger als ein Sanierungskonzept für den staatlichen Bauprozess verbergen.

Darüber hinaus wird es beim Baugerichtstag 2012 schwerpunktmäßig um materielles Recht gehen, vor allem um die aktuellen Überlegungen im Bundesjustizministerium zu einer **Reform des Werkvertragsrechts**, die bereits Gegenstand des letzten Baugerichtstages im Jahre 2010 waren. Hintergrund dieser Diskussion ist die Koalitionsvereinbarung der schwarz-gelben Bundesregierung, nach der das **Bauvertragsrecht** (vgl. hierzu die Beiträge von Schorn, S. 6 und Ganten, S. 8) und das **Vertrags- und Honorarrecht der Architekten und Ingenieure** (vgl. hierzu Beitrag von Irmler/Meurer, S. 12) auf dem Prüfstand stehen sollen. Darüber hinaus soll die Frage diskutiert werden, ob die Gesetzgebung auf die Tendenzen in der Vergabepraxis reagieren sollte, die den Wettbewerbsgedanken zugunsten des Wirtschaftlichkeitsgebots zurückdrängen (vgl. Beitrag von Jaeger, S. 10).

Die Diskussion in der Arbeitsgruppe **Öffentliches Baurecht** wird von der Debatte um eine Bürgerbeteiligung bei Großbauvorhaben beherrscht werden (vgl. hierzu den Beitrag von Müller/Scheuren, S. 19). Der Arbeitskreis **Bauversicherungsrecht**, der in diesem Jahr erstmals tagt, wird sich mit der Rolle beschäftigen, die Versicherungen bei der Konfliktlösung und Vermeidung von Baustreitigkeiten spielen können (vgl. hierzu den Beitrag von Jochem, S. 21).

Der Baugerichtstag hat sich also – allein durch die Vielzahl der Themen und Thesen – wieder einmal viel vorgenommen. Die Veranstalter werden deshalb auf eine zielorientierte Diskussion achten müssen. Denn der Baugerichtstag braucht klare Ergebnisse. Die Stimme des unter dem Dach des Deutschen Baugerichtstages versammelten Sachverstandes sollte nämlich nicht nur in Berlin, sondern in ganz Deutschland, bei allen am Bau Beteiligten ankommen. ■

[1] Vgl. hierzu Ludolf Kewer, Westfalenspiegel, Februar 1976, S.26 f. In seinem Lobgedicht auf die Stadt Hamm schreibt des Dichter Murmelius im Jahr 1507: „Weisheitsvoll mit hoher Vernunft nach der Billigkeit Regeln, spricht hier Recht ein berühmter Senat zum Heile des Volkes, unparteiisch und nimmer gelenkt vom eignen Interesse."

[2] Mit den unter dem Begriff „Parallel-Justiz" zusammengefassten Alternativen zum staatlichen Bauprozess sind vor allem Schiedsgerichte und Adjudikationsverfahren gemeint, die Gegenstand des 3. Baugerichtstages 2010 waren, sowie im weiteren Sinne Mediationen und Schlichtungen, wenngleich darin keine Entscheidungen getroffen werden.

[3] Quack, ZfBR 2010, 211.

[4] Schröder, Die statistische Realität des Bauprozesses, NZBau 2008, S. 1 ff.

Die Reform des Bauvertragsrechts

Eine Lösung für die Probleme im Bau- und Werkvertragsrecht?

von RA Michael Schorn, Busse & Miessen, Bonn/Berlin/Leipzig

Der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages setzt die Diskussion darüber fort, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts geeignet ist.

Der hier dargestellte Teil 1 des Arbeitskreises I des Deutschen Baugerichtstages betrifft die Themen „Geschuldete Leistung und Mangelbegriff", „Prüf- und Hinweispflicht" und „Baubeschreibungspflicht".

Geschuldete Leistung und Mangelbegriff

Der 3. Baugerichtstag hatte empfohlen, Regelungen mit folgendem Inhalt in das Gesetz aufzunehmen:

> *Der Unternehmer schuldet die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit und die Herstellung eines funktionstauglichen Werks. Dies gilt auch bei Verträgen, denen eine (detaillierte) Leistungsbeschreibung des Bestellers zugrunde liegt. § 633 Abs. 2 BGB soll entsprechend redaktionell angepasst werden.*

Hintergrund dieser Empfehlung ist der funktionale Herstellungsbegriff. Dem liegen – auch nach der Begründung der Empfehlung des 3. Baugerichtstages – folgende Überlegungen zugrunde:

Die Mangelhaftung des Unternehmers besteht, wenn der werkvertragliche Erfolg verfehlt wurde. Dieser werkvertragliche Erfolg liegt in der Herstellung des versprochenen (Bau-)Werkes (§ 631 Abs. 1 BGB). Aus dem jeweiligen zugrunde liegenden Vertrag ergibt sich, was als werkvertraglicher Erfolg geschuldet ist. Die Frage, wie weit die Erfolgsverpflichtung des Unternehmers geht, ist allerdings nach der gesetzlichen Regelung offen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist der Maßstab hierfür und für die Mangelfreiheit des Werkes des Unternehmers die unter Berücksichtigung der vertraglichen Abreden berechtigte Funktionalitätserwartung des Bestellers. Der Unternehmer muss (es sei denn, es wäre Anderweitiges vertraglich geregelt) alle Leistungen erbringen, die zur Herstellung eines funktionstauglichen Werkes erforderlich sind.

Die derzeitigen gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts spiegeln aber den funktionalen Herstellungsbegriff nur unzureichend wider. Aus dem Regelungszusammenhang der §§ 633 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BGB konnte der Schluss gezogen werden, die funktionsuntaugliche Werkleistung könne dennoch mangelfrei sein, wenn nämlich der Unternehmer die vom Besteller erstellte Leistungsbeschreibung abgearbeitet und alle darin enthaltenen Beschaffenheitsvereinbarungen beanstandungsfrei umgesetzt hat. Nach den Empfehlungen des 3. Baugerichtstages sollten die Unzulänglichkeiten der derzeit geltenden gesetzlichen Definition des Mangelbegriffs durch eine redaktionelle Überarbeitung des § 633 Abs. 2 BGB dahingehend korrigiert werden, dass die dort tatbestandlich genannten Voraussetzungen kumulativ, also nebeneinander, erfüllt sein müssen, um die Mangelfreiheit des Werkes feststellen zu können. Insoweit wurde vorgeschlagen, den Wortlaut des § 633 BGB entsprechend anzupassen.

Noch im Jahre 2010, dem Jahr des 3. Baugerichtstages, wurde entsprechend den Vorgaben der Koalitionsvereinbarung der Regierungsparteien durch das Bundesministerium der Justiz eine Arbeitsgruppe gebildet, in der die wichtigsten der mit Fragen des Baus und des Bauvertragsrechts befassten Gruppen vertreten sind. Gegenstand der Arbeitsgruppe ist die Prüfung, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht sinnvoll ist. Die Arbeitsgruppe legt ihren Überlegungen zur Ausgestaltung eines eigenständigen Bauvertragsrechts den funktionalen Herstellungs- und Mangelbegriff zugrunde, der vom 3. Baugerichtstag empfohlen wurde.

Auf dem nunmehr stattfindenden 4. Baugerichtstag wird insofern dieser Gesichtspunkt zunächst nicht weiter diskutiert.

Prüf- und Hinweispflicht

Wenn ein Mangel auf verbindliche Vorgaben des Bestellers oder von diesem gelieferte Stoffe oder Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist und der Unternehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist, soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Unternehmer nicht für den Mangel seines Werkes verantwortlich sein. Dieser Rechtsgedanke, der den §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B entnommen wurde, gilt nach Treu und Glauben – § 242 BGB – auch für den BGB-Bauvertrag.

Der 3. Baugerichtstag hatte insoweit empfohlen, Regelungen mit folgendem Inhalt in das Gesetz aufzunehmen:

Die bisher in §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B verankerten und von der Rechtsprechung auch auf den BGB-Bauvertrag angewendeten Regelungen zur Prüfungs- und Hinweisobliegenheit des Unternehmers sollen sinngemäß in das Gesetz übernommen werden.

Die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Arbeitsgruppe teilt die Auffassung, dass es einer gesetzlichen Regelung der Prüf- und Hinweispflicht des Unternehmers bedarf. Unklar ist allerdings bislang noch die nähere Ausgestaltung einer solchen Regelung.

a) Rechtsfolgen der Erfüllung bzw. Nichterfüllung des gebotenen Hinweises
Diese werden im Rahmen der Arbeitsgruppe derzeit diskutiert.

Im Thesenpapier des Arbeitskreises I des Deutschen Baugerichtstages hat der Arbeitskreis I mit seiner Empfehlung eine gesetzliche Regelung nach dem Vorbild des § 13 Abs. 3 VOB/B und insoweit die Einführung eines Enthaftungstatbestandes befürwortet. Der Unternehmer soll von der Mangelhaftung frei werden, wenn er die erforderlichen Bedenkenhinweise erteilt. Gleiches soll gelten, wenn er nach gebotener Prüfung keine Bedenken haben muss.

Dies ist nach Auffassung des Arbeitskreises I des Deutschen Baugerichtstages auch gerechtfertigt, weil die zu Prüfung und Hinweis Anlass gebenden Vorgaben und Vorleistungen aus der Risikosphäre des Bestellers stammen. Sind sie unvollständig oder fehlerhaft, trägt der Besteller deshalb im Ergebnis des Risiko einer durch ihre Umsetzung bedingten Verfehlung des funktionalen Werkerfolges, wenn der Unternehmer die Unzulänglichkeiten der Leistungsvorgaben nicht erkennen konnte oder trotz Bedenkenhinweis angewiesen wird, die Bauleistung wie vorgegeben auszuführen.

Soweit der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages sich für diese Rechtsfolge entschieden hat und diese empfohlen hat, besteht anlässlich des 4. Baugerichtstages auch kein Bedarf für weitere Regelungsvorschläge.

b) Rechtsfolgen, wenn der Besteller auf den Bedenkenhinweis des Unternehmers nicht oder nicht in der erforderlichen Weise reagiert
In der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe wird diskutiert, dass die Rechtsfolge für den Fall, dass der Besteller auf den Bedenkenhinweis des Unternehmers nicht oder nicht in der erforderlichen Weise reagiert, entweder der Verlust des Rügerechts ist oder aber die Anpassung des Vertrages durch stillschweigende Annahme des Alternativvorschlages des Unternehmers oder aber ein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers.

