

6. Deutscher Baugerechtstag

**am 3./4. Juni 2016
in Hamm/Westf.**

**Thesen
der Arbeitskreise I bis X**

INHALT

Thesen

Editorial	3
Arbeitskreis Ia – Building Information Modeling (BIM)	5
Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht	9
Arbeitskreis II – Vergaberecht	18
Arbeitskreis III – Bauprozessrecht	26
Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht	44
Arbeitskreis V – Aktuelles	50
Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht	57
Arbeitskreis IX – Bauversicherungsrecht	82
Arbeitskreis X – Baubetrieb	86

Liebe Leser,

der Deutsche Baugerichtstag ist nach fünf Kongressen als Institution etabliert und anerkannt. Seine rechtspolitischen Empfehlungen finden Gehör in Politik, Wirtschaft und bei den Interessenverbänden. Nicht zuletzt der Referentenentwurf für ein gesetzliches Bauvertragsrecht zeigt, dass vom Deutschen Baugerichtstag wichtige Impulse für eine Verbesserung des rechtlichen Rahmens für die Beteiligten von Bauprojekten ausgehen. Dass die Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages durchaus auch kontrovers diskutiert und kommentiert werden, liegt in der Natur der Sache und ist im Übrigen erwünscht. Der Deutsche Baugerichtstag zielt nicht darauf ab, Interessen zu vertreten und durchzusetzen. Seine Stärke liegt vielmehr darin, ein unabhängiges Forum bereitzustellen, in dem sich solche Interessen mit dem Ziel Gehör verschaffen können, in einem sachlich fundierten Diskurs zu rechtsdogmatisch abgesicherten, praxisgerechten Lösungen verdichtet zu werden.

Die satzungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben erfordert inhaltliche Vorbereitung und Führung, die von den Leitern und Referenten der einzelnen Arbeitskreise mit großem persönlichem Einsatz wahrgenommen werden. Dafür gebührt Ihnen Dank und Anerkennung. Gleichwohl sind es letztlich die Arbeitskreisteilnehmer, die durch eine engagierte Teilnahme an den Sitzungen der Arbeitskreise während des Baugerichtstages die Voraussetzung für die Erarbeitung sachgerechter Empfehlungen schaffen und erst dadurch dem Baugerichtstag zu einer Stimme verhelfen, die in der Politik wahr- und ernstgenommen wird. Der Erfolg der vergangenen Baugerichtstage hat auf sehr erfreuliche Weise gezeigt, welche positive Dynamik ein solcher, auf die freiwillige Mitwirkung der interessierten Fachkreise gegründeter Meinungsbildungsprozess entwickeln kann. Wir denken, diese Entwicklung mit dem 6. Deutschen Baugerichtstag am 03./04.06.2016 in Hamm fortsetzen zu können.

Der Besuch lohnt sich. Auf dem 6. Deutschen Baugerichtstag werden erstmalig neun Arbeitskreise tagen und sich durchweg mit spannenden Themenbereichen befassen, deren gesetzgeberische Ausgestaltung teilweise sogar gesellschaftspolitische Dimensionen haben dürfte. So wird der **Arbeitskreis Ia** mit dem Thema Building Information Modeling befassen und der Frage nachgehen, ob und welchen gesetzgeberischen Rahmen BIM benötigt. Der **Arbeitskreis Ib** wird sich mit zwei Komplexen beschäftigen, die in der bauvertraglichen Praxis durch die Rechtsprechung des BGH Probleme aufwirft: Sicherheiten im Bauvertrag sowie Komplettheitsklauseln. In beiden Bereichen bestehen derzeit Unsicherheiten, die für die Vertragsbeteiligten nicht unerhebliche Risiken begründen.

Der **Arbeitskreis II** (Vergaberecht) wird die Frage klären, wie mit den EU-Vorgaben zur Reform des Vergaberechtes umzugehen ist und welche Regelungen im Rahmen der anstehenden Reform noch verändert werden sollten. Mit dem Thema notwendiger Reformen wird sich auch der **Arbeitskreis III** (Bauprozessrecht) befassen. zu klären ist, welche verfahrensrechtlichen, aber auch gerichtsorganisatorischen Regelungen geändert oder geschaffen werden

müssen, um Bauprozesse wieder zu sachgerechten Verfahren zur Regelung von Konflikten am Bau zu machen.

Mit einem ebenso spannenden wie praxisrelevanten Thema wird sich auch der **Arbeitskreis V** befassen. Im Baugeschehen spielen DIN-Normen eine zentrale Rolle. Allerdings wird die Zugänglichkeit und Transparenz der DIN-Normen zwischenzeitlich ebenso kritisch beurteilt wie die Frage der Legitimation des DIN und auch des Verfahrens, das zur Verabschiedung der DIN-Normen führt. Ebenfalls mit Fragen technischer Normen wird sich der **Arbeitskreis VI** (Sachverständigenrecht) befassen, allerdings mit dem Fokus auf der Frage, ob Widersprüche zwischen den technischen Normen und den Vorgaben der EnEV bestehen. Dabei wird auch die Frage der Legitimation der gesetzgeberischen Vorgaben zum Energiesparen eine Rolle spielen.

Der **Arbeitskreis IX** (Bauversicherungsrecht) beleuchtet die Frage nach einer Versicherungspflicht für Bauträger. Der Arbeitskreis wird hier die Problematik der Absicherung der Erwerber unter versicherungsrechtlichen Aspekten betrachten und damit an Überlegungen des Arbeitskreises V des 5. Deutschen Baugerichtstags anknüpfen.

Ebenfalls tagen wird der neu gegründete **Arbeitskreis X** (Baubetrieb), der sich mit der Frage nach Standards für die Bewertung von Störungen und sonstigen Einwirkungen auf den Bauablauf befassen wird. Auch der **Arbeitskreis IV** (Architekten- und Ingenieurrecht) wird sich mit Störungen des Bauablaufes befassen, dort allerdings unter dem Blickwinkel der Regelungserfordernisse in Bezug auf Vergütungsansprüche des Architekten bzw. Ingenieurs.

Bitte informieren sie sich im Einzelnen anhand der folgenden Thesepapiere über die Tätigkeit der einzelnen Arbeitskreise. Wir würden uns sehr freuen, Sie auf dem 6. Deutschen Baugerichtstag als Teilnehmer eines dieser Arbeitskreise begrüßen zu dürfen.

Der Vorstand des Deutschen Baugerichtstags e.V.

