

BAUVERTRAGSRECHT

„Wir brauchen ein neues gesetzliches Leitbild“

Laut Koalitionsvertrag muss die Bundesregierung prüfen, ob und wie ein eigenständiges Bauvertragsrecht geschaffen werden muss. Das Bundesjustizministerium hat hierzu eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe eingesetzt, die einen Gesetzentwurf erarbeiten soll. Ihr gehören Experten und Vertreter der Spitzenverbände an, unter anderem der Hamburger Rechtsanwalt Moritz Lembcke.

Immobilien Zeitung: Herr Lembcke, warum brauchen wir ein eigenständiges Bauvertragsrecht? Das BGB hält doch zahlreiche Regelungen parat.

Moritz Lembcke: Das Werkvertragsrecht des BGB beruht auf der Vorstellung, dass Leistungen punktuell ausgetauscht werden, z.B. wenn ich beim Schuster ein Paar Schuhe reparieren lasse. Die Situation beim Bauvertrag ist aber komplexer. Hier fallen Auftrag und Fertigstellung der geschuldeten Leistung zeitlich stark auseinander. Der Bauvertrag ähnelt also in seinem Charakter eher einem Dauerschuldverhältnis. Dem wird das BGB nicht gerecht. Es fehlen beispielsweise Kooperationspflichten, die nötig sind, um das gemeinsame Ziel, nämlich den Abschluss des Bauvorhabens, zu erreichen.

IZ: Welche sind das?

Lembcke: Die Planung ist zunächst Sache des Auftraggebers, ganz klar. Dennoch hat der Auftragnehmer eine gewisse Mitverantwortung. D.h., er muss Bedenken anmelden, wenn ihm etwas auffällt. Sonst kann er sich nicht darauf berufen, dass er ordnungsgemäß gebaut hat. Mit dem gleichen Ziel muss geregelt werden, ob und in welchem Umfang der Auftragnehmer Nachunternehmer einsetzen darf, wen welche Überwachungspflichten treffen, wann Mängel gerügt und Kündigungen ausgesprochen werden können.

„Ich halte das Gesamtpaket für ausgeglichen“

IZ: Aber dafür gibt es doch die VOB/B.

Lembcke: Die wird oft als Mustervertrag eingesetzt, das stimmt. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat allerdings viele tragende Regelungen der VOB/B für unwirksam erklärt. Deshalb ist sie kein verlässliches Vertragswerk mehr. Wir brauchen ein neues gesetz-



Anwalt Moritz Lembcke plädiert für ein eigenständiges Bauvertragsrecht. Bild: Oberthür & Partner

liches Leitbild, damit wir bessere und rechtssichere Verträge gestalten können.

IZ: Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, in die Sie berufen wurden, arbeitet vor allem mit Empfehlungen des Baugerichtstags und Stellungnahmen von Interessenvertretern. Werden Auftraggeber und Auftragnehmer dabei gleichermaßen belastet?

Lembcke: Ich halte das Gesamtpaket für ausgeglichen, auch wenn es natürlich bei den Einzelregelungen „gefühlte“ Verschiebungen gibt, wie z.B. beim Mangelbegriff.

IZ: Das müssen Sie erläutern.

Lembcke: Es soll gesetzlich klargestellt werden, dass die vereinbarte Beschaffenheit, die Maßstab für die Mangelhaftigkeit ist, nicht zur Funktionsuntauglichkeit führen darf. Bisher kann sich der Auftragnehmer scheinbar auf den Standpunkt stellen, trotz Funktionsuntauglichkeit liege kein Mangel vor, weil die Leistungsbeschreibung so vereinbart worden sei. Der BGH geht aber in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Bauwerk funktionstauglich sein muss. Es bedarf also nur noch einer redaktionellen Klarstellung. Diese führt zu Hinweispflichten des Auftragnehmers, wenn er merkt,

dass die Leistungsbeschreibung fehlerhaft ist. Meldet er den Fehler rechtzeitig, kann er eine Haftung vermeiden, sonst nicht.

IZ: Dies bedeutet eine Erschwernis für den Auftragnehmer.

Lembcke: Jein. Die Hinweispflicht ergibt sich nach dem BGH bereits aus der Vertragstreue-Klausel in § 242 BGB.

IZ: Und die weiteren Regelungen?

Lembcke: Eine nur auf den ersten Blick für den Auftragnehmer belastende Regelung ist die Möglichkeit für den Auftraggeber, Mängel auch schon vor der Abnahme geltend zu machen. Es soll ein Tatbestand geschaffen werden, der dem Auftraggeber schon vor Abnahme ein entsprechendes Selbstvornahmerecht zur eigenständigen Beseitigung des Mangels gewährt. Dieser so genannte Erfüllungsgefährdungsanspruch wäre in der Tat eine Erschwernis für den Auftragnehmer. Er bewahrt den Auftragnehmer aber auf der anderen Seite davor, immer mehr Mängel beseitigen zu müssen, die auf dem ursprünglich mangelhaften Bauteil aufsetzen. Wird beispielsweise eine Bodenplatte mit der falschen Betonrezeptur gefertigt, so ist es sinnvoll, frühzeitig einzuhaken.