Der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages hat die Problematik eines Verstoßes des Bestellers gegen seine Mitwirkungsobliegenheit erkannt. Es wurde hierzu die Auffassung vertreten, dass die Erarbeitung geeigneter rechtlicher Kriterien für die rechtliche Beurteilung derartiger Problemkonstellationen der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung überlassen bleiben soll und insoweit kein Bedarf für besondere gesetzliche Regelungen gesehen wird. Insoweit soll auch anlässlich des 4. Baugerichtstages keine weitere Empfehlung erfolgen.

c) Form des Bedenkenhinweises
Unklar ist bislang auch, in welcher Form Bedenkenhinweise durch den Unternehmer zu erteilen sind. Es wäre möglich, dass Bedenkenhinweise formlos zu erteilen sind. Es wäre möglich, dass für einen Bedenkenhinweis Schriftform (§ 126 BGB) erforderlich ist und es wäre möglich, dass für einen Bedenkenhinweis nur die Textform (§ 126 b BGB) erforderlich ist.

In der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe ist man wohl mehrheitlich, insbesondere aus „erzieherischen Gründen“ und auch im Interesse der Beweissicherheit, der Auffassung, dass Schrift- bzw. Textform für den Bedenkenhinweis gesetzlich vorzuschreiben ist.

Nicht einig ist man sich dahingehend, ob eine gesetzlich vorzuschreibende Form abbedungen werden kann.

Der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages hat sich bislang noch nicht zu der Form des Bedenkenhinweises geäußert. Im Rahmen des Arbeitskreises I des Deutschen Baugerichtstages soll dieser Gesichtspunkt diskutiert werden und hinsichtlich des Formerfordernisses eine gesonderte Empfehlung an den Gesetzgeber formuliert werden.

Hierbei wird auch diskutiert werden, ob zwischen Verbraucherverträgen und Verträgen zwischen Unternehmern unterschieden werden muss, etwa dahingehend, dass bei Verbraucherverträgen (wegen der Schutzbedürftigkeit der Verbraucher) die Einhaltung der Form zwingend sein soll, bei Verträgen zwischen Unternehmern die Form jedoch abbedungen werden kann.

Baubeschreibungspflicht

In der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe ist die „allgemeine Baubeschreibungspflicht“ diskutiert worden, jedoch eine solche Verpflichtung bei Verträgen zwischen Unternehmern verworfen worden, weil die Einführung sinnvoller gesetzlicher Vorschriften zu einer allgemeinen Baubeschreibungspflicht nicht machbar ist. Fest steht, dass die Einführung sinnvoller gesetzlicher Vorschriften zu einer allgemeinen Baubeschreibungspflicht kaum machbar sein wird.

Der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages sieht hier insofern auch keinen Anlass für weitere Empfehlungen in diesem Punkt.

Anderes soll aber gelten für eine Baubeschreibung bei Bauverträgen mit Verbrauchern.

Insofern wird auf dem 4. Baugerichtstag die Frage diskutiert, ob es sinnvoll ist, gesetzliche Vorgaben für den Inhalt der Leistungsbeschreibung bei Bauverträgen mit Verbrauchern einzuführen. Diskutiert werden soll in diesem Zusammenhang und ggf. eine Empfehlung ausgesprochen werden, ob und wenn ja, mit welchem Ziel, sich der Gesetzgeber grundsätzlich mit der Schaffung von gesetzlichen Vorgaben für den Inhalt von Leistungsbeschreibungen bei Bauverträgen mit Verbrauchern befassen soll.

Der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages wird sich in Form einer Podiumsveranstaltung mit den vorstehend aufgeführten Beratungen in der *Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht* des Bundesministeriums der Justiz befassen und unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen diese mit dem Ziel erörtern, zu den entsprechenden Empfehlungen – soweit notwendig – Änderungs- bzw. Ergänzungsvorschläge zu formulieren. ■

RA Michael Schorn ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und und Baurechtsspezialist (im Sinne des Netzwerks Bauanwälte).

Nachträge und deren Bezahlung nach der VOB/B

Ein Dauerbrenner auf dem Baugerichtstag

von Prof. Dr. Hans Ganten, Bremen

Sie gehört zu den ältesten, gleichzeitig schwierigsten und offenbar nicht verbindlich lösbaren Fragen des Bauvertragsrechts: Sind „Zusatzarbeiten“ eines Unternehmens wirklich „Zusatzarbeiten“ oder doch lediglich vereinbarte Vertragsleistungen? Wie werden – wenn es sich darum handelt – zusätzliche Leistungen vergütet? Muss der Unternehmer einen schlecht kalkulierten (deshalb „schlechten“) Preis auch für umfangreiche Nachträge zugrunde legen? Hat er „Glück gehabt“, wenn eine Position günstig kalkuliert war und sich genau an dieser Stelle eine erhebliche Massenerweiterung ergibt?

Diese Fragen beschäftigen zzt. wieder die Rechtspolitik – das Bundesministerium für Justiz (BMJ), das an einer weiteren (nun aber „gründlichen“!) Reform des Werkvertragsrechtes arbeitet und den 4. Deutschen Baugerichtstag im Mai 2012 in Hamm. Bei der Bundesregierung (BMJ) ist eine „Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht“ gebildet, an der neben Ministerialen und der Wissenschaft auch Baurechtlicher aus der Praxis beteiligt sind; ebenso vereint der Deutsche Baugerichtstag das gesamte Spektrum der Baurechtsinteressen. Trotzdem zeichnet sich noch ein dorniger Weg ab, bis die „ideale Lösung“ zu den obigen Fragen gefunden ist. Warum ist das so schwer?

Das Geheimnis liegt wohl darin, dass es bei der Nachtragsproblematik nicht nur um juristische Dogmatik geht, in der der Kompass des Gesetzes und/oder theoretische Rechtsgrundlagen den Weg weisen, sondern dass (auch) hier schlicht Interessen aufeinanderstoßen, für die es keine „absolut richtige“ Lösung gibt und geben kann. Richtig (= „gerecht“) ist auch hier in erster Linie der Ausgleich von Interessen, der in Verhandlungen gefunden wird. Aber wie, wenn solche „Verhandlungen“ gar nicht stattfinden, weil ihre Ergebnisse bereits durch vertragliche AGB vorweggenommen sind? Zu solchen AGB gehört auch die VOB/B. Dann müssen sich die Verfasser der AGB entscheiden, welchen Interessen sie Vorrang geben. Trotzdem bleibt es aber natürlich das Ziel von Verträgen, einen angemessenen Ausgleich der „gegnerischen Positionen“ auf allen Seiten zu finden. Aber was ist „angemessen“? Darüber ist in den vergangenen Jahren eine Fülle von Literatur entstanden. Der Meinungsstand im Schrifttum ist dort nachzulesen.

Thesen zur Diskussion

Die Erörterungen auf dem Deutschen Baugerichtstag werden die Fronten zwischen den verschiedenen Interessen wieder deutlich machen. Zur Vorbereitung dieser Diskussion sind im „Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht“ Thesen vorbereitet worden, die der Richter am BGH, Stefan Leupertz, als Grundlage der Gespräche erläutert hat. Diese Hinweise sollen hier kurz beschrieben werden:

Zunächst geht es um die Frage, wann überhaupt vergütungspflichtige Nachträge vorliegen. Das ist selbstverständlich im Kern eine Vertragsfrage, die abschließend deshalb immer nur „am Fall“ gelöst werden kann. Trotzdem gibt es Grundsätze der Auslegung und des Vertragsverständnisses, wenn (wie meist) genauere Regelungen über die Risikoverteilung im Vertrag fehlen. Die Thesen des Deutschen Baugerichtstages wollen dafür Akzente setzen.

Für die Frage, ob „Zusatzleistungen“ nachtragswürdig sind oder nicht, stellt die entsprechende These zum Deutschen Baugerichtstag auf die Planungsverantwortung des Auftraggebers als besonderem Kriterium auch für die Lösung von Nachtragsrisiken ab. Der zugrunde liegende Gedanke lässt sich (verkürzt) etwa auf folgende Formel bringen: Wer plant, übersieht auch (oder muss übersehen), welche unternehmerischen Leistungen zur Ausführung des Bauwerkes, d. h. zur abnahmefähigen Fertigstellung einer funktionsgerechten Leistung, erforderlich sind. Der Unternehmer darf entsprechend davon ausgehen, dass die Planung (einschließlich „geplanter“ Leistungsverzeichnisse und Baubeschreibungen pp.) alles Erforderliche enthält, was er in die Kalkulation seiner Vergütung einzurechnen hat. Das Vertrauen des Unternehmers darauf soll (besser) geschützt werden. Ergeben sich nachträglich Änderungen, die planerisch (s. o.) nicht vorgegeben waren, sind diese Leistungen im Zweifel „nachtragsfähig“, d. h. sie müssen bezahlt werden.

Dieser Standpunkt lässt sich vertreten. Architekten und Projektsteuerer werden aber einwenden, dass in der Praxis „nicht alles geplant und dargestellt“ werden kann und die These aus der Vorbereitung des Baugerichtstages dazu führen könnte, dass Auftragnehmer „nur nach Lücken in der Planung suchen werden“, um daraus Ansprüche auf Zusatzvergütungen abzuleiten. Die (tendenziell auch gewollte) Belastung der Auftraggeberseite in dieser These kann und wird dann gleichzeitig dazu führen, dass das Risiko der Auftragnehmer, nicht „geplante“, aber doch notwendige Bestandteile eines gebauten Projektes nicht zu kalkulieren, gemindert wird. Die Verletzung von Hinweispflichten des Auftragnehmers etwa nach § 4 Abs. 2 Nr. 4, ggf. auch nach § 4 Abs. 3 VOB/B, wird dann in einem deutlich milderen Licht erscheinen. Daraus können (und werden wohl) sich auch zu-

sätzliche Regressrisiken für den planenden Architekten und Projektsteuerer ergeben.

