

„1. Deutscher Baugerichtstag am 19. und 20.05.2006 in Hamm“

von Dr. Caspar David *Hermanns* und Malte *Höffken**

Das Baurecht ist, trotz seiner seit Jahren anhaltenden Strukturkrise, einer der wichtigsten Wirtschaftszweige der Bundesrepublik. Noch immer gilt die Auftragslage in Bauunternehmen und Planungsbüros als Konjunkturbarometer der Binnenwirtschaft. Dabei hängt die Bereitschaft zum Bauen über das wirtschaftliche Umfeld hinaus von vielen weiteren Faktoren, nicht zuletzt von den rechtlichen Rahmenbedingungen, ab.

Die Aufgabe des Rechts ist es, für Konflikte am Bau sachgerechte und transparente Lösungen zu entwickeln. Die am Bau Beteiligten müssen eine realistische Einschätzung der sich abzeichnenden Risiken, die nicht weniger werden, vornehmen können. Gleichwohl mehren sich Klagen, dass das Vergabe- und private Baurecht den Anforderungen der Praxis nicht mehr gerecht wird, wobei hiervon sowohl die materiell-rechtlichen als auch prozessualen Regelungen betroffen seien. Jene sollen der Komplexität eines Bauvorhabens nur teilweise gerecht werden können, diese sollen nicht verhindern, dass Prozesse zu teuer sind, zu lange dauern und teilweise einen wenig vorhersehbaren Verlauf nehmen.

Vor diesem Hintergrund hat der 2004 in Hamm gegründete Verein Deutscher Baugerichtstag sich zum Ziel gesetzt, die Fortentwicklung und Verbesserung des Vergabe- und privaten Baurechts zu fördern. Was zunächst als letztes verzweifeltes Aufbäumen Hammer OLG-Kanzleien und diesen bekannten Richtern anmutete, erwies sich als überaus erfolgreiche Idee, die Fachwelt im privaten Baurecht zusammen zu führen. Ob es an der Organisation des Juristentags angelehnten Tagungskonzeption oder der Idee als solchen lag, kann dabei offen bleiben, jedenfalls folgten mehr als 550 Teilnehmer der Einladung an den Ort des größten deutschen Oberlandesgerichts.

Im Rahmen des umfangreichen Eröffnungsprogramms richteten unter anderem die Bundesjustizministerin Brigitte Zypries, der Präsident des Oberlandesgerichts Hamm Gero Debusmann und der Oberbürgermeister der Stadt Hamm Thomas Hunsteger-Petermann Grußworte an das Auditorium aus Anwaltschaft, Justiz, Verwaltung, Politik, Wissenschaft und last but not least

* Der Verf. *Hermanns* ist Rechtsanwalt der Sozietät Dr. Hermanns & Partner, Rechtsanwälte, in Osnabrück und Lehrbeauftragter an der Universität Osnabrück, der Verf. *Höffken* Rechtsanwalt in Mülheim an der Ruhr.

den Berufsbeteiligten der Baubranche. Der Präsident des 1. Deutschen Baugerichtstages Richter am Bundesgerichtshof Professor Dr. Kniffka betonte die Bedeutung die Baugerichtstages als Forum eines Dialogs zwischen der Bauwirtschaft und den Auftraggebern über die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Erreichung partnerschaftlicher Geschäftsverhältnisse

Anschließend referierte Richter am Bundesverfassungsgericht Dr. Reinhard Gaier im Plenarvortrag über verfassungsrechtliche Aspekte des Bauprozesses. Bezeichnerweise stand die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Anspruches auf richterliches Gehör im Mittelpunkt seiner Ausführungen.

Der von Rechtsanwalt Dr. Dieter Kainz, München, geleitete Arbeitskreis I Bauvertragsrecht nahm die zweite Lesung des Entwurfs des Forderungssicherungsgesetzes im Deutschen Bundestag zum Anlass, diesen einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Im Ergebnis begrüßte der Arbeitskreis die Einführung des Forderungssicherungsgesetzes als sinnvoll. Allein die Einführung einer einstweiligen Zahlungsanordnung stieß auf grundsätzliche Kritik, so dass die Empfehlung an den Deutschen Bundestag, von der Einführung einer einstweiligen Zahlungsanordnung Abstand zu nehmen, einhellig beschlossen wurde, was nicht zuletzt auch ein Zeichen des Augenmaßes der primär die Auftragnehmerseite vertretenden Teilnehmer – die sich nicht aus ihrem allgemeinen Verdruss über den sogenannten Justizkredit zu einem Übermaß verleiten ließen – gewertet werden kann. So wurde als milderer Mittel stattdessen die Erweiterung des Anwendungsbereichs für den Erlass eines Teilurteils vorgeschlagen. Hilfsweise für den Fall, dass der Bundestag diesen Empfehlungen nicht folgen sollte, wurde gefordert, entgegen der bisherigen Entwurfsfassung in § 302 a Abs. 7 ZPO-E die sofortige Beschwerde zuzulassen.