Arbeitskreis Ia – Building Information Modeling (BIM)

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei Kapellmann und Partner mbB in Düsseldorf. Er ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. In seiner Berufspraxis befasst er sich mit Projektstrukturierungen, Projektsteuerung und Projektabwicklung von großen und komplexen Projekten. Er ist gleichzeitig Vorstand des Deutschen Verbandes der Projektsteuerer und Autor zahlreicher Veröffentlichungen, wie z.B. Alleinautor der 4. Aufl. des Buches *Projektmanagement und Projektsteuerung* (Werner Verlag) sowie Verfasser weiterer Buchbeiträge und einer Vielzahl von Aufsätzen in Fachzeitschriften. Mit dem Forschungsauftrag *Maßnahmenkatalog zur Nutzung von BIM in der öffentlichen Bauverwaltung unter Berücksichtigung der rechtlichen und ordnungspolitischen Rahmenbedingungen 2013* wurde unter federführender Mitwirkung von Herrn Prof. Dr. Eschenbruch die Umsetzung von BIM auch für öffentliche Auftraggeber vorbereitet. Er ist weiter Mitglied der ARGE InfraBIM, die im Rahmen eines Forschungsauftrages erste BIM-Pilotprojekte in Deutschland wissenschaftlich begleitet. Er ist Fachautor und Referent zum Thema BIM und Herausgeber des 2016 erscheinenden Werkes *BIM und Recht*. Er ist gleichzeitig Lehrbeauftragter für Bauvertragsrecht an der RWTH Aachen.

Dr. Matthias Jacob

Dr. Matthias Jacob ist Geschäftsführer der WOLFF & MÜLLER Holding GmbH & Co. KG. Nach Studium, Promotion und universitärer Tätigkeit an der TU Dortmund ist er seit 1987 in der Bauwirtschaft und seit 2011 bei WOLFF & MÜLLER aktiv. Herr Dr. Jacob setzt sich besonders für das Thema Bauwerksqualität in Planung, Umsetzung und Betrieb sowie für einen interdisziplinären Austausch zur Qualitätsoptimierung in Projekten ein. Seit 2005 beschäftigt sich Herr Dr. Jacob intensiv mit den Aspekten der Nachhaltigkeit von Immobilien. Darüber hinaus favorisiert er die schrittweise Prozessopti-

mierung zur Effektivitätssteigerung im Bauwesen und hier insbesondere die Einführung und Weiterentwicklung von BIM – der Digitalisierung in der Wertschöpfungskette Bau. Die WOLFF & MÜLLER Holding GmbH & Co. KG wurde im Herbst 2014 in Hongkong für den „*Best Technical Workflow 2014*“ im Zusammenhang mit BIM ausgezeichnet.

Neben seiner Mitgliedschaft im Beirat des Masterstudiengangs REM und CPM sowie eines Lehrauftrags an der Bergischen Universität Wuppertal hält er Fachvorträge an verschiedenen bundesdeutschen Hochschulen. Herr Dr. Jacob ist Vorstandsmitglied im Deutschen Beton- und Bautechnik-Verein und zudem in den Aufsichtsrat der im Februar 2015 gegründeten „*planen-bauen 4.0*“ gewählt worden.

Referenten

Dr. Nicolai Ritter

Herr **Dr. Nicolai Ritter** ist Rechtsanwalt und Partner bei CMS Hasche Sigle in Berlin. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt auf der bau-, ingenieur- und architektenrechtlichen Beratung und auf dem juristischen Projektmanagement bei Anlagenbau und Großbauvorhaben, insbesondere mit internationalem Bezug. Er berät deutsche und internationale Auftraggeber und Investoren ebenso wie Auftragnehmer. Mandanten beschreiben ihn als genau und zuverlässig und heben seine hohe fachliche Kompetenz hervor (JUVE-Handbuch 2015).

Univ.-Prof. Dipl.-Ing Hans Lechner

Herr **Univ.-Prof. Dipl.-Ing Lechner** ist Lehrbeauftragter der Angewandten Kunst in Wien und hält regelmäßig Vorträge / Seminare zum gesamten Fachbereich Planung und Bau.

Univ.-Prof. Dipl.-Ing Hans Lechner ist Emeritus des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Graz, Geschäftsführer der HLZTG in Wien und Gesellschafter der focus-pm in Frankfurt. Er befasst sich seit 1977 mit Honorarsystemen in Deutschland und Österreich, hat dazu mehrere Gutachten und Publikation herausgebracht, zuletzt zur HOAI.2013 und LM.VM.2014 in

Österreich, mit der die Überarbeitung zur HOAI nochmal deutlich weiterentwickelt wurde.

Er hat rund 40 Publikationen zur Planungswirtschaft als der Teil der Bauwirtschaft verfasst, darunter auch Fachkommentare zu Architektenleistungen, Tragwerksplanung und Technischen Ausrüstung, die auf die Betriebsorganisation des (gemeinsamen) Planens abstellen.

A. Thema des Arbeitskreises

Sind gesetzliche Maßnahmen oder Strukturvor schläge für den Einsatz von BIM bei öffentlichen und privaten Bauvorhaben zu empfehlen?

B. Einführung

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch

BIM ist eine neue Planungsmethode. Sie ist gekennzeichnet durch ein bauteilorientiertes Planen und die Bearbeitung eines digitalen, in der Regel dreidimensionalen Gebäudemodells. Das im Rahmen der Planung erstellte digitale Gebäudemodell eröffnet vielfältige Auswertungsmöglichkeiten. Aus dem geometrischen Gebäudemodell können bereits genaue Mengenermittlungen abgeleitet werden. Werden die einzelnen digitalen Bauteile mit zusätzlichen Informationen (wie z.B. Kosten und Terminen) verknüpft, können Auswertungen erzeugt werden, insbesondere lassen sich hierdurch Kosten- und Terminfolgen von Änderungssachverhalten modellieren.

Des Weiteren können auf der Grundlage des dreidimensionalen Gebäudemodells automatisierte Kollisions- und Qualitätsüberprüfungen durchgeführt werden. Hierdurch kann die Planungsqualität deutlich angehoben werden, zumal die in der Projektpraxis auftretenden Abwicklungsstörungen wegen ungeklärter oder widersprüchlicher Planungsergebnisse vermieden werden. Das einmal erstellte Gebäudemodell kann gleichzeitig mit den notwendigen Informationen für das Facility Management verknüpft werden. Erstmals wird die Idee der durchgängigen Nutzung von Gebäudeinformationen über alle Lebenszyklen des Planens, Bauens und Betriebens umgesetzt.