Die weitere Frage ist dann, wie Nachtragsleistungen vergütet werden. Unternehmer können daran interessiert sein, dass die Vertragspreise fortgeschrieben werden, ihr Interesse wird aber nachlassen, wenn danach stets auch „ein schlechter Preis ein schlechter Preis bleibt". Die Diskussion über die „Fortschreibung von Vertragspreisen" hat inzwischen umfangreiche Literatur hervorgebracht. Oberhauser (BauR 2011, 1547 f.) und Franz (BauR 2012, 380 f.) haben in lesenswerten Aufsätzen dazu die Argumente herausgearbeitet, nach denen nicht nur auf den „vereinbarten Preis", sondern in wesentlichen Fällen auch auf die tatsächlichen Kosten des Unternehmens und einen im Ergebnis „angemessenen" Preis abzustellen ist. Einen anderen Weg geht im Prinzip Schottke in seinem mehr baubetrieblich orientierten Aufsatz in BauR 2011, 1881 f.: Er geht davon aus, dass auch bei Nachträgen grundsätzlich nur die Fortführung der Vertragsgrundlagen zu einem „richtigen Preis" führen werde.

Der Deutsche Baugerichtstag ist in der Vorbereitung zu dieser Frage unentschieden geblieben. Seine Thesen enthalten zwei Varianten: (1) Bei: Nachträgen aus vertraglich „erforderlichen" Leistungen (vgl. § 1 Abs. 4, Satz 1 VOB/B) sei auf das Vertragsniveau abstellen, etwas anders jedoch bei „zusätzlich geforderten Leistungen"; bei ihnen soll stärker auch die weitere Entwicklung der Preise bis zum Zeitpunkt der Änderungsanordnungen berücksichtigt werden. – (2) Die „Variante II" stellt im Ausgangspunkt generell auf den Vertragspreis ab, will aber Unbilligkeiten daraus ggf. durch eine Berücksichtigung besonderen Aufwandes des Auftragnehmers aufgrund der veränderten Vertragslage ausgleichen. Die Variante II möchte zu einer stärkeren Beachtung des Faktors „üblicher Marktpreis" kommen. Einzelheiten dazu können hier nicht ausgeführt werden.

Auch in dieser Diskussion wird es darum gehen, eingegangene Vertragsrisiken zu bewerten und zuzuordnen, ggf. nachträglich auszugleichen. Eine „generell richtige Lösung" gibt es auch hier nicht, weil letztlich der Einzelvertrag maßgeblich ist (so zutreffend Althaus in BauR 2012, 359 f., der auch zutreffend darauf hinweist, dass hier im Kern rechtliche und nicht baubetriebliche Fragen zu lösen seien). – Der in aller Regel auch (mehr oder minder) spekulative Charakter von Bauverträgen wird sich weder durch AGB noch gar gesetzlich in allseits gerechte Lösungen auflösen lassen. Das bedeutet aber auch, dass nicht jede in der Vertragsentwicklung eintretende Folge von Risikoübernahmen ausgeglichen werden kann und muss. Vor allem wird es deshalb für praxisnahe Lösungen (wohl) darum gehen, „nicht hinnehmbare" Wirkungen von Risikoplanungen einerseits und Risikokalkulationen andererseits abzumildern. Aber auch dann bleibt die Frage: Was ist „nicht hinnehmbar". Kniffka hat in BauR 2012, S. 411 f. sehr deutlich darauf hingewiesen, dass die VOB/B selbst dazu (leider) bisher keine befriedigenden Lösungen bereithält.

Weitere Problemfelder

Der 4. Baugerichtstag erörtert im Kontext der Vergütungsfragen auch weitere Problemfelder, für deren ausführlichere Darstellung hier der Platz fehlt. So geht es einmal um das „Anordnungsrecht" des Auftraggebers gem. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B. Zum anderen wird über die sog. „Bauverfügung" diskutiert werden, durch die in einem gerichtlichen „Schnellverfahren" sehr zeitnah geprüft und entschieden werden kann, ob Nachträge überhaupt und ggf. in welcher Höhe berechtigt sind. Zu dieser letztgenannten Problematik sind allerdings noch sehr viele Fragen offen.

Fazit: Auf die Diskussion auf dem Deutschen Baugerichtstag darf man sehr gespannt sein. Sie ist nicht nur Anregung für den Gesetzgeber, sondern vielfältig auch für die baurechtliche Beratungspraxis. „Gerechte Lösungen" ergeben sich vor allem im Diskurs. Der Baugerichtstag ist dazu ein hoffnungsvolles Forum. ■

Prof. Dr. Hans Ganten ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Primat der Wirtschaftlichkeit: Einfallstor einer Rückkehr zur Auftragsvergabe nach Gutsherrenart?

ARBEITSKREIS II VERGABERECHT

Effizienz und Rechtssicherheit bei Vergaben

Brauchen wir veränderte Regeln?

von RA Olaf Jaeger, GESSNER Rechtsanwälte, Saarbrücken

Vergaberecht ist das Beschaffungsrecht der öffentlichen Hand. Es unterliegt sehr formellen Kriterien, die häufig von Auftraggeber und Auftragnehmer gleichermaßen als hinderlicher Zwang gesehen werden.

Zum Teil durchaus zu Recht, zum Teil nutzt aber auch der öffentliche Auftraggeber bereits jetzt bestehende Spielräume nicht oder nicht ausreichend. Allerdings muss das Vergaberecht auch immer so gestaltet sein, dass es von Nicht-Juristen verstanden und angewendet werden kann. Daher ist es durchaus sinnvoll, sich zu fragen, ob nicht Änderungen notwendig sind, damit sowohl bei der Gestaltung von Ausschreibungen, wie auch bei Wertungskriterien häufiger die Betonung auf eine **wirtschaftliche Lösung** der Bauaufgabe gelegt werden kann.

Denn das Vergaberecht ist zugleich auch Bestandteil des **Wettbewerbrechts**; es soll allen interessierten und geeigneten Bietern die gleichen Chancen einräumen. Dies wird anhand sehr formaler Kriterien geprüft. Hier bestehen häufig keine Wertungsspielräume, so dass juristisch alles nachprüfbar ist. Anders sieht es mit der Wirtschaftlichkeit aus. Hier hat der Auftraggeber Beurteilungsspielräume, die er jedoch häufig nicht nutzt. Dies geschieht zum Teil aus der Sorge heraus, er würde sich hier angreifbar machen. Genau das Gegenteil ist jedoch der Fall. Denn wo Beurteilungsspielräume bestehen, greifen Juristen (hier die Mitglieder der Vergabekammern oder die Richter der Vergabesenate) nur sehr zurückhaltend ein. Dennoch wird empfohlen, die VOB/A zu ändern, damit der öffentliche Auftraggeber von Möglichkeiten, besonders wirtschaftliche Angebote zu erhalten, noch mehr Gebrauch macht.

Ein Instrumentarium dazu sind so genannte **Nebenangebote.** Hierbei handelt es sich um Abweichungen vom Leistungsverzeichnis, welches der Auftraggeber vorgibt (so genannter Amtsentwurf), und mit denen die Bieter eigene Erfahrungen und Ideen in den Wettbewerb einbringen können, um z.B. durch technische Innovationen erhebliche Einsparungen und Rationalisierungseffekte herbeizuführen. In der Praxis besteht hier eine große Rechtsunsicherheit, weil die Mindestanforderungen, welche Nebenangebote erfüllen müssen, zwingend vom öffentlichen Auftraggeber vorgegeben werden müssen. Hierzu gibt es zwar mittlerweile im Vergabehandbuch des Bundes (VHB) ein

Formular, dieses wird jedoch nur selten und noch seltener richtig ausgefüllt. Allerdings wird es als schwierig bis unmöglich angesehen, aufgrund der Vielgestaltigkeit der verschiedenen Vergaben, hier eine abstrakte neue Regelung einzuführen, um die Anwendung zu erleichtern. Vereinfachungsmöglichkeiten werden jedoch gesehen darin, dass nicht mehr zwingend vom öffentlichen Auftraggeber ausdrücklich Nebenangebote zugelassen werden müssen, sondern sie sollen immer zulässig sein; ferner sollte auch klargestellt werden, dass Nebenangebote unabhängig vom Zuschlagskriterium immer zulässig sind, also auch wenn der Preis alleine das Zuschlagskriterium darstellt, und nicht nur dann, wenn auch andere Wirtschaftlichkeitskriterien maßgeblich sind. Denn hier besteht derzeit eine Meinungsverschiedenheit zwischen verschiedenen Gerichten. Ferner wird vorgeschlagen, den öffentlichen Auftraggeber dazu zu ermutigen, häufiger mittels (teil-)funktionaler Ausschreibung vorzugehen, da hierdurch die Spielräume für Nebenangebote erweitert werden.

Bereits aufgrund der letzten Änderung des Vergaberechts ist es möglich, **Erklärungen und Nachweise nachzufordern**, wenn diese nicht schon bei Angebotsabgabe beigelegen haben. Denn früher mussten zahlreiche Angebote alleine deshalb ausgeschlossen werden, weil aufgrund des Zeitdrucks bei Erstellung eines Angebotes die eine oder andere Unterlage vergessen wurde. Auch hier wird vorgeschlagen, die Anwendung nochmals zu erleichtern und zu erweitern.

Ausdrücklich kein Änderungsbedarf wird gesehen bei der letzten Änderung des Vergaberechts zur Stärkung der Interessen kleinerer und mittelständischer Bieterunternehmen. Insoweit war der Vorrang von Teil- und Fachlosvergaben nochmals gestärkt worden, um Gesamtvergaben an einen Generalunternehmer zu reduzieren. Gleichwohl lässt hier die jetzige Regelung nach Auffassung der im Arbeitskreis vorgelegten Thesen genügend Wertungsspielraums, um je nach Fallgestaltung zu gerechten Lösungen zu gelangen.