Die Erstarkung der Vorleistungssicherheit aus § 648a BGB von einer bloßen Obliegenheit des Auftraggebers zu einem klagbaren Anspruch des Auftragnehmers in § 648a BGB-E begrüßte der Arbeitskreis, da hier davon ausgegangen wurde, dass die Gestellung einer Vorleistungssicherheit keine inkongruente Deckung mehr sei. Entgegen dem Entwurf sei allerdings zu empfehlen, auf das Erfordernis einer Kündigungsandrohung vor Ausspruch der Kündigung gerade nicht zu verzichten. Die weit reichenden Rechtsfolgen der Kündigung verlangten nach der Warnfunktion ihrer Androhung.

Allgemeines Lob erntete die Angleichung der Abschlagszahlungsregelung in § 632a BGB an diejenige aus § 16 VOB/B, die mit dem Entwurf der Vorschrift in § 632a BGB-E jedoch nicht

konsequent umgesetzt sei. Abzulehnen sei es, den Anspruch auf Abschlagszahlung davon abhängig zu machen, dass das Werk nicht mit wesentlichen Mängeln behaftet ist. Dem Besteller sei mit seinem Leistungsverweigerungsrecht auch bei wesentlichen Mängeln ausreichend gedient. Dies gelte auch auf dem Hintergrund der Flexibilisierung des Leistungsverweigerungsrechts in § 641 Abs. 3 BGB-E, welche ebenfalls begrüßt wurde. Nach dieser Vorschrift des Entwurfs kann in der Regel das doppelte der Mängelbeseitigungskosten zurückgehalten werden. Die derzeit gültige Mindestgrenze der dreifachen Mängelbeseitigungskosten, hat sich auch nach Ansicht des Deutschen Baugerichtstages nicht bewährt.

Auf allgemeine Zustimmung traf die Ausweitung des Baugeldbegriffes im BauFG, dem früheren GSB. Diese begründet eine Treuhänderstellung vieler Bauunternehmer, welche bislang nicht unter das GSB fielen. Die zweckwidrige Verwendung der Baugelder führt nicht nur zur Strafbarkeit, sondern auch zur persönlichen Haftung. Durch die neue Regelung in § 1 Abs. 3 Z. 2 BauFG-E ist die Baugeldempfängerschaft des Generalunternehmers nunmehr festgeschrieben und nicht mehr davon abhängig, dass der Besteller seine Gelder zur Bestreitung der Baukosten finanziert und die Finanzierung durch Grundpfandrechte besichert hat. Insbesondere wurde es im Arbeitskreis als Verbesserung gelobt, dass dadurch die Problematik des Vorsatzes bezüglich einer Realfinanzierung entfalle. Der diesbezügliche Streit¹ erschwerte bisher die Inanspruchnahme von Baugeldempfänger beziehungsweise deren Organen. Diese konnten sich in der Vergangenheit mehr oder minder erfolgreich mit der Behauptung verteidigen, von einer Finanzierung und insbesondere einer grundpfandrechtlichen Besicherung nichts gewusst zu haben. Trotz der Verbesserung empfiehlt der Baugerichtstag dem Gesetzgeber, Modelle des europäischen Auslandes zu prüfen, die einen besseren Schutz des Bauhandwerkers gewährleisten.

Der gut besuchte Arbeitskreis II Vergaberecht beriet unter der Leitung von Rechtsanwalt Professor Horst Franke, Frankfurt/M. das Leitthema „Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Rechtsschutz bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte?“. Im Ergebnis sprachen sich die Beteiligten nach teilweise hitzig geführten Kontroversen auch im Bereich unterhalb des so genannten Schwellenwertes von derzeit 5.000.000 € dafür aus, dass den am Auftrag interessierten Unternehmen im Bauvergabeverfahren durch den Gesetzgeber effektiver Rechtsschutz gewährt werden müsse – wobei dieses die vergaberechtliche Fachwelt

¹ Hierzu Hofmann/Koppmann, Die neu Bauhandwerkersicherung, S. 274.