Die neue Planungsmethode ist nicht nur technischer Fortschritt durch Anwendung unterschiedlicher Hard- und Softwareprodukte. Sie verändert auch die Arbeitswelt der Architekten

und Ingenieure in gravierender Form. Während die erste digitale Revolution im Planungswesen, die Umstellung vom Zeichenbrett auf CAD-Anwendung, die Planungsmethode des Planens weitgehend unberührt ließ, führt die Planung mit digitalen Daten zu neuen Vorgehensweisen und neuen Zusammenarbeitsformen. Neue Aufgabenstellungen entstehen, zusätzliche Planungsbeteiligte müssen einbezogen werden. Für die gesamte Branche der Architekten und Ingenieure entsteht ein immenser Investitions- und Ausbildungsbedarf, um mit dieser Methode planen zu können.

Nach einer Studie des *KIT* in Karlsruhe (2015) vertritt jeder zweite Planer die Meinung, dass der erhöhte Planungsaufwand zum Erstellen von Gebäudeinformationsmodellen in der HOAI (anders) berücksichtigt werden muss. 41 % stimmen zu, dass die inhaltliche und formale Qualität sowie die Übergabeart des Gebäudeinformationsmodells und Haftungsfragen für eine sichere Vertragsgestaltung festgelegt werden müssen. Genauso viele bekräftigen, dass Urheber- und Nutzungsrechte unzureichend geklärt sind. Nur 6 % der Befragten sind der Meinung, dass die Abgabe von digitalen Gebäudeinformationsmodellen vom Gesetzgeber vorgeschrieben werden sollte. Lediglich 10 % sehen das Potenzial, dass der hohe Informationsgehalt des Gebäudemodells genauere Betrachtungen und Simulationen ermöglicht, wodurch kostenintensive Änderungen und Anpassungen vermieden werden.¹

Die BIM-Planungsmethode wirft eine Vielzahl von Rechtsfragen auf. Die Projekteinführung von BIM berührt Fragen des Architektenvertragsrechts, des Werkvertragsrechts allgemein, des Preisrechts der HOAI, der Mängelhaftung, sowie des Versicherungs- und Urheberrechts. Es gibt bislang wenig praxiserprobte Vertragsstrategien und Vertragsmuster, Leistungsbilder und Aufwandsermittlungen. In Deutschland werden mit dem Stufenplan Bauen 4.0 erste Grundlagen für die Umsetzung von BIM bei deutschen Projekten geschaffen. Diese deutsche Plattform soll BIM den Weg in Deutschland bereiten. Im Dezember 2015

¹ Westphal/Hermann, BIM – Building Information Modeling/Management, Methoden und Strategien für den Planungsprozess, Beispiele aus der Praxis, München 2015, S. 13.

soll der Stufenplan 4.0 von Minister Dobrindt vorgestellt werden.

Im Arbeitskreis BIM sollen einige zentralen Thesen des Einsatzes von BIM näher beleuchtet werden. Zunächst geht es um die Frage, ob der Gesetzgeber, etwa durch Fördermaßnahmen oder Vorgaben für die öffentliche Bauverwaltung, stärker auf die Beteiligten einwirken soll, mit der neuen Planungsmethodik zu planen. Zielstellung ist es hierbei, die erkannten Fehlsteuerungen bei der Abwicklung von Großprojekten, die vielfach ihre Ursache in unzulänglichen Planungsprozessen und -ergebnissen haben, zu vermeiden. Da viele Auftraggeber die Vor- und Nachteile der Anwendung der neuen Planungsmethode nicht kennen und auch über die Kostenfolgen nicht informiert sind, stellt sich die Frage, ob Architekten nicht verpflichtet werden sollen, unaufgefordert – bei Vertragsgesprächen – über die neue Planungsmethode und deren Vor- und Nachteile für den jeweiligen Auftraggeber aufzuklären. Das „heißeste Eisen“ im Umgang mit BIM ist das Verhältnis zum staatlichen Preisrecht der HOAI. Die Planungsmethode BIM orientiert sich nicht an den klassischen Leistungsbildern und Leistungsphasen der HOAI. Zwar ist die HOAI im Wesentlichen methodenneutral definiert und enthält funktionale Leistungsanforderungen in den Leistungsbildern der einzelnen Planungsbereiche, gleichwohl lässt sich die BIM-Planungsmethode nicht 1:1 mit den Leistungen der HOAI beschreiben. Ob die Lösung der HOAI-Reform 2013 durch eine Besondere Leistung in der Leistungsphase 2 der Objektplanung eine tragfähige Grundlage für die Umsetzung von BIM mit der HOAI darstellt, ist höchst zweifelhaft. Neue Aufgabenstellungen wie BIM-Koordination und BIM-Management finden in der HOAI bislang überhaupt keinen Niederschlag.

Die Planungsmethode BIM erfordert ein enges Zusammenrücken der Beteiligten und ein sehr verzahntes Arbeiten. Architekten und Ingenieure sind gefordert, nach strengen Workflow-Prinzipien vorzugehen. Die Arbeiten orientieren sich mehr an der Erstellung eines umsetzungsreifen virtuellen Gebäudemodells als Koordinations- und Gesamtmodell, als an der Herstellung einzelner isolierter Planungsbeiträge. Spiegelbild der intensiveren Zusammenarbeit sind einerseits partnerschaftliche Abwicklungsprozesse, andererseits erhöhte Haf-

tungspotenziale. Deshalb stellt sich in diesem Kontext die Frage, ob neue Haftungsstrukturen und insbesondere Versicherungslösungen vorzusehen sind, die den beteiligten Planern die notwendige Rechtssicherheit im Umgang mit der neuen Planungsmethode gewähren.

C. Thesen

I. These von Herrn Rechtsanwalt Dr. Nicolai Ritter

1. These:

Der Gesetzgeber soll vorschreiben, dass die BIM-Planungsmethode entsprechend dem Stufenplan (Planen und Bauen 4.0) bei öffentlichen Bauprojekten des Bundes ab anrechenbaren Kosten von 20 Mio. € zwingend einzusetzen ist.

2. These:

Es soll eine gesetzliche Aufklärungspflicht der Architekten verankert werden, den Auftraggeber vor Vertragsunterzeichnung über die unterschiedlichen Planungsmethoden, insbesondere BIM, aufzuklären.

3. These:

Planen mit der Planungsmethode BIM sollte generell aus dem Anwendungsbereich der HOAI ausgeklammert werden.

4. These:

Im Zusammenhang mit BIM empfiehlt sich die Vorgabe einer Projektversicherung für alle Planungs- und Baubeteiligten.

II. Thesen von Herrn Prof. Dr. Lechner

1. These:

Gesetzliche Maßnahmen für die BIM-Umsetzung sind nicht erforderlich – fehlende Standards und eine rasante technische Entwicklung in Bezug auf Methoden und Software lassen dies nicht zu.