Auch unterhalb der Schwellenwerte (ab 5 Millionen muss europaweit ein Bauauftrag ausgeschrieben werden) werden Erleichterungen vorgeschlagen. So gab es bereits im Rahmen des so genannten Konjunkturpakets II Erleichterungen, im Wege freihändiger Vergabe oder durch beschränkte Ausschreibung Aufträge vergeben zu können. Im Zuge der letzten Änderung des Vergaberechts wurden dann je nach Gewerk unterschiedliche Schwellenwerte eingeführt (50.000 € für Ausbaugewerke, Landschaftsbau und Straßenausstattung, 150.000 € für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau, 100.000 € für alle übrigen Gewerke), bis zu denen beschränkte Ausschreibung erfolgen kann. Nunmehr wird vorgeschlagen, gewerkeunabhängig bis 150.000 € dem Auftraggeber die Verfahrensart völlig freizustellen, also auch freihändige Vergabe.

Fazit: Insgesamt zeigt sich im Arbeitskreis Vergaberecht, dass nicht mehr wie bisher ganz grundsätzliche unterschiedliche Thesen und Interessen aufeinanderprallen (früher ging es zum Beispiel darum, ob auch unterhalb der Schwellenwerte ein spezifischer Rechtsschutz durch den Gesetzgeber normiert werden soll; mittlerweile hat hier die Praxis vollendete Tatsachen geschaffen, da es praktisch überall vor den Landgerichten entsprechenden Eil-Rechtsschutz gibt), sondern dass ein „Fine-tunig“ vorgenommen wird, wonach bereits bestehende Regelungen nur noch leicht abgeändert und modifiziert werden. Dies belegt, dass das Vergaberecht, welches sich in seinem modernen Gepräge mittlerweile im 13. Anwendungsjahre befindet, allgemein akzeptiert wird mit allen seinen Stärken und Schwächen, dass nicht immer wieder das Rad neu erfunden werden soll, dass insgesamt Zurückhaltung geübt wird in der völligen Umgestaltung bestehender bekannter und bewährter Regelungen, dass aber durchaus der eine oder andere Punkt noch ein wenig verbessert werden könnte in der Hoffnung, dass die Praxis dann zu noch besseren Ergebnissen im Wettbewerb unter Berücksichtigung der Kreativität der Bieter und ohne allzu formelle Fesseln gelangt. Allerdings ist hier aus meiner Sicht auch Vorsicht geboten, denn erst durch die formellen Kriterien konnte ein effektiver Rechtsschutz erreicht werden, konnten sich Bieter gegen die Willkür der öffentlichen Hand durchsetzen, ließ sich das eine oder andere Mal eine Gefälligkeitsvergabe verhindern. Daher ist dieser Arbeitskreis mit Sorgfalt zu beobachten, um zu verhindern, dass unter dem Primat der Wirtschaftlichkeit und der Erleichterung freihändiger Vergabe wieder die alte „Gutsherrenart“ Einzug findet. ■

RA Olaf Jaeger ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Spezialist für Vergaberecht (im Sinne des Netzwerks Bauanwälte).

Die Baustellen des Architekten: Wozu ist er verpflichtet?

Eine Frage der Definition

Was ist der geschuldete Werkerfolg des Planers?

von RA Karsten Meurer, Meurer Rechtsanwälte, Stuttgart
und RA H. Henning Irmler, Irmler & Collegen, Schwerin

Wer als Architekt oder Planer tätig wird, hat es aus rechtlicher und werkvertraglicher Sicht nicht leicht. Planer müssen nachweisen, dass Sie einen unbedingten Auftrag erhalten haben, wofür Sie die Beweislast haben. Wenn Ihnen dieser Nachweis gelingt, sind sie im Rahmen der werkvertraglichen Haftung dazu verpflichtet den dem Bauherrn versprochenen Erfolg zu planen und umsetzen zu lassen.

Was aber der versprochene Erfolg im Rahmen eines Planungsvertrages ist, wann er definiert und eingehalten ist, ob der Bauherr ein Weisungsrecht hat, wann der Vertrag vom Planer und vom Bauherrn gekündigt werden kann, welche Tätigkeiten der Planer erbringen muss, um ein volles Honorar zu erhalten, all dies sind Fragen, die oft schlecht oder gar unzufrieden im Gesetz geregelt sind.

Deswegen hat es sich der Baugerichtstag in Hamm in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium der Justiz, zur Aufgabe gemacht, ein eigenes Werkvertragsrecht für Planungsleistungen zu schaffen. Die ersten Ergebnisse der einzelnen Arbeitsgruppen I bis IV liegen zwischenzeitlich vor.

Der Arbeitskreis IV (Architekten- und Ingenieurrecht) wird auf dem 4. Baugerichtstag am 11. Mai 2012 u.a. eingehend darüber beraten, wie der Werkerfolg des Planungsvertrages definiert werden kann. Hierbei werden aus Sicht des Arbeitskreises vor allen Dingen die besonderen Schwierigkeiten des Planers bis zum Erhalt des Auftrages, aber auch bei der Definition des geschuldeten Planerfolges zu berücksichtigen. Konkret wird insoweit ein Lösungsvorschlag der Herren Prof Dr. Bernd Dammert (Leipzig) und Prof. Dr. Wolfgang Voit (Marburg) zur Diskussion gestellt. Beide sind Mitglieder der Unterarbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium, welche die Anregungen des 3. Baugerichtstages aufgenommen und weitere Vorgaben konkretisiert hat. Dieser Lösungsvorschlag besteht in-

soweit darin, durch Einfügung eines neuen § 631 a BGB den Parteien, insbesondere dem Auftraggeber, „erleichterte“ Kündigungsmöglichkeiten des Vertrages zu verschaffen, wenn sie sich über den konkret geschuldeten Planungserfolg nicht verständigen können. Faktisch bedeutet dies, dass sich der Planungsvertrag und der geschuldete Erfolg sich aus einer Konzeptionsphase/Planungsphase und einer Ausführungsphase zusammensetzen. Hierdurch sollen vor allen Dingen die Parteien angehalten werden, sich bereits frühzeitig auf die Planungsziele zu verständigen und die zu diesem Zweck durchzuführenden Planungs- und Leistungsschritte zu definieren

In der Planungsphase sollen – vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen – die zwischen Aufraggeber und Planer vereinbarten Planungsziele und Planungsgrundlagen soweit entwickelt werden, dass sie umgesetzt werden können oder anders formuliert in eine genehmigungsfähige und ausführungsreife Planung, umgesetzt werden. Zur Umsetzung der Planungsvorgaben gehört dann auch das Erstellen der Leistungsverzeichnisse und wohl auch das Mitwirken bei den Vergaben.

Da die Bestimmung des geschuldeten Planungserfolges wie die Planung selbst einen dynamischen Prozess darstellt und bei Auftragserteilung häufig nicht feststeht bzw. noch gar nicht feststehen kann, ist – nur – für diese Fälle vorgesehen, dass der Planer zunächst die Ziele und Grundlage der geschuldeten Planung (Konzeptionsphase) nach den Vorgaben des Auftraggebers, natürlich unter Beachtung des öffentlichen Baurechts, zu erstellen hat und den Auftraggeber nach deren Übergabe zur Zustimmung auffordern muss. Diese hat der Auftraggeber innerhalb einer angemessenen Frist zu erteilen. Erteilt er die Zustimmung zu den Planungsleistungen nicht, dann kann der Planer den Vertrag kündigen und jedenfalls die bis dahin erbrachten Leistungen nach § 645 Abs. 1 Satz 3 BGB abrechnen. Ob weitergehend ein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen (wie nach § 649 BGB) besteht, ist offen.

Mit einer Ergänzung des § 649 BGB um weitere Absätze soll zudem dem Besteller ein Kündigungsrecht für die Dauer von 14 Tagen nach Vorlage der Planunterlagen durch den Planer gegeben werden, wenn ihm die Planung – aus welchem Grund auch immer – nicht gefällt. Um ihm diese Kündigung zu erleichtern soll der Besteller in diesem Fall auch nicht die volle Vergütung sondern lediglich – als gesetzlichen Sonderfall – nur die bis zur Kündigung erbrachten Planungsleistungen vergüten müssen. In der Ausführungs-/Umsetzungsphase soll dann die Umsetzung der vom Planer mangelfrei und unter Beachtung des öffentlichen Baurechts erstellte und vom Auftraggeber genehmigte Planung nebst Ausschreibung überwacht werden.

Im Ergebnis würde dieser Lösungsvorschlag dazu führen, dass der Auftraggeber für den Fall, dass die Parteien zu keiner einvernehmlichen Bestimmung des vom Architekten geschuldeten Leistungserfolg gelangen und eine der Parteien deshalb den Vertrag kündigt, jedenfalls die Vergütung für die vom Architekten bis dahin erbrachten Leistungen zu zahlen hat.

Fazit: Nur in Teilen neu in diesem Gesetzesentwurf des § 631 a BGB E und § 649 BGB ist der werkvertragliche Erfolg des Planungs- und Überwachungsvertrages gefasst worden. Auch durch diese Definitionen wird sich nach erster Einschätzung wenig an der umfangreichen Haftung des Architekten im Bereich Ausführung des Bauwerks ändern.

Verbessert wird die Situation des Planers aber im Bereich der Haftung für Planungsleistungen, dadurch das der Auftragnehmer auf einer Definition des werkvertraglichen Erfolges durch den Besteller bestehen kann und somit den Maßstab für die werkvertragliche Bewertung der Mangelfreiheit der später zu erbringenden Planungsleistungen definiert. Planer werden gut beraten sein, hierauf zu bestehen. Durch die Ausbildung des Kündigungsrechtes für beide Parteien muss aber auch der Bauherr nicht befürchten, übervorteilt zu werden. Im Gegenteilt, gefällt ihm die Planung nicht oder ist er einfach noch nicht entschlossen, kann er sicherheitshalber den Planungsauftrag beenden und dem Planer die erbrachten Planungsleistungen bezahlen. Einen Nachteil hat der Besteller in diesem Fall erst dann, wenn der Planer ein späteres – selbständiges – Vertragsangebot für die Fortführung der Planung nicht annimmt, was allerdings eher ein theoretischer Fall sein dürfte.