doch etwas überraschende Ergebnis dem Umstand der Dominanz der Anwaltschaft geschuldet sein mag. Als Grenze des gewährten Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich sei dabei auch keine Bagatellklausel durch den Gesetzgeber vorzusehen. Der Rechtsschutz solle nur gegenüber Auftraggebern der öffentlichen Hand, das heißt öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 – 3 GWB bestehen. Der Rechtsschutz sei gemäß der §§ 102, 116 und 124 Abs. 2 GWB zu gewähren. In Anlehnung an § 13 VgV müsse der Auftraggeber die ihm bekannten, auftragsinteressierten Unternehmen, die unberücksichtigt bleiben sollen, vor Zuschlagerteilung über die maßgeblichen Gründe und die Identität des erfolgreichen Bieters informieren. Das Nachprüfungsverfahren solle prinzipiell in Anlehnung an die §§ 107 ff. GWB mit kurzen Fristen und unter Einführung von Ausschlussfristen ausgestaltet werden. Gemäß § 97 Abs. 7 GWB sollen auch im Unterschwellenbereich Unternehmen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Schließlich seien die Basisparagrafen der VOB/A zu überarbeiten und zu straffen.

Schwerpunkt der Beratungen des das Bauprozessrechts zum Gegenstand habenden Arbeitskreis III war die Erörterung der Möglichkeiten, die örtliche Zuständigkeit in Bausachen zu konzentrieren, um die häufig vorkommenden Verweisungen sowie divergierende Entscheidungen zu vermeiden. Konkret ging es dabei um die in einem Gutachten von Professor Dr. Engelert, , aufgeworfene Frage, ob es zweckmäßig sei, alle Verfahren unter den Beteiligten eines Bauvorhabens in der örtlichen Zuständigkeit eines Gerichtes zu konzentrieren und diese Verfahren darüber hinaus auch in der funktionellen Zuständigkeit eines Spruchkörpers beziehungsweise Richters zu konzentrieren.

Der Arbeitskreis lehnte jedoch sowohl den Eingriff in die Geschäftsverteilungsplanung der Gerichte, als auch einen ausschließlichen Gerichtsstand ab. Gegen letzteren wurden insbesondere dessen europarechtliche Grenzen hinsichtlich Verbraucher, sowie die Nachteile des Wegfalls einer Porogationsmöglichkeit vorgebracht. Der Leiter des Arbeitskreises, Richter am Bundesgerichtshof Dr. Johann Kuffer gab ferner zu bedenken, die Konzentration aller Streitigkeiten eines Bauvorhabens durch ausschließlichen Gerichtsstand und damit jedenfalls in der Regel auf einen konkreten Richter berge die Gefahr dessen etwaiger baurechtlicher Inkompetenz nicht dadurch entkommen zu können, wenigstens bei weiteren Verfahren von der Wahlmöglichkeit des § 35 ZPO Gebrauch zu machen. Der Arbeitskreis empfahl schließlich, systematisch wohl wenig glücklich, einen weiteren Wahlgerichtstand im Sinne von § 35 ZPO

als § 29 d ZPO („§ 29 d ZPO Besonderer Gerichtstand für Bausachen: Für Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Errichtung, Änderung und dem Abriss von Bauwerken ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Vorhaben belegen ist.“) zu schaffen.

Unabhängig hiervon empfahl der Arbeitskreis zum Zwecke der wohl von nahezu allen gewünschten Qualitätsverbesserung gerichtlicher Entscheidungen in Bausachen den Präsidien der Landgerichte und Oberlandesgerichte dringend, gemäß § 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c ZPO Spezialkammern für Baurecht einzurichten, nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass die Einrichtung von Baukammern im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm nach Auskunft des Präsidenten des OLG Hamm zu einem deutlichen Rückgang der Zahl der Berufungen in den betreffenden Landgerichtsbezirken geführt habe. Weiter forderte der Deutsche Baugerichtstag die Justizverwaltungen auf, Fortbildungsmöglichkeiten im Baurecht verstärkt zu fördern.