Eine wohl aus den deutlichen Hinweisen des Abschlussberichts der Reformkommission Großprojekte abgeleitete Gesetzesinitiative zur Einführung von BIM ist sicher nicht erforderlich,

sehr wohl aber Anreiz- oder Fördermaßnahmen zur Intensivierung der Ambition die vielen tausend Ingenieure und Architekten zu diesem *up-grading* zu motivieren.

2. These:

Eine gesetzliche Aufklärungsverpflichtung der Architekten kann so lange nicht befürwortet werden, wie kein konturiertes Leistungsbild für BIM-Planungsleistungen existiert.

Die „Aufklärungsverpflichtung“ der Architekten ist in LPH 1 ausreichend definiert:

- Klären der Aufgabenstellung ...
- Beraten zum gesamten Leistungs- und Untersuchungsbedarf
- Formulieren von Entscheidungshilfen für die Auswahl anderer an der Planung fachlich Beteiligter ergeben eine schon jetzt umfassende Verpflichtung des Objektplaners Kriterien, Anforderungen zur gemeinsamen Arbeit zu formulieren, die ganz klar z.B. auch zur Beurteilung der technischen / intellektuellen Zusammenarbeitsfähigkeit im BIM bzw. zur Identifikation von Schnittstellenproblemen dienen können.

Aus heutiger Sicht sind dazu weder weitere „Gesetze“ noch das Abwarten technischer Weiterentwicklung der Systeme, auch nicht die Frage nach einem „konturierten“ Leistungsbild für BIM notwendig.

3. These:

Die HOAI muss zur Umsetzung von BIM weder aufgehoben, noch grundsätzlich angepasst werden.

Aus heute deutlich klarerer Sicht wie noch 2011 / 2012 (das war der Zeitpunkt der Textierung der HOAI 2013) ist wegen BIM keine Aufhebungs- und Änderungsnotwendigkeit ableitbar.

Die Besonderen Leistungen BIM ab 3D in LPH 3 der Objektplanung würde ich heute, da eine bessere Durchdringung der 3D-Programme und ein Rückgang der 2D-Planungen beobachtbar ist, auf 4D hinaufsetzen. Dazu braucht es keine Novelle.

Etwas überspitzt könnte man sagen, dass durch BIM erst die Erfüllung der Leistungsbilder der HOAI 2013 ermöglicht und replizierbar wird.

4. These:

Auch bei BIM haftet jeder für seine Leistung. Zwingende Vorgaben für bestimmte Versicherungsprodukte sind nicht erforderlich.

Die Methodik der Planungsarbeit wonach der Objektplaner zuerst die generelle Anordnung der Räume und „seine“ Systeme disponiert, die Fachplaner ihre Systeme dazu konzipieren, ergibt i.d.R. eine konsekutive Arbeit. Auch in einem gemeinsamen Datenraum bleibt diese Methodik weiterhin aufrecht, womit die Haftungszuordnung unverändert auch im BIM-Modell identifizierbar bleibt.

Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht

Arbeitskreisleiter

Dr. Birgit Franz, Köln

Rechtsanwältin Dr. Birgit Franz ist Partnerin der Sozietät LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE. Sie ist im Privaten Bau- und im Vergaberecht tätig. Daneben ist sie Stellvertretende Vorsitzende im geschäftsführenden Ausschuss der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltsverein. Zu ihren Veröffentlichungen zählen u.a. die Kommentierung von § 8 und § 18 VOB/B in dem von Leinemann herausgegebenen Kommentar zur VOB/B sowie als Co-Autorin von „Die Bezahlung der Bauleistung“.

Dr. Stefan Althaus, München

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

Weitere Mitglieder der Kernarbeitsgruppe Bauvertragsrecht

Philipp Hummel

Dr. Helmut Miernik

Dr. Iris Oberhauser

Dr. Claus von Rintelen

Dr. Claus Schmitz

Mitglieder der Podiumsdiskussion und Referenten

Rechtsanwalt Dr. Claus von Rintelen, Hamburg

Rechtsanwalt Dr. Claus von Rintelen ist Partner der Sozietät Kapellmann und Partner Rechtsanwältin mbB. Er ist als Rechtsanwalt für Auftraggeber und Auftragnehmer im Privaten Baurecht und

im (Bau-) Versicherungsrecht tätig. Im Baurecht kommentiert er u.a. im *Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Kniffka, Bauvertragsrecht, und Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht*. Zu seinen Veröffentlichungen im Bereich der Haftpflichtversicherungen und technischen Versicherungen gehören deren Kommentierungen im *Bruck/Möller, VVG*, und *Späte/Schimikowski, AHB*, sowie im *Versicherungsrechts-Handbuch*.

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

Rechtsanwalt Andreas J. Roquette, LL.M. (NYU) ist Partner der Sozietät CMS Hasche Sigle in Berlin. Er ist als Rechtsanwalt, Schiedsrichter und Schlichter im Bereich Construction bei Großbau- und Infrastrukturvorhaben im In- und Ausland tätig. Er veröffentlicht regelmäßig und ist Herausgeber und Mitautor des *Vertragsbuch Privates Baurecht* und des *Handbuch Bauzeit*.

Rechtsanwalt Dr. Claus Schmitz, München

Rechtsanwalt Dr. Claus Schmitz ist Partner in der Rechtsanwaltskanzlei Kraus, Sienz & Partner, München, und Mitherausgeber der Zeitschrift IBR. Sein Tätigkeitsschwerpunkt als Rechtsanwalt und Schiedsrichter liegt im privaten Baurecht, im Bürgschaftsrecht und im Insolvenzrecht. Er ist u.a. Mitkommentator in dem von Prof. Dr. Kniffka herausgegebenen „ibr-online-Kommentar zum Bauvertragsrecht“ und im „VOB/B-Kommentar“ von Ingens-tau/Korbion, Autor von „Die Bauinsolvenz“ (6. Aufl. 2015) sowie Verfasser der Online-Praktikertexte „Abwicklung des Bauvertrags in der Insolvenz“ und „Sicherheiten für die Bauvertragsparteien“ auf www.ibr-online.de mit laufender Aktualisierung.

Themen des Arbeitskreises:

- Zulässigkeit von „Kompletttheitsklauseln“ oder bauvertragliche Beschreibungspflicht des AG sowie
- Sicherheiten im Bauvertragsrecht.

A. Einführung

Der Arbeitskreis I (im Folgenden: AK I) hatte sich in den vergangenen drei Jahren mit der Konstitution eines gesetzlichen Bauvertragsrechts befasst. Anlass hierfür war die Installierung einer Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im Bundesministerium der Justiz, die sich seit März 2010 mit der Entwicklung eines eigenständigen Bauvertragsrechts beschäftigte. Die vom AK I entwickelten Thesen sind weitestgehend in den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013 eingeflossen, welcher seinerseits zwischenzeitlich in den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und Verbraucherschutz vom 10.09.2015 mündete. Damit ist ein wesentlicher Meilenstein auf dem Weg zu einem gesetzlichen Bauvertragsrecht gelegt.