Gleichwohl wirft dieser Entwurf viele Fragen auf. Soll der Bauherr wirklich ein Kündigungsrecht erhalten und ist dies sachgerecht? Erscheint es sinnvoll dem Unternehmer ein solches zuzubilligen? Kann man den werkvertraglichen Erfolg bereits zum Zeitpunkt der Kostenschätzung ausreichend definieren? Ist das Zwei-Phasenmodell sinnvoll? Wo ist die Schnittstelle? Wie korrespondiert dies mit der HOAI? Etc. ... ■

ARBEITSKREIS VI SACHVERSTÄNDIGENRECHT

Der staatliche Bauprozess – ein Sanierungsfall?

Die Bedeutung des gerichtlichen Sachverständigen als Diskussionsgegenstand

von RA Dr. Andreas Koenen, KOENEN RECHTSANWÄLTE, Essen / Hannover / Münster / Bielefeld

Das diesjährige Thema des Arbeitskreises VI geht über das diesem zugeordnete Sachverständigenrecht weit hinaus. Der Formulierung des Themas ist dies nicht zu entnehmen: „Bedarf es im Baurecht gesetzlicher (Neu-)Regelungen betreffend die Verwendung von Gerichts- und/oder Privatgutachten?", so der unspektakuläre Arbeitstitel. Das Thema hat es jedoch in sich, auch im Hinblick auf die Zukunft des staatlichen Bauprozesses.

Das „Ringen um die Sache", so eine der Thesen zum 4. Baugerichtstag 2012, solle im Bauprozess zwischen allen in einem Gerichtsverfahren tätigen Sachverständigen „ohne Hierarchisierung der Akteure und der Sachbeiträge" möglich, zulässig und gesetzlich vorgeschrieben sein. Denn hier komme es auf Inhalte und nicht auf die „formalen Hierarchien, Zuordnungen bzw. Auftragsverhältnisse" an. Die im Rahmen eines Gerichtsverfahrens beauftragten Privatgutachter sollten deshalb gleiches Gehör finden und die gleiche „Würdigung" erfahren wie vom Gericht bestellte Sachverständige, jedenfalls dann, wenn die Privatgutachter die gleiche Qualifikation aufweisen und diese ebenfalls öffentlich bestellt und vereidigt sind.

Diese Thesen stammen von Prof. Dr.-Ing. Rolf Katzenbach (These 1a und 1b), Direktor des Instituts und der Versuchsanstalt für Geotechnik der Technischen Universität Darmstadt.[1] Bei einem solchen „Wettstreit der Edlen", Katzenbach meint hier die vom Gericht und von den Parteien beauftragten Gutachter, würde dieser als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger also selbst dazu gehören.

Der dabei von ihm in These 1b) verwendete Begriff des „Wettstreits der Edlen" hat eine doppelte Zielrichtung: Zum einen soll damit vordergründig erreicht werden, dass auch Privatgutachter im Bauprozess Gehör finden. Zum anderen lässt dieser Begriff Rückschlüsse auf das Rollenverständnis von Gericht und Sachverständigen zu, das zwar nicht der Rechtslage, aber der Rechtswirklichkeit entspricht. Gelingt es nicht, diese Wirklichkeit in den Griff zu bekommen, wird sich der Bedeutungsverlust des staatlichen Bauprozesses aller Voraussicht nach noch weiter verstärken.

Die Bedeutung des Privatgutachtens im Bauprozess

Vorrangig sind die Thesen von Prof. Dr. Katzenbach auf die Stärkung des Privatgutachtens im Bauprozess gerichtet. Neben den Thesen 1a) und 1b) gilt dies auch für die These 2a), wonach das „Frage-/Disputationsrecht" der von den Parteien beauftragten Privatgutachter gesetzlich verankert werden soll und nicht im „individuellen – zufälligen – Ermessen des Gerichts" liegen dürfe.

Zwar sind Privatgutachten den gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten rechtlich nach wie vor nicht gleichgestellt. Werden Privatgutachten und/oder Privatgutachter von den Parteien jedoch in konsequenter Umsetzung der in den vergangenen Jahren ergangenen Rechtsprechung im Bauprozess eingesetzt, kann deren Bedeutung die eines gerichtlich beauftragten Sachverständigen im Ergebnis sogar übersteigen.

Ein in einen Bauprozess eingeführtes Privatgutachten stellt nach heutiger Rechtslage qualifizierten Parteivortrag dar. Daraus ziehen manche den Schluss, Privatgutachten hätten im Bauprozess eine geringe oder sogar überhaupt keine Bedeutung. Dies ist jedoch nicht richtig. Richtig ist vielmehr, dass das Privatgutachten – anders als die vom Gericht eingeholten Sachverständigengutachten – lediglich kein Beweismittel im Sinne der Zivilprozessordnung (ZPO) ist. Davon zu trennen ist jedoch dessen tatsächliche Bedeutung bzw. dessen Einfluss auf das Ergebnis eines Sachverständigengutachtens, was vielfach unterschätzt wird.[2] Die Feststellungen eines Sachverständigen bzw. die richterliche Entscheidung können die Parteien durch Beauftragung eines Privatgutachtens bzw. Privatgutachters auf folgende Weise beeinflussen:

a) Das Gericht hält ein Privatgutachten für ausreichend: Einem Privatgutachten kann eine einem Beweismittel vergleichbare Wirkung zukommen, wenn das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung das Privatgutachten für ausreichend hält, d.h. die Beweisfrage als zuverlässig beantwortet einstuft. Dies setzt allerdings voraus, dass das Gericht eigene Sachkunde besitzt und offenlegt, warum es die streitigen Fragen selbst beurteilen kann. In einem solchen Fall müsste dann die Gegenseite entscheiden, ob diese den Gegenbeweis in Form eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens anbietet. In der Baurechtspraxis machen die Gerichte von dieser Möglichkeit allerdings nur selten Gebrauch.

b) Privatgutachterliche Stellungnahme zu einem gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten: Sehr viel praxisrelevanter und ebenfalls von erheblicher Bedeutung ist die privatgutachterliche Stellungnahme zu einem gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten. Legt die Partei eines Rechtsstreits zur Untermauerung ihrer Stellungnahme ein solches Privatgutachten vor, muss sich das Gericht mit diesem auseinandersetzen und den Sachverhalt weiter aufklären. Die Verpflichtung des Gerichts geht so weit, dass es einen Verfahrensfehler darstellen würde, wenn das Gericht nicht mitteilen würde, warum es die Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen dem Privatgutachten vorzieht oder überzeugender findet. Kann das Gericht weder dem einen noch dem anderen Gutachten sachlich folgen, muss es von Amts wegen ein weiteres Sachverständigengutachten einholen.

c) Der Privatgutachter als sachverständiger Zeuge: Der Inhalt eines Privatgutachtens kann einen Rechtsstreit auch über die Vernehmung des Privatgutachters als sachverständigen Zeugen maßgeblich beeinflussen, wenn dieser einen von ihm festgestellten Zustand beispielsweise über Mängel vor deren Beseitigung bekundet. Auf diese Weise findet der Inhalt eines Privatgutachtens auch als förmliches Beweismittel im Sinne der ZPO Eingang in die Entscheidung. Das Beweisangebot einer Partei, einen Privatgutachter als sachverständigen Zeugen zu vernehmen, darf das Gericht nur in seltenen Ausnahmefällen ablehnen.

d) Mutation des Privatgutachters zum gerichtlich bestellten Sachverständigen: Der als sachverständiger Zeuge gehörte Privatgutachter kann im Prozess sogar zum gerichtlichen Sachverständigen aufsteigen, wenn ihn das Gericht – über vergangene Tatsachen und Zustände hinaus – auch zu Fragen vernimmt, die an einen Sachverständigen zu richten wären, den Privatgutachter also in seiner Funktion als Gutachter bzw. Sachverständiger anhört. In diesem Fall darf sich das Gericht nicht mehr über dessen Aussagen hinwegsetzen.

Die faktische Übermacht des gerichtlich bestellten Sachverständigen

Insofern sind Bedeutung und Einfluss eines Privatgutachters im staatlichen Bauprozess nach geltendem Recht deutlich größer, als man dies nach den Thesen von Prof. Dr.-Ing. Katzenbach vermuten würde. Gleichwohl bleibt in der Baurechtswirklichkeit ein Ungleichgewicht zwischen dem Einfluss eines gerichtlich bestellten Sachverständigen und dem eines Privatgutachters. Insoweit ist der Ansatz Katzenbach zutreffend. Allerdings liegt der Hebel nicht in einer Änderung des geltenden Rechts, sondern vielmehr in einer Anpassung der Rechtswirklich-

Wessen Handschrift trägt das Urteil? Die des Richters oder die des gerichtlichen Sachverständigen?

keit an das geltende Recht. Dies ist der – im Ergebnis zutreffende – Ansatz von Dr. Katrin Meins, der zweiten Referentin der Arbeitsgruppe VI.

Dr. Meins verweist in diesem Zusammenhang auf eine im Jahre 1982 veröffentlichte Untersuchung, wonach Richter in beinahe 95 % der Fälle den von ihnen eingeholten Gutachten folgen.[3] Bei Licht betrachtet entpuppe sich diese richterliche „Überzeugung" von der Richtigkeit des erhaltenen gerichtlichen Gutachtens jedoch, so die Vorsitzende Richterin am Kieler Landgericht, „allenfalls als die (laienhafte) Vorstellung von einer gewissen Schlüssigkeit der produzierten fachlichen Äußerung des Sachverständigen". Die praktischen Folgen dieser richterlichen Vermutung in die Richtigkeit des gerichtlich eingeholten Gutachtens könne auf die Quack'sche Formel gebracht werden: „Verlorene Gutachten sind ... verlorene Prozesse."[4]

Dieser Einfluss des Sachverständigen auf das Ergebnis eines Bauprozesses, der insoweit tatsächlich weit über den eines Privatgutachters hinausgeht, ist jedoch keine Frage der rechtlichen Ausgestaltung in der Zivilprozessordnung, sondern eine Frage der Rechtswirklichkeit jenseits der Rechtslage, zumal die Rechtsprechung den Einfluss des Privatgutachters auf die Entscheidungsbildung im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung in den vergangenen Jahren deutlich gestärkt hat.