Der Arbeitskreis IBV, in dem unter Leitung von Rechtsanwalt Peter Oppler, München, das Recht der Architekten und Ingenieure behandelt wurde, empfahl dem DVA die Klausel des § 18 Nr. 1 VOB/B ersatzlos zu streichen. Die sachlich unbegründete Bevorzugung des Auftraggebers sei auf die öffentliche Hand zugeschnitten und rühre aus archaischem Obrigkeitsdenken. Zudem sei regelmäßig intransparent, welche die „zuständige Stelle“ sei. Mit großer Mehrheit hat sich der Arbeitskreis für die Beibehaltung HOAI ausgesprochen. Sie entspreche dem Bedürfnis nach Transparenz und objektiven Bewertungsmaßstäben in der Preisfindung. Künftig soll es den Vertragspartnern jedoch möglich sein, dass Honorar frei zu vereinbaren und zwar nicht nur bei Auftragserteilung, sondern jederzeit. Dies entspreche bereits heute weitgehend der tatsächlichen Geschäftspraxis. Zudem habe der EuGH im Rahmen eines aktuell rechtshängigen Verfahrens² in naher Zukunft über die Frage zu entscheiden, ob das zwin- gende Preisrecht der HOAI mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EG-Vertrag kollidiert. Vorbeugend sollten daher die Mindest- und Höchstsätze durch Regelsätze ersetzt werden. Ferner empfiehlt der Arbeitskreis eine Vereinfachung der Leistungsbilder und die Abschaffung des Kopplungsverbot. Aus der Verbindung von Grundstückskauf- und Architektenvertrag sei nicht mehr die Gefahr gegeben, dass der Grundstücksmarkt durch Architekten mono- polisiert werde.

² *EuGH*, Rs. C-94/04 (Cipolla ./ Portolese).

Nicht minder kontrovers wurde im Arbeitskreis V „Aktuelles“ diskutiert, dessen Beratungen die Frage „Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Schutze des Verbrauchers im Bauvertragsrecht?“ zu Grunde lag. Im Ergebnis konnte der Leiter dieses Arbeitskreises, Rechtsanwalt Steffen Kraus, München, eher knappe Mehrheiten für eine Stärkung des Verbraucherschutzes ausmachen. So wurden eine gesetzliche Baubeschreibungspflicht beim Bauen „aus einer Hand“ oder eine Reglementierung der Höhe der Abschlagszahlungen zwar abgelehnt, jedoch sollten die Regelungen bezüglich der Baubeschreibungspflicht in anderen EU-Ländern auf etwaige Ansätze zur Regelung auch in Deutschland vom Gesetzgeber überprüft werden.

Nicht zuletzt weil das „Vormerkungsmodell“ im Bauträgervertrag nach Auffassung der Mehrheit der Teilnehmer keine ausreichende Sicherheit darstelle, aber auch ganz grundsätzlich sollte eine gesetzlich verankerte Bestellersicherheit gegen die Folgen der Unternehmerinsolvenz beim „Bauen aus einer Hand“ durch eine gesetzliche Regelung gestärkt werden. Des Weiteren sollte die Privilegierung der VOB/B bei Verbraucherverträgen abgeschafft werden, wenn auch die die EG-Missbrauchskontrolle und die AGB-Inhaltskontrolle den Bestand der VOB/B als solche nach Auffassung der Beteiligten eher nicht in Frage stellen würden.

Betrachtet man die Ergebnisse, vor allem aber die Diskussionsverläufe, war der 1. Deutsche Baugerichtstag ein großer Erfolg. Es ist schon bemerkenswert, dass es dem Veranstalter gelang, gleichsam aus dem Stand nicht nur „wer Rang und Namen hat“, sondern insgesamt ein breites Teilnehmerspektrum in Hamm zu versammeln. Bei soviel Lob darf aber auch ein wenig Kritik geübt werden. So wird die Anonymität einer derartigen Großveranstaltung gefördert, wenn die Arbeitskreise auf örtliche weit auseinander liegende Tagungsräume verteilt werden. Sollte das Interesse beim nächsten Deutschen Baugerichtstag anhalten, werden sich die Veranstalter jedenfalls hierzu etwas einfallen lassen müssen. Ob es darüber hinaus zweckmäßig ist, den Beratungen in den Arbeitskreisen angesichts der Auswahl bedeutender Themen lediglich rund sechs Stunden Nettozeit einzuräumen, könnte auch überlegt werden, zumal die Eröffnungsveranstaltung durchaus zeitliches Einsparpotential hatte. Aber Nichtsdestotrotz: Der Baugerichtstag 2006 war alles in allem eine gelungene Veranstaltung, der die Latte für den bereits jetzt feststehenden 2. Deutschen Baugerichtstag, der die Fachwelt am 13. und 14.06.2008 nach Hamm führen wird, sehr hoch gelegt hat – man darf also gespannt sein.

Rechtsanwalt Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück

Rechtsanwalt Malte Höffken, Mülheim