Der AK Ib widmet sich nunmehr beim 6. Deutschen Baugerichtstag folgenden beiden Themen zur Arrondierung des Bauvertragsrechts:

- Zulässigkeit von „Kompletttheitsklauseln“ oder bauvertragliche Beschreibungspflicht des AG
- Sicherheiten im Bauvertragsrecht.

B. Zulässigkeit von „Kompletttheitsklauseln“ oder bauvertragliche Beschreibungspflicht des AG

Kompletttheitsklauseln können sich sowohl auf die Leistungs- wie auch die Preisseite des Vertrages beziehen; die Verpflichtung des Unternehmers sämtliche zur Herbeiführung des vertraglichen Erfolges notwendigen Leistungen zu erbringen (Leistungsseite), entspricht ohnehin seiner gesetzlichen Verpflichtung und sieht sich von daher keinen grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt. Anders ist dies bei vertraglichen Regelungen, nach denen dahingehende Maßnahmen allesamt vom vereinbarten Preis abgegolten sind (Preisseite), auch wenn sie vertraglich nicht explizit beschrieben sind.

Vom Regelungsgehalt der Kompletttheitsklauseln zu unterscheiden, und i.d.R. nicht erfasst, sind die Fälle, in denen der funktionale Erfolg oder vereinbarte Beschaffenheiten, d.h. der Werkerfolg, nach Vertragsschluss geändert werden.

I. Ausgangslage

Nach §§ 631, 633 BGB schuldet der Unternehmer ein Werk, welches in erster Linie der rechtsgeschäftlich vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Im Gegenzug schuldet der Besteller die vereinbarte

Vergütung. Ungeachtet des Inhalts der Beschaffenheitsvereinbarung hat der Unternehmer nach der Rechtsprechung des BGH sowie der h.M. in der Literatur – trotz des redaktionell missglückten Wortlauts des § 633 Abs. 2 BGB – zudem stets ein funktionstaugliches Werk herzustellen.

II. Thesen

1. These

„Das Vergütungssoll kann in dem Falle, in dem der Besteller oder ein von ihm beauftragter Dritter das Bauwerk plant, hinter dem Erfolgssoll zurückbleiben.“

Begründung:

Die Verpflichtung zur Herstellung eines funktions-tauglichen Werkes führt zu Schwierigkeiten, wenn die hierfür notwendigen Leistungen vertraglich nicht beschrieben sind. Zum einen sind die notwendigen Leistungen nachträglich zu bestimmen, zum anderen stellt sich die Frage nach der Vergütung etwaiger gegenüber der Beschaffenheitsvereinbarung geänderter und/oder zusätzlicher Leistungen. Dies spiegelt sich auch im Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.09.2015 (RefE) wieder, der insoweit ein gesetzliches Anordnungsrechts des Bestellers vorsieht. § 650b RefE unterscheidet hinsichtlich des Anordnungsrechts zwischen Anordnungen zur „Änderung des Werkerfolgs“ (§ 650b Abs. 1 Nr. 1 RefE) und Anordnungen zur „Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs“ (§ 650b Abs. 1 Nr. 2 RefE). Die vorliegend allein interessierende Nr. 2 RefE lautet wie folgt: *„Der Besteller kann Leistungen anordnen, die zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, soweit die Planung des Bauwerks durch den Besteller oder einen von ihm Beauftragten erfolgt ist.“*

Die Anknüpfung an die Planung des Bestellers ist darin begründet, dass dann, wenn der Auftragnehmer die Planungsleistungen erbringt, d.h. das Bauvorhaben nur funktional beschrieben ist, der Auftragnehmer ohnehin verpflichtet ist, sämtliche Leistungen zur Erreichung des funktionalen Werkerfolgs zu der vereinbarten Vergütung zu erbringen. Es besteht insoweit grundsätzlich Einigkeit, dass notwendige, aber nicht beschriebene Leistungen zwar geschuldet, aber nicht von der Preisabrede umfasst sind. Vor dem Hintergrund der Regelung des

§ 635 Abs. 2 BGB empfiehlt sich aber eine klarstellende gesetzliche Regelung, wonach die vereinbarte Vergütung nur die jeweils vertraglich (detailliert oder funktional) beschriebenen Leistungen abdeckt.

2. These

„Kompletttheitsklauseln sind grundsätzlich dann und insoweit unbedenklich, als der Unternehmer das Bauwerk plant.“

Begründung:

Die in der Praxis verwendeten und hier relevanten Kompletttheitsklauseln können in den Fällen Probleme bereiten, in denen sie dazu dienen sollen, das wirtschaftliche Risiko funktional notwendiger, aber nicht geplanter und damit nicht von der Beschaffensvereinbarung umfasster Leistungen die Planungsverantwortung von demjenigen Vertragspartner, welchem sie nach den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen eigentlich obliegt, ohne eine Gegenleistung auf den jeweils anderen Kontrahenten zu übertragen.

Um beurteilen zu können, ob im Zusammenhang mit den praktizierten Kompletttheitsklauseln im Rechtsverkehr tatsächlich ein regelungsbedürftiges Defizit besteht, muss somit danach differenziert werden, welchem der Vertragspartner in welchem konkreten Umfang nach den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen die Planungsverantwortung obliegt. Erst hieran anknüpfend kann überprüft werden, ob und gegebenenfalls inwieweit durch eine Kompletttheitsklausel eine unangemessene Risikoübertragung erfolgt.

Die Frage nach der rechtsgeschäftlich obliegenden Planungsverantwortung bestimmt sich in den meisten Fällen durch die im Rechtsverkehr und am freien Markt angebotenen und praktizierten Vertragsmodelle. So können z.B. beim Bauträgervertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, welcher allein vom Bauträger durch die Präsentation eines im Voraus konzipierten Objektes initiiert wird, keine ernsthaften Zweifel daran bestehen, dass sämtliche Planungsverantwortung von vornherein ausschließlich dem Unternehmer obliegt. Daher wären in diesem Fall Kompletttheitsklauseln lediglich deklaratorisch und daher unbedenklich.

Anders kann sich die Situation bei der Ausschreibung mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis darstellen.

Hat der Besteller die Leistung funktional beschrieben, so bietet der Unternehmer die Vergütung für den nur funktional beschriebenen Werkerfolg an. Er ist damit grundsätzlich verpflichtet, für die vereinbarte Vergütung die funktional notwendigen Leistungen zu erbringen. Deshalb hätte die Kompletttheitsklausel in diesem Fall lediglich deklaratorischen Charakter, so dass sie rechtlich unbedenklich wäre.