Der – nach der Rechtslage – beschränkte Einfluss des Sachverständigen, der lediglich „Gehilfe"[5] des Richters sein soll, gilt jedoch wohl nur noch für den Zivilprozess, wie man den Ausführungen von Dr. Meins entnehmen kann. Denn danach soll die Strafjustiz vor den Sachverständigen bzw. deren Gutachten bereits „kapituliert" haben. Für Strafsachen habe der BGH nämlich schon eingeräumt, dass sich ein Richter einem Gutachten einfach anschließen dürfe, auch dann, wenn er dieses gar nicht verstanden habe. Insofern stelle sich die Frage, so Dr. Meins, ob der gegenwärtige Zivilprozess Möglichkeiten eröffnet, „sich gegen diese ‚Übermacht' der gerichtlichen Sachverständigen zu wehren?"

Bei diesem Baugerichtstag wird es also um die „Übermacht" des gerichtlichen Sachverständigen und den Umgang mit der Tatsache gehen, dass der Sachverständige zwischenzeitlich zur „Schlüsselfigur"[6] des Bauprozesses geworden ist.[7] Ein aktuelles und heikles Thema zugleich. Nach geltendem Zivilprozessrecht hat der Sachverständige lediglich die Aufgabe, dem Gericht bzw. dem Richter das für die Entscheidung erforderliche Fachwissen zur Beurteilung von Tatsachen sowie das Wissen z. B. um branchenspezifische Handelsbräuche[8] oder sonstige in bestimmten Verkehrskreisen bestehende Üblichkeiten[9] zu vermitteln und ggf. zu erläutern. Insofern ist die Aufgabe des Sachverständigen

darauf beschränkt, das sachunkundige Gericht bei der Feststellung und Beurteilung von Tatsachen mit seiner Sachkunde zu unterstützen. Nur insoweit hat der Sachverständige das Gericht bei der von ihm zu treffenden Entscheidung zu unterstützen.

Entgegen der Entwicklung im Strafrecht ist der Richter im Zivilprozess also nach wie vor zu einem eigenen Urteil, auch in schwierigen Fachfragen, verpflichtet.[10] Selbst bei schwierigen Fragen muss der Richter die Entscheidung selbst erarbeiten und ihre Begründung selbst durchdenken, so der VII. Zivilsenat des BGH in einer Entscheidung vom 09.02. 1995. Der Richter darf sich dabei vom Sachverständigen lediglich helfen lassen. „Je weniger sich der Richter auf die bloße Autorität des Sachverständigen verlässt", so die – auch heute noch gültige – Erkenntnis des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1955, „je mehr er den Sachverständigen nötigt, ihn – den Richter – über allgemeine Erfahrungen zu belehren und mit möglichst gemeinverständlichen Gründen zu überzeugen, desto vollkommener erfüllen beide ihre verfahrensrechtlicher Aufgabe".[11]

Lässt sich der Bedeutungsverlust staatlicher Bauprozesse aufhalten?

Ein sachgerechter, d.h. vor allem zielgerichteter Einsatz des Sachverständigen hätte auch Auswirkungen auf die Akzeptanz des staatlichen Bauprozesses, der in den vergangenen Jahren bei den am Bau Beteiligten immer mehr in Verruf geraten ist. So wird nach einer im Jahre 2005 veröffentlichten (nicht repräsentativen) Umfrage unter den am Bau Beteiligten der gerichtliche Streitentscheid als das am wenigsten hilfreiche Mittel zur Streitbeilegung angesehen.[12]

Ob diese Entwicklung durch eine Änderung der ZPO aufgehalten werden kann, muss bezweifelt werden, zumal die diesbezüglichen Reformbestrebungen vergangener Legislaturperioden ausnahmslos gescheitert sind. Reformbestrebungen zur Sanierung des staatlichen Bauprozesses sollten deshalb vorrangig an der Rechtswirklichkeit ansetzen, da die Zivilprozessordnung alle wesentlichen Instrumente enthält, um einen Bauprozess effektiv und ökonomisch zu führen und diesen zeitnah beenden zu können.

In diesem Zusammenhang darf der Gesichtspunkt der richterlichen Rechtsfortbildung nicht unberücksichtigt bleiben. In den vergangenen Jahrzehnten hat insbesondere der Bundesgerichtshof hiervon regen Gebrauch gemacht. Insofern hätte der weitere Ausbau der „Parallel-Justiz"[13] nicht nur Auswirkungen auf das Wissen um das, was am Bau „Recht" ist, sondern auch auf die gesetzliche Regelungsdichte. In den Bereichen, in denen die Rechtsprechung keine Möglichkeit mehr hätte, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung einzugreifen, würde der Ruf nach dem Gesetzgeber unweigerlich zunehmen.

Umso erstaunlicher ist in diesem Zusammenhang, dass der Bedeutungsverlust staatlicher Justiz nicht nur von der Parallel-Justiz gefördert wird, sondern auch von der staatlichen Justiz selbst. Denn diese arbeitet selbst seit langer Zeit daran, dass die staatliche Justiz eine ihrer Funktionen, die Rechtsfortbildung, nur noch eingeschränkt wahrnehmen kann. Zwar hat der Gesetzgeber durch die Änderung des Revisionsrechts bereits eine Steilvorlage geliefert. In vielen Fällen fragt man sich aber, warum die Obergerichte Revisionen nicht zulassen, um auf diese Weise dem Bundesgerichtshof die Möglichkeit zur Rechtsfortbildung und damit auch zur Stärkung des staatlichen Bauprozesses zu geben. Auf diese Weise könnte der Bundesgerichtshof beispielsweise die derzeit noch ungeklärte, für den Bauprozess jedoch enorm wichtige Frage aufgreifen, ob Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten nach Beendigung eines selbständigen Beweisverfahrens im Hauptsacheprozess noch möglich oder ob diese in diesem Fall präkludiert sind.[14]

Solange diese Frage nicht geklärt ist, werden die anwaltlichen Vertreter der Parteien gehalten sein, zu jeder Stellungnahme eines gerichtlichen Sachverständigen, unabhängig von der rechtlichen Relevanz dieser Feststellung, Einwendungen geltend zu machen. Die daraufhin eingeholten Ergänzungsgutachten, die in vielen Fällen nur nutzlos und teuer sind, verzögern den Rechtsstreit ohne jede Not. Die Feststellungen eines Sachverständigen sind nämlich häufig für den Rechtsstreit gar nicht von Bedeutung. Erörterungen der Parteien und des Sachverständigen sind somit entbehrlich. Gleichwohl werden in der Bauprozesspraxis immer wieder Gutachten auch zu unerheblichen Tatsachen eingeholt.

Würde der staatliche Bauprozess dieses Problem in den Griff bekommen, wäre schon viel gewonnen. Dem steht vielfach jedoch die systembedingte Arbeitsweise vieler junger Richter und Spruchkörper entgegen. Während früher Theorie und Praxis der Relationstechnik als maßgebliche juristische Arbeitsmethode zur Erfassung, Ordnung und Beurteilung komplexer zivilrechtlicher Streitstoffe (wie dies beim Bauprozess der Fall ist) noch zentraler Gegenstand der Referendarausbildung war, hat sich dies im Zeichen der auf den Anwaltsberuf kon-

zentrierten Juristenausbildung grundlegend geändert. Zwischenzeitlich wird diese Methode, mit der unstreitige von streitigen – und gegebenenfalls beweiserheblichen – Tatsachen getrennt und die Anknüpfungstatsachen herausgearbeitet werden, die der Sachverständige zur Erstellung seines Gutachtens benötigt, kaum noch eingeübt. Dabei gilt sie unter Richtern nach wie vor als wichtigste Möglichkeit, Art und Umfang einer durchzuführenden Beweisaufnahme zu klären und auf diese Weise einen Prozess schnellstmöglich und zugleich kostengünstig einer Entscheidung zuzuführen. Wird auf diese Vorarbeit vor Beauftragung eines Sachverständigen verzichtet, gerät der Rechtsstreit in eine Schieflage, für deren Ausgleich sich dann viele Sachverständige zuständig fühlen.

Fazit: Vor diesem Hintergrund wird man wohl konstatieren müssen, dass es die Justizverwaltung zu einem nicht unerheblichen Teil selbst in der Hand hat, die Krise des staatlichen Bauprozesses in den Griff zu bekommen, und zwar auch ohne Änderung des geltenden Rechts. In der Arbeitsgruppe VI wird es in Hamm insofern auch darum gehen müssen, ob es eher die auf eine Veränderung des geltenden Beweisrechts gerichteten Thesen sind, die den steten Bedeutungsverlust staatlicher Justiz (vgl. Editorial) aufhalten können, oder es vielmehr auf eine Anpassung der Rechtswirklichkeit an das geltende Recht ankommt.

RA Dr. Andreas Koenen ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Baurechtsspezialist (im Sinne des Netzwerks Bauanwälte).

[1] Prof. Dr. Ing. Rolf Katzenbach ist Mitherausgeber des Beck'schen VOB/C-Kommentars, Mitherausgeber der Fachzeitschrift Bauingenieur, Vorsitzender der Prüfungskommission zur fachlichen Anerkennung der Prüfsachverständigen für Erd- und Grundbau nach Bauordnungsrecht, Bundesingenieurkammer, Berlin.

[2] Zur Bedeutung des Privatgutachtens sowie zu seinen Einsatzmöglichkeiten aus anwaltlicher Sicht vgl. Koenen, Der Sachverständigenbeweis im Bauprozess. Beweisführung und Prozesstaktik, Werner Verlag 2012.

[3] Pieper/Breunung/Stahlmann, Sachverständige im Zivilprozess – Theorie und Dogmatik des Sachverständigenbeweises, 1982.

[4] Quack, BauR 1993, 161. Prof. Quack war ehemals Richter am Bausenat des BGH.

[5] Vgl. BVerfG vom 05.05.1987, NJW 1987, 2500 („Helfer") sowie Koenen, FN 2.

[6] Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl. 2011, Rn. 3106.