IZ: Wie sieht es aus, wenn der Auftraggeber die Abnahme wegen Mängeln überhaupt verweigert?

Lembcke: Im Nachhinein ist dann nur schwer nachzuvollziehen, ob die Mängel bereits zu dem Zeitpunkt vorlagen, zu welchem der Auftraggeber eigentlich zur Abnahme verpflichtet gewesen wäre. Diese Situation ergibt sich insbesondere dann, wenn verschiedene Gewerke aufeinander aufbauen, also bei einer Einzelgewerkvergabe. In der Praxis wird oft grundlos die Abnahme verweigert, damit der Zahlungsanspruch des Auftragnehmers nicht fällig wird. Deshalb soll der Auftraggeber künftig verpflichtet werden, an einer so genannten Zustandsfeststellung mitzuwirken, wenn die Abnahme verweigert wird. Tut er dies nicht, soll er das Risiko tragen, dass die Mängel in zeitlicher Hinsicht unaufklärbar sind.

„Die Zustandsfeststellung dient als Beweissicherung“

IZ: Eine solche Regelung schützt den Auftragnehmer also davor, dass er wegen einer grundlos verweigerten Abnahme in Beweiswierigkeiten gerät.

Lembcke: Genau. Die Abnahme bewirkt eine Zäsur für die Verteilung der Beweislast: Vorher trägt sie der Auftragnehmer, nachher der Auftraggeber. Wird die Abnahme verweigert, muss der Auftragnehmer beweisen, dass er mangelfrei gebaut hat. Das dauert oft sehr lange. Bis dahin wird aber weitergebaut, sodass nicht mehr klar ist, wer für den Mangel eigentlich verantwortlich ist: der Auftragnehmer, das Folgegewerk oder möglicherweise sogar der Auftraggeber selbst. Die Zustandsfeststellung dient also als eine Art Beweissicherung.

IZ: Welches ist denn die größte Veränderung, die durch das neue Bauvertragsrecht geschaffen wird?

Lembcke: Das Kernstück des neuen Bauvertragsrechts ist meiner Ansicht nach das Anordnungsrecht des Auftraggebers. Dadurch soll der Auftraggeber noch nach Vertragsschluss einseitig eingreifen und die Leistung ändern oder erweitern dürfen. Das gilt grundsätzlich auch für die Bauzeit, nicht angeordnet werden dürfen allerdings Beschleunigungsmaßnahmen. Außerdem gibt es Zumutbarkeitsgrenzen, d.h., der Betrieb des Auftragnehmers muss grundsätzlich auf die Zusatzleistung eingerichtet sein. Einem

Klempner darf man beispielsweise nicht die Installation der Elektroanlage aufgeben.

IZ: Der Auftragnehmer tritt ja dann regelmäßig in Vorleistung. Wie sieht es denn in diesen Fällen mit der Vergütung aus?

Lembcke: Die schwierige Preisfortschreibung aus der VOB/B sollte keine Anwendung finden. Stattdessen werden andere Modelle diskutiert, etwa die marktüblichen Kosten, die Selbstkosten oder Preisindizes. Insgesamt wird die Vorleistungspflicht dadurch relativiert, dass der Auftragnehmer künftig einfacher an Abschlagszahlungen kommen soll. Diese sollen sich nicht mehr am Wertzuwachs für den Auftraggeber, sondern am Leistungsfortschritt aus der Sicht des Auftragnehmers orientieren.

IZ: Ändert sich dadurch etwas an der Regelung der Sicherheiten?

Lembcke: Ja. Aktuell muss der Auftraggeber auf Verlangen des Auftragnehmers eine Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 110% der Vergütung leisten. Diese soll auf 10% gesenkt werden. Daneben wird eine weitere Absicherung auf Kosten des Unternehmers in Höhe von 40% diskutiert. Bei kurzen Bauvorhaben soll es bei den 110% bleiben, da hier die Abschlagszahlungen oft nach Fertigstellung liegen. Die VOB-Sicherheiten für den Auftraggeber sollen auf 5% für Mängel und Vertragserfüllung vereinheitlicht werden und ins Gesetz kommen.

IZ: Wird auch an der Schraube Vertragskündigung gedreht?

Lembcke: Ja. Neu soll ein Sonderkündigungsrecht für beide Parteien sein. Die Gründe sollen in einem Katalog aufgezählt werden. Dazu zählen etwa der Verzug mit Abschlagszahlungen oder die Verletzung von Mitwirkungspflichten. Nach einer Kündigung soll die Pflicht zur Zustandsfeststellung bestehen, damit abgerechnet werden kann. Denn häufig ist nach einer fristlosen Kündigung streitig, welche Leistungen bis zu diesem Zeitpunkt ausgeführt wurden.

IZ: Die meisten Neuerungen machen nur Sinn, wenn sie zeitnah durchgesetzt werden. Bauprozesse dauern aber in der Regel oft sehr lange.

Lembcke: Aus diesem Grund werden auch außergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten wie etwa das Adjudikationsverfahren erwogen.

IZ: Herr Lembcke, ich danke Ihnen für das Gespräch.

Das Interview führte Daniela Breitbart.