Erbringt hingegen der Besteller die Planung, so ist wie nachfolgend zu differenzieren:

3. These

„Kompletttheitsklauseln sind als Allgemeine Geschäftsbedingung dann und insoweit unwirksam, als der Besteller oder ein von ihm beauftragter Dritter das Bauwerk plant.“

Begründung:

Der Besteller schreibt die Leistungen auf Basis der Ausführungsplanung mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis aus, welches der Unternehmer bepreist. Die Planung ist jedoch unvollständig.

Der Besteller überträgt in diesen Fällen mit der Kompletttheitsklausel die Planungsverantwortung auf den Unternehmer. Der Unternehmer muss auch die nicht beschriebenen aber erforderlichen Leistungen zu der vereinbarten Vergütung erbringen. Dadurch führt die Kompletttheitsklausel dazu, dass die Preisabrede auch Leistungen erfasst, die nicht unmittelbar bepreist wurden.

Die Verwendung der Kompletttheitsklausel bedeutet in diesem Fall einen unangemessenen Nachteil zu Lasten des Unternehmers i.S.d. § 307 BGB. Bei Kompletttheitsklauseln handelt es sich, soweit sie die Preisseite betreffen, entgegen des Urteils des OLG Düsseldorf vom 22.09.2009 – 10 U 980/08 nicht um die bloße Bestimmung des vertraglichen Leistungsinhalts (Vergütung), sondern um eine „rechtliche“ Preisnebenabrede, die damit einer AGB-Kontrolle unterliegt.

4. These (Referat Roquette)

„Kompletttheitsklauseln können, insoweit als der Besteller oder ein von ihm beauftragter Dritter das Bauwerk plant, individualvertraglich nur vereinbart werden, wenn

- der Besteller den Unternehmer ausdrücklich (und ggf. schriftlich) auf den Ausschluss einer Zusatzvergütung für nicht einer Leistungsposition zuordenbare Maßnahmen hinweist, es sei denn der Besteller ist ein nicht im Baugewerbe kundiger Verbraucher, und
- dem Unternehmer die Möglichkeit einer ausreichenden Risikoanalyse mit angemessener Frist eingeräumt wird.

Eine Hinweispflicht entfällt, wenn dem Unternehmer das Risiko der Komplettheitsklausel positiv bewusst ist.“

Begründung:

Im Fall der Individualvereinbarung einer Komplettheitsklausel besteht bei den Teilnehmern des AK I ein unterschiedlich ausgeprägtes Störgefühl. Soweit vorhanden, wurde dieses Störgefühl damit begründet, dass der Besteller den Eindruck einer umfassenden und abschließenden Ausführungsplanung erweckt und der Unternehmer nur die detailliert beschriebene Leistung bepreist, diesem aber gleichzeitig das Vollständigkeitsrisiko übertragen wird, welches der Unternehmer unabhängig von der regelmäßig fehlenden Zuordenbarkeit zu einer Leistungsposition in der Kürze des Zeitraums der Angebotsbearbeitung und/oder mangels konkreter Kenntnisse nicht bewerten kann. Im Ergebnis wird die vollständige Planungsverantwortung – auch für fehlerhafte Planungsvorgaben des Bestellers – auf den Unternehmer verlagert und damit sämtliche Schadensersatzansprüche des Unternehmers ausgeschlossen.

Wenn nach der vorstehenden Grundüberlegung gerade der zeitliche Druck des Unternehmers und die damit verbundenen Schwierigkeiten zur Erfassung und Bewertung von Risiken ein Störgefühl auch gegenüber individualvertraglichen Komplettheitsklauseln begründen, ist dem ggf. durch eine gesetzliche Regelung entgegenzuwirken, wonach die Wirksamkeit einer Komplettheitsklausel von einem expliziten Hinweis auf den damit einhergehenden Ausschluss einer Zusatzvergütung auch für nicht beschriebene oder zugeordnete Leistungen und von der Möglichkeit des Unternehmers abhängt, die Ausschreibung auf Lücken, Unvollständigkeits- und Widersprüchlichkeiten zu prüfen und die sich hieraus ergebenden Risiken in die Angebotskalkulation einzubeziehen. Hierzu muss ihm ein angemessener Zeitraum eingeräumt werden.

Eine Hinweispflicht ist in § 650 Abs. 2 BGB ausdrücklich gesetzlich geregelt und damit dem Werkvertragsrecht durchaus nicht fremd. Zwar schützt § 650 Abs. 2 BGB den Besteller. Es gibt aber keine Veranlassung eine den Schutzinteressen des Unternehmers Rechnung tragende Hinweispflicht nicht auch zu seinen Gunsten zu normieren. Allerdings ist eine Hinweispflicht nur dort sachgerecht, wo der Besteller tatsächlich eine bestimmte Überlegenheit gegenüber dem Unternehmer aufweist.

Eine Regelung der vorbeschriebenen Form könnte allerdings im Widerspruch zum Irrtumsrecht nach §§ 119 ff. BGB oder zum Schadensersatzrecht nach §§ 241 Abs. 2, 280, 249 BGB stehen. Allerdings führen die damit verbundenen gesetzlichen Rechtsfolgen zu unbefriedigenden Ergebnissen. Folglich sollte das Gesetz im Wege einer *lex specialis* wirkenden Regelung Klarheit schaffen.

Auch die im Arbeitskreis diskutierte Frage, ob das dargestellte Lösungskonzept zu einer Einschränkung der Privatautonomie führt, kann verneint werden. Das Lösungskonzept entspricht nämlich einer Parallelwertung der Rechtsprechung im AGB-Recht. Diese verlangt für das Aushandeln von Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, dass der Verwender die andere Vertragspartei über den Inhalt und die Tragweite der Klauseln im Einzelnen belehrt haben muss oder sonst wie erkennbar geworden sein muss, dass der andere Vertragspartner deren Sinn wirklich erfasst hat. Eine Aufnahme der Klausel in den rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen des Kunden dürfte danach gerade voraussetzen, dass dieser die Zeit hat, die Auswirkung der Klausel zu erfassen, was erst nach einer entsprechenden Risikoanalyse möglich ist.

Der vorliegend skizzierte Lösungsweg kommt letztlich auch dem Besteller zugute, weil dadurch gewährleistet ist, dass er sämtliche für den Werkerfolg erforderliche Leistungspositionen zu der konkret vereinbarten Vergütung erhält, ohne dass dieses Ziel durch sekundärrechtliche Folgen – vor allem schadensersatzrechtlicher Natur – gefährdet ist.