[7] Dabei bleibt der tatsächliche Einfluss des gerichtlich bestellten Sachverständigen häufig unbemerkt. Die Wahrnehmung würde nämlich voraussetzen, dass die – über die eigentlichen Feststellungen hinaus gehenden – Elemente bzw. Einflussfaktoren eines Sachverständigengutachtens als solche erkannt werden. Dies ist vielfach jedoch nicht der Fall, weshalb man in diesem Zusammenhang von dem Sachverständigengutachten als „trojanisches Pferd" des Bauprozesses sprechen kann (hierzu und wie man dies aus anwaltlicher Sicht verhindern kann, vgl. Koenen, FN 2.

[8] BGH vom 17.06.2000, BauR 2004, 1438.

[9] BGH vom 09.02.1995 – VII ZR 143/93; BauR 1995, 538.

[10] Ebd.

[11] BGH, Urteil vom 26.04.1955, NJW 1955, 1642 = BGHSt 8, 113; dies werde sowohl von Gerichten wie auch besonders von Sachverständigen leider „oft verkannt", so der BGH in dieser Entscheidung.

[12] Vgl. Haghsheno/Kaben, in: Kapellmann/Vygen (Hrsg.), Jahrbuch Baurecht 2005, S. 265 ff.; zum Bedeutungsverlust des staatlichen Bauprozesses vgl. auch Quack, ZfBR 2010, 211 sowie das Editorial, S. 1 ff.

[13] Zum Begriff vgl. das Editorial.

[14] Vgl. hierzu Koenen, FN 2, RN 700 ff.

Planungsrecht auf dem Prüfstand

Informations- und Befriedungfunktion versus Planungs- und Investitionssicherheit

von RAe Dr. Walter Müller und Thorsten Scheuren, Anwaltsozietät Leinen & Derichs, Köln/Berlin/Brüssel

Wie wohl kaum ein anderes Großbauvorhaben der jüngeren Vergangenheit hat sich „Stuttgart 21" in das kollektive Gedächtnis der Öffentlichkeit eingebrannt.

Der Umbau des von Paul Bonatz entworfenen Stuttgarter Kopfbahnhofs in einen Durchgangsbahnhof sowie der Ausbau der ICE-Strecke Ulm-Wendlingen hat sich nicht zuletzt für die Bewohner der Landeshauptstadt als wahre Zerreißprobe erwiesen. Unnachgiebig standen sich Gegner und Befürworter des Projektes monatelang gegenüber. Seinen vorläufigen Höhepunkt fand das Verfahren durch die Einschaltung Heiner Geißlers, der, von der baden-württembergischen Landesregierung vorgeschlagen und von allen Fraktionen bestätigt, als Schlichter die geradezu verfeindeten Lager an einen Tisch bringen und ein Schlichtungsverfahren moderieren sollte.

Mit Blick auf die seinerzeit anstehenden Landtagswahlen mochte diese Wendung politisch verständlich sein – aus rechtlichen Gründen allerdings kam sie nicht nur überraschend, sondern stellte einen ganz und gar unjuristischen Vorgang dar, dessen Legitimität durchaus bezweifelt werden konnte. Dieses Manko vor Augen, enthielt der Schiedsspruch Geißlers denn auch den Hinweis, es sei klar gewesen, dass aus dem Verfahren „keine rechtliche Bindung entstehen konnte, wohl aber eine psychologische und politische Wirkung die Folge war". Etwas weiter im Text heißt es, die Schlichtung sei ein „neues Projekt unmittelbarer Demokratie mit großer Transparenz".

Mit nüchternem Blick

Den – auch rechtlich geführten – Kampf um „Stuttgart 21" einerseits sowie die Auseinandersetzung um das Drehkreuz „Frankfurt Airport" andererseits hat der Arbeitskreis (AK) VII – Öffentliches Baurecht – des Deutschen Baugerichtstages zum Anlass genommen, das bestehende Planungsrecht dahingehend auf den Prüfstand zu stellen, ob es seiner Informations- und Befriedungfunktion ebenso gerecht wird – werden kann –, wie es andererseits Planungs- und Investitionssicherheit für die zeitnahe Umsetzung der Projekte aufseiten der Vorhabenträger schaffen muss.

Die Referenten des AK VII haben sich von der Hitzigkeit, mit der die eingangs genannten Auseinandersetzungen geführt wurden, glücklicherweise nicht vereinnahmen lassen, sondern einen nüchternen Blick auf die planungsrechtliche Faktenlage geworfen. Danach verdient zwar nicht Alles das Prädikat „gut und bürgerfreundlich", doch warnen die Verfasser übereinstimmend vor einer Art Generalabrechnung, wonach alleine das Verfahrensrecht für die mangelnde Akzeptanz von Großprojekten verantwortlich zu machen sei. Umgekehrt dürfe ein modernes und bürgerfreundliches Planungsrecht die Erfahrungen der jüngsten Zeit nicht vollkommen unberücksichtigt lassen, sondern bedürfe hier und da der Fortenwicklung, wobei die bei allen Autoren zu findenden Schlagworte so lauten:

- frühzeitige Information und Bügerbeteiligung,
- Vorhalten von Planungsalternativen,
- Mitgestaltung
- Transparenz und Ehrlichkeit
- Mediation

Im Einzelnen wird folgendes zur Diskussion gestellt: Alle Referenten fordern eine Ergänzung der bestehenden Möglichkeiten der **Bürgerbeteiligung**, wobei diese nicht nur ihrem Umfang nach ausgeweitet, sondern die betroffenen Bürger auch sehr viel früher in den Planunsprozess einbezogen werden sollen. Es wird bemängelt, dass Vorhabenträger – seien sie nun öffentlicher oder privater Natur – die Öffentlickeit erst zu einem Zeitpunkt über ihr Projekt informieren, da ihre interne Vorauswahl längst getroffen sei, so dass die Öffentlichkeit und die betroffenen Kommunen den Eindruck gewinnen müssten, dass es allein um die Durchsetzung gleichsam alternativloser Vorhaben gehe.

Die Autoren regen an, den Planungsträger zu verpflichten, transparent und ergebnisoffen in die Phase der Bürgerbeteiligung zu gehen, ehrlich über die voraussichtlichen Auswirkungen und die damit verbundenen Kosten zu informieren und – vor allem – auch **Planungsvarianten vorzustellen**.

In diesem möglichst frühen Stadium komme es entscheidend darauf an, die **Kommunikation** zwischen den Vorhabenträgern einerseits sowie den Gemeinden und Bürgern andererseits zu verbessern. Ob dies gelingt, sei indes weniger eine Frage der rechtlichen Ausgestaltung, sondern hänge mehr davon ab, ob die Finanzausstattung der Kommunen eine solche qualitativ bessere Information zulasse. Überwiegend wird dafür plädiert, die Attraktivität der Beteiligungs- und Informationsphase dadurch zu erhöhen, dass es zu einem echten „Zugehen" auf die Betroffenen komme, wozu beispielsweise Stadtteilbüros eingerichtet oder neue Medien (Internetforen, Workshops und Planungswerkstätten) genutzt werden könnten. Demgegenüer könne die bloße Veröffentlichung der Planunterlagen in Amtsblättern oder deren Einsichtnahme in der Verwaltung dem Anspruch aktiver „Gestaltungsbürger" nicht gerecht werden.

Zu Recht warnt allerdings Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gatz da-

vor, die frühzeitige Bürgerbeteiligung als Allheilmittel zur Akzeptanzerhöhung zu preisen, denn die praktische Erfahrung lehre, dass das Gefragtwerden der Bürger um des Fragens Willens keinen Wert darstelle – die volle Wucht des Widerstandes entwickle sich häufig erst, wenn die – gerade auch bauliche – Umsetzung des Vorhabens beginne.

Dem sprichwörtlichen „Wutbürger" kommt es denn auch weniger auf die Diskussion und Information an, vielmehr ist ihm die ganze Planung zuwider – sei es nun, weil er eine Wertminderung seines Grundbesitzes fürchtet, Umweltbelange nicht ausreichend berücksichtigt sieht oder schlicht die Kosten für unbezahlbar hält.

Wenngleich viele Verbesserungen sich somit auch ohne (weitreichende) Änderung des Verfahrensrechtes erzielen ließen, wird von einem Teil der Referenten doch angeregt, Verstöße gegen das Gebot der Öffentlichkeitsbeteiligung stärker zu sanktionieren. Nach geltender Rechtslage bleiben Nachlässigkeiten und Mängel im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung vielfach unbeachtlich, denn dem Planfeststellungsrecht fehlt eine § 214 Abs. 2a Nr. 3 BauGB vergleichbare Regelung. Das sei, so ein Teil der Autoren, nicht mehr zeitgemäß und lasse sich mit der Anspruch, die Bürgerbeteiligung zu stärken, kaum in Einklang bringen.

Schließlich sei zu überlegen, ob die Öffentlichkeitsbeteiligung in der bisherigen Form nicht zu sehr den Zweck eines vorgezogenen Rechtsschutzes verfolge, während das Verfahren die Mitgestaltung außer Acht lasse. Ob sich dies umsetzen lässt, ohne zugleich Rechtsschutzmöglichkeiten einzubüßen, erscheint aber fraglich.

Die Möglichkeit, Formen der Mediation in das Verfahren einzubinden, wird zwar von mehreren Referenten erwähnt, zugleich allerdings darauf hingewiesen, dass die Mediation schon heute (§ 4b BauGB) zulässig und möglich ist. Entscheidend sei vielmehr, die begleitende Mediation im Zulassungsverfahren zu verankern, wobei sie regelmäßig vor der Zulassungsentscheidung beendet sein müsse.

Die Akzeptanz des Mediationsergebnisses dürfte freilich unter dessen Unverbindlichkeit leiden, die aber Voraussetzung ihrer Zulässigkeit ist, da eine irgendwie geartete Verbindlichkeit auf eine unzulässige Vorwegbindung der Planfeststellungsbehörde hinausliefe. Mithin könnte das Ergebnis der Mediation nur über den Zulassungsantrag Eingang in die Entscheidung finden – in den übrigen Fällen wäre zu überlegen, ob zumindest ihre Berücksichtigung festgeschrieben werden sollte. Zudem relativiert sich die Bedeutung der Mediation dadurch, dass private Vorhabenträger aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht an das Ergebnis gebunden werden können.