5. Gegenthese (Referat von Rintelen)

„Komplettheitsklauseln können auch insoweit, als der Besteller oder ein von ihm beauftragter Dritter das Bauwerk plant, individualvertraglich wirksam vereinbart werden.“

Begründung:

Die Mehrheit der Mitglieder des Arbeitskreises sieht eine Veranlassung, die Privatautonomie in Form der These 4 zu beschränken, nicht. Der Auftragnehmer nimmt im Falle der individualvertraglichen Komplettheitsvereinbarung das Risiko, sämtliche – und damit auch nicht ausdrücklich beschriebene – zur Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen Leistungen zu dem vereinbarten Preis erbringen zu müssen, schenken Auges in Kauf. Dies muss in einer Komplettheitsklausel ohnehin hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen.

Im Rahmen der Privatautonomie muss es möglich sein, dem Unternehmer das Komplettheitsrisiko zu übertragen. Anders als der Verbraucher ist der regelmäßig kaufmännische Unternehmer nicht vor sich selbst zu schützen; er kann das Risiko mitunter sogar besser einschätzen als z.B. der private Bauherr, der nur die Planung seines Architekten übergibt. So sieht auch das Gesetz in § 644 BGB vor, dass der Unternehmer gewisse unkalkulierbare Risiken trägt oder z.B. mit dem Planer eine Kostengarantie vereinbart werden kann, ohne dass insoweit Bedenken bestehen. Nach § 315 BGB besteht sogar die Möglichkeit einer nachträglichen Leistungsbestimmung durch den Besteller, die nur im Zweifel und damit nicht bei entsprechender Klarstellung nach billigem Ermessen zu treffen ist; auch hieraus ist die generelle Wertung zu entnehmen, dass dem Unternehmer auch zum Zeitpunkt der Angebotskalkulation nicht bekannte Risiken übertragen werden können.

Im Übrigen bedeutet die vorgeschlagene These 4 ein Verbot von Komplettheitsklauseln dann, wenn der Auftraggeber die dort vorgesehene Hinweis- bzw. Belehrungspflicht verletzt. Denn als Rechtsfolge sind im Falle der Verletzung der Hinweispflicht die von der Komplettheitsklausel erfassten, aber nicht bepreisten Leistungen entsprechend § 650b Abs. 1 Nr. 2 RefE wie die zur „Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs“ angeordneten Leistungen gesondert zu vergüten.

Für etwaige Sonderfälle bietet § 313 BGB ein ausreichendes Korrekturinstrument.

6. These (Referat von Rintelen)

„Bei individualvertraglicher Vereinbarung und Planung des Bauwerks durch den Besteller oder einen von ihm beauftragten Dritten erfassen Komplettheitsklauseln grundsätzlich alle erforderlichen Leistungen, soweit sie von einem erfahrenen Unternehmer vorhersehbar waren.“

derlichen Leistungen, soweit sie von einem erfahrenen Unternehmer vorhersehbar waren.“

Begründung:

Ausgehend von den Grundüberlegungen zu Thesen 4 und 5 wurde zu verschiedenen Ansätzen diskutiert, ob und inwieweit gerade vor dem Hintergrund der faktisch besonderen Marktsituation mit regelmäßig mehreren Bietern und dem daraus resultierenden Druck für den Unternehmer, nicht absehbare und damit nicht kalkulierbare Risiken in Kauf zu nehmen, auch ohne eine Regelung entsprechend These 3 begründen zu wollen, nicht dennoch Anlass für eine Einschränkung der Wirksamkeit von Komplettheitsklauseln auch bei individualvertraglicher Vereinbarung besteht. Dies wurde u.a. im Hinblick auf bei Angebotsabgabe regelmäßig nicht erkennbare Umstände (z.B. im Baugrund) debattiert.

Insbesondere die Tatsache, dass der Auftraggeber auch im Falle der individualvertraglich vereinbarten Komplettheitsklausel entgegen der Ausgestaltung der Ausschreibung, seine Planungsverantwortung auf den Auftragnehmer verlagert, der Auftraggeber aber das Risiko dafür trägt, dass seine Planung realisierbar ist, führte zu der dargestellten These 6, wonach von der Komplettheitsklausel für einen erfahrenen Unternehmer nicht vorhersehbare Leistungen nicht erfasst sind.

Eine dahingehende Einschränkung deckt sich mit den Grundsätzen zu Prüf- und Hinweispflichten, die ebenfalls nur bei fachkundiger Prüfung mit zumutbarem Aufwand erkennbare Defizite der Bestellervorgaben erfasst. Die Frage der Vorhersehbarkeit ist jeweils unter Berücksichtigung der erwartbaren Qualifikation des beauftragten Unternehmers zu beurteilen.

Nicht vorhersehbare Leistungen sind entsprechend angeordneter zusätzlicher Leistungen auf Basis der tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten gesondert zu vergüten.

C. Sicherheiten im Bauvertragsrecht**I. Ausgangslage**

Zur Absicherung des Bestellers enthält das Gesetz außer dem zum 01.01.2009 in Kraft getretenen § 632a Abs. 3, Abs. 4 BGB, der eine Vertragserfüllungssicherheit zugunsten des „Verbraucher“-Bestellers regelt, keine Vorgaben.

Die Praxis vor allem im unternehmerischen Geschäftsverkehr behilft sich mit von den Bestellern vorformulierten AGB-Sicherungsabreden, die der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB unterliegen und dieser oft nicht standhalten. Sofern Klauseln wirksam sind, sind sie in der Praxis äußerst komplex, etwa hinsichtlich der abgesicherten Ansprüche, der zulässigen Sicherheiten, der Enthaltung/Rückgabe usw. Diese Komplexität der Sicherungsabreden stellt für Baupraktiker eine erhebliche Belastung dar, veranlasst nicht selten Fehler in der Abwicklung/Verwertung und führt im Hinblick auf die vielfältigen Entscheidungen zur AGB-rechtlichen Wirksamkeit von Sicherungsabreden häufig dazu, dass die Sicherheiten, wenn das Erfordernis ihrer Verwertung eintritt, nicht realisiert werden können. Daran ändern die in der Praxis oft ergänzend vereinbarten Abwicklungsklauseln des § 17 VOB/B wenig.