Einen weiteren Aspekt beleuchtet der AK VII, indem er zur Diskussion stellt, welche Folgen für Schadenersatz und Entschädigung im Rahmen städtebaulicher Verträge „nach Stuttgart 21" zu erwarten sind. Nicht zuletzt birgt auch die vielfach geforderte Ausbreitung plebiszitärer Elemente – genant werden Volksabstimmung und Volksentscheid – Risiken für die Beteiligten. Es wird sich zeigen, ob der Ausstieg aus Projekten in solchen Fällen etwa mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage begründet werden könnte.

Fazit: Das Planungsrecht wird voraussichtlich Anleihen im Baugesetzbuch nehmen und ein mehrstufiges Bürgerbeteiligungsverfahren etablieren. In vielen Bereichen widersprechen die Referenten allerdings dem Ruf nach einer weiteren Verrechtlichung, sondern belassen es mit der Forderung nach einer auskömmlichen Finanzausstattung vor allem der Kommunen. Eine höhere Akzeptanz der Entscheidungen setzt echte Planungsalternativen voraus, womit allerdings – auch das gehört zu der geforderten Ehrlichkeit – deutlich höhere Kosten auf die Vorhabenträger zukommen dürften. Bei alledem darf schließlich der Aspekt der Investitionssicherheit nicht in Vergessenheit geraten. ■

RA Dr. Walter Müller ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Baurechtsspezialist (im Sinne des Netzwerks Bauanwälte).

Absicherung der Baurisiken

Brauchen wir eine umfassende bauwerksbezogene Versicherung?

von RA Prof. R. Jochem, RJ Anwälte, Wiesbaden

Das Bauversicherungsrecht führt in der baurechtlichen Diskussion eher ein Schattendasein. Dabei verdient es viel mehr Beachtung. Der 4. Baugerichtstag wendet sich mit seinem Arbeitskreis IX unter Leitung von Rechtsanwalt Dr. Krause-Allenstein einem wichtigen Thema zu.

Prof. Dr. Voit, Uni Marburg stellt die Kernthese mit der Frage: Warum brauchen wir eine umfassende bauwerksbezogene Versicherung? Der Ausgangspunkt der Diskussion ist die Feststellung, dass zur Absicherung der Baurisiken von den am Bau Beteiligten beachtliche Summen an Versicherungsprämien und Kosten für Gewährsleistungsbürgschaften aufgewendet werden müssen, die im wesentlichen im Ergebnis das gleiche Risiko abdecken.

Die dadurch entstehenden Kosten verteuern das Bauen, da sie letztendlich auf den Bauherrn über die jeweiligen Werklohnforderungen abgewälzt werden. Hinzu kommt dass ein Zugriff auf die Versicherungsleistung zur Abdeckung der Bauschäden in den meisten Fällen erst nach jahrelanger gerichtlicher Klärung der Verantwortung für den Baumängel gelingt. Erst dann steht der Versicherungsfall für die einzelnen Versicherten der am Bau Beteiligten fest.

Der jahrelange Klärungsprozess führt zu Liquiditätsproblemen der am Bau Beteiligten. Offenstehende Honorar- und Werklohnforderungen werden ihnen wegen des Bestehens von Zurückbehaltungsrechten auf Dauer der gerichtlichen Klärung vorenthalten. Diese Liquiditätsengpässe führen nicht selten zu Insolvenzen der Beteiligten, die bei einer umfassenden bauwerksbezogenen Versicherung vermeidbar wären.

Der 4. Baugerichtstag stellte sich dieser Thematik. Befürworter für eine umfassende bauwerksbezogene Versicherung ist der Ordinarius Professor Dr. Voit, der an seinem Lehrstuhl in Marburg auch einen Ausbildungsgang für eine Zusatzqualifikation für Bau und Architektenrecht unterhält.

In seinem Plädoyer für eine solche umfassende Versicherungslösung zeigt er auf, weshalb die Prämien einer umfassenden Versicherung zum Teil durch das Entfallen anderer, teilweise sich überlagernder Sicherungen gegenfinanziert werden können und sich teilweise auch Anwaltskosten erspart werden können. Dies gilt nicht nur im Verhältnis des Bauherren zu seinem Generalsunternehmer, sondern auch im Verhältnis des Generalunternehmers zu seinen Subunternehmern. Mit dem Entfallen der Notwendigkeit von Bürgschaften für Mängelansprüche, bedürfte es zudem auch keiner weiteren Absicherungen zu Gunsten der bürgenden Banken (Kontenpfändungen, Geldhinterlegung etc.), was die Kapitalbasis der Unternehmen stärkt.

Rechtsanwalt Wolfgang Lemke übernimmt die Gegenposition und stellt die Nachteile einer solchen bauwerksbezogenen Versicherung (Multi-Risk-Versicherung) heraus. Er weist darauf hin, dass Doppelversicherungen nicht ausgeschlossen sind, da die Beteiligten bereits eigenständigen Versicherungsschutz unterhalten.

Es entstehen gegebenenfalls neue Haftungsgefahren und Interessenkollisionen. Der Verstoß des Versicherungsnehmers gegen Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrag (Obliegenheitsverletzung), kann zum Wegfall des Versicherungsschutzes ohne Zutun des Betroffenen Schadensverursachers führen.

Rechtsanwalt Lemke sieht die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Schäden und dadurch die Inanspruchnahmen der Versicherung wachsen, da eine mangelhafte Bauausführung selten ist.

Neben der Besorgnis der Entstehung verhältnismäßig hoher Versicherungsprämien bei hohem Schadensbedarf wird außerdem darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit des Versicherers bei den Verursachern Regress zu nehmen den Streit nur in begrenztem Umfang reduziert.

Insgesamt steht eine interessante Diskussion unter Leitung von Rechtsanwalt Krause-Allenstein und seinem Stellvertreter, dem Justiziar der AIA AG Ulrich Langen an.

Es handelt sich dabei um ein zukunftsweisendes Thema, das mit Nachdruck auch nach dem 4. Baugerichtstag weiterverfolgt werden sollte.

Die Teilnahme an der Diskussion ist unbedingt empfehlenswert. ■

RA Prof. R. Jochem ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Baurechtsspezialist (im Sinne des Netzwerks Bauanwälte).

BAURECHT
Wieder nur auf Sand gebaut?
Novelle des Bau-, Architekten- und

Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte“ ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht.

Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen.

Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört das vom NETZWERK herausgegebene, zwei Mal jährlich erscheinende Magazin BAURECHT AKTUELL. Darin äußern sich renommierte Bauanwälte zu aktuellen Entwicklungen des Baurechts.

NETZWERK BAUANWÄLTE

Baurechtskompetenz.
Bundesweit.

1 Ganten, Hünecke, Bieniek & Partner, Bremen
Ostertorstr. 32, 28195 Bremen, T 0421 329070
www.ghb-law.de

2 KOENEN RECHTSANWÄLTE, Essen/Hannover/Münster/Bielefeld
II. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover, T 0511 898402-0
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 70 38 989-0
Marktstraße 8, 33602 Bielefeld, T 0521 9676638-0
www.bauanwaelte.de

3 RJ Anwälte Prof. Rudolf Jochem, Philip Pürthner, Wiesbaden
Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden, T 0611 3081436-7
www.rj-anwaelte.de

4 GESSNER Rechtsanwälte, Saarbrücken
Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken
T 0681 93 63 90
www.rechtsanwaelte-gessner.de

5 Kues & Partner, Konstanz
Obere Laube 42, 78462 Konstanz, T 07531 90850
www.kues-partner.de

6 Irmler & Collegen, Schwerin
Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin
T 0385 593600, www.irmler.org

7 Busse & Miessen, Bonn/Berlin/Leipzig
Sterntorhaus, Oxfordstr. 21, 53111 Bonn, T 0228 98391-0
Wilhelmstr. 46, 10117 Berlin, T 030 226336-0
Martin-Luther-Ring 3, 04104 Leipzig, T 0341 982310
www.busse-miessen.de

8 Leinen & Derichs Anwaltsozietät, Köln/Berlin/Brüssel
Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0
Rosenstr. 2, 10718 Berlin (Mitte), T 030 243102153
www.leinen-derichs.de

9 Meurer Rechtsanwälte, Stuttgart
Herdweg 24, 70174 Stuttgart, T 0711 505307-30
www.meurer-rechtsanwaelte.de

Impressum

Herausgeber: Netzwerk Bauanwälte GbR
II. Hagen 7, 45127 Essen, info@nwba.de, www.nwba.de

Redaktion: Dr. Andreas Koenen, koenen@bauanwaelte.de

Layout und Satz: Thomas Schauder, thomas@schauder.net

Fotonachweis: Fotolia.com – Thomas Becker (Titel), Klaus-Peter Adler (S.10), Chlorophylle (S.12), Stefan Rajewski (S.16), Olaf Wandruschka (S.21), Photocase (S.14)

Profitieren Sie von einem **kompetenten Netzwerk**

Networking schafft Erfolg! Der intensive Erfahrungs- und Wissensaustausch unter den Baurechtsspezialisten im **NETZWERK BAUANWÄLTE** verschafft unseren Mandanten einen Wettbewerbsvorteil, von dem diese bei Projekten in ganz Deutschland profitieren.
Mehr über das Experten-Netzwerk erfahren Sie auf
www.netzwerk-bauanwaelte.de

BUSSE & MIESSEN, BONN/BERLIN/LEIPZIG
GANTEN, HÜNECKE, BIENIEK & PARTNER, BREMEN
GESSNER RECHTSANWÄLTE, SAARBRÜCKEN
IRMLER & COLLEGEN, SCHWERIN
KOENEN RECHTSANWÄLTE, ESSEN/HANNOVER/MÜNSTER/BIELEFELD
KUES & PARTNER, KONSTANZ
LEINEN & DERICHS, KÖLN/BERLIN/BRÜSSEL
MEURER RECHTSANWÄLTE, STUTTGART
RJ ANWÄLTE PROF. RUDOLF JOCHEM, PHILIP PÜRTHNER, WIESBADEN

NETZWERK
BAUANWÄLTE
Baurechtskompetenz.
Bundesweit.