Ziel war es vor diesem Hintergrund, für das neue Bauvertragsrecht eine knappe und für alle Beteiligten mit vertretbarem Aufwand anwendbare Basisregelung zu schaffen, die – unter der Voraussetzung, dass Sicherheitsleistung zugunsten des Bestellers vereinbart ist – den Sicherungsumfang und die Höhe der Sicherheit festlegt (1. These), sich zu den zulässigen Sicherungsmitteln verhält (2. These) und Vorgaben für die Dauer des Zeitraums, während dessen die Sicherheit aufrecht zu erhalten ist, und daran anknüpfend für die Rückgabe schafft (3. These). Zugleich hat der AK Ib angestrebt, die vorgeschlagenen Regelungen so auszugestalten, dass sie den AGB-rechtlichen Anforderungen genügen und folglich keine unangemessene Benachteiligung des Unternehmers beinhalten.

II. Thesen

1. These

„Wenn für die Erfüllung des Vertrags eine Sicherheitsleistung zugunsten des Bestellers vereinbart ist, hat der Unternehmer Sicherheit für die Vertragserfüllung in Höhe von 5 (fünf) v.H. der im Vertrag vereinbarten Vergütung zu leisten. Die Sicherheit für die Vertragserfüllung umfasst alle Ansprüche des Bestellers aus dem Vertragsverhältnis einschließlich der Erfüllung von Mängelansprüchen. Wird der Vertragsinhalt nach Vertragsschluss aufgrund von rechtmäßig ausgeübten Anordnungsrechten des Bestellers geändert,

gilt die Sicherheit auch hierfür, ohne dass eine Anpassung der Höhe der Sicherheit vorzunehmen ist.“

Begründung:

Nach intensiver Diskussion favorisiert der AK Ib eine einzige durchlaufende Sicherheit. Der Vorteil einer solchen Lösung wird darin gesehen, dass die komplizierten und fehlerträchtigen Austausch- und Rückgabemechanismen entfallen, ebenso eine „Überlappung“ von in AGB des Bestellers vorgegebenen Sicherheiten für den Zeitraum der Vertragserfüllung im engeren Sinn und der Mängelhaftung nach Abnahme vermieden wird, so dass das Risiko entfällt, dass aufgrund einer für letzteren Zeitraum unangemessenen Höhe der Sicherheit entsprechende Klauseln AGB-rechtlich unwirksam sind.

Dabei ist dem AK Ib das Risiko bewusst, dass die Sicherheit frühzeitig komplett verbraucht wird. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Unternehmer sich vertragswidrig verhält, der Besteller deshalb das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund kündigt und aufgrund beträchtlicher Schäden aus der Kündigung die Sicherheit in voller Höhe in Anspruch nehmen muss. In derartigen Fällen wird jedoch ohnehin für eine separat vereinbarte Sicherheit zur Absicherung von Mängelansprüchen tatsächlich kein auskömmliches Guthaben für einen Einbehalt zur Verfügung stehen, so dass faktisch diese weitere Abrede leer läuft.

Im Hinblick darauf, dass die Sicherheit durchlaufend ausgestaltet ist, ist es unter der Prämisse einer AGB-rechtlich wirksamen Ausgestaltung zwingend, sie auf fünf Prozent zu begrenzen. Bemessungsgrundlage ist die im Vertrag vereinbarte Vergütung, so dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob der Unternehmer etwa wegen der Geltung von § 13b UStG nur Nettobeträge als Werklohn verlangen kann oder ob der Werklohn sich zuzüglich Umsatzsteuer in der jeweils bestehenden gesetzlichen Höhe versteht.

Unabhängig von den AGB-rechtlichen Erwägungen, die für das Stadium nach Abnahme maßgeblich sind, erachtet der AK Ib nach eingehender Würdigung der maßgeblichen Aspekte die Sicherungshöhe von fünf Prozent auch im Stadium der Vertragserfüllung im engeren Sinn für ausreichend: Maßgeblicher Prüfungsmaßstab für § 307

BGB ist die Struktur des Werk- bzw. des mit etwaiger Umsetzung des Referentenentwurfs zu schaffenden Bauvertragsrechts. Demnach ist der Unternehmer (jedenfalls faktisch) vorleistungspflichtig mit der Folge, dass vom Unternehmer gestellte Abschlagszahlungsverlangen bei korrekter Abwicklung dem erreichten Bautenstand regelmäßig um einige Wochen hinterherhinken. Dies gilt erst recht, wenn man den Zeitraum bis zur Stellung einer Abschlagsrechnung, die zu diesem Zeitpunkt bereits erbrachte Bauleistung und den weiteren Zeitraum von regelmäßig mindestens zwei Wochen zwischen Eingang des Zahlungsverlangens beim Besteller und der Bezahlung der Abschlagsrechnung in Betracht zieht. Rechnet der Unternehmer vertragswidrig Arbeiten ab, die noch gar nicht erbracht sind, obliegt es dem Besteller, die Zahlung zu verweigern. Weisen die Arbeiten, die Gegenstand eines Abschlagszahlungsverlangens sind, „Mängel“ auf, schützt den Besteller § 632a Abs. 1 BGB, v.a. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Auch sonstigen Fehlentwicklungen in der Baustellenabwicklung kann der Besteller durch Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechte und/oder Aufrechnung entgegenwirken.

Zur Illustration ein Beispiel mit idealtypisch vereinfachten Zahlen/Ablauf: Die vereinbarte Vergütung beträgt € 1 Mio. Der Unternehmer erbringt je Monat Arbeiten mit einem Wert von € 100.000,00. Er rechnet jeweils am Ende eines Monats ab und stellt Abschlagszahlungsverlangen, die zu Beginn des Folgemonats beim Besteller eingehen und die dieser jeweils etwa zur Monatsmitte mit Wertstellung auf dem Konto des Unternehmers ausgleicht. Bis zum Zeitpunkt der ersten Zahlung des Unternehmers, also nach eineinhalb Monaten, hat bei strikt linearem Wertzuwachs der Besteller eine Bauleistung im Wert von € 150.000,00 erhalten, so dass auch nach Zahlung i.H.v. € 100.000,00 eine zur Aufrechnung geeignete (faktische) Gegenforderung in Höhe von nicht bezahltem Werklohn von mindestens € 50.000,00 zur Verfügung steht. Bis zur nächsten Zahlung nach zweieinhalb Monaten erhöht sich diese „Sicherheit“ durch den entsprechenden nicht bezahlten Werklohn, der in der erbrachten Bauleistung steckt, auf wiederum € 150.000,00. Der Besteller hat also nach diesem idealtypisch gebildeten Beispiel neben der generellen Sicherheit von fünf Prozent gemäß der vorgeschlagenen Regelung ein weiteres Potential von minimal fünf und maximal zehn (ganz am Anfang

sogar 15) Prozent, in Summe also zehn bis fünfzehn Prozent.

Anders verhält es sich im Stadium nach Abnahme bei am Gesetz orientierter Abwicklung des Bauvertrags. Der Besteller bezahlt den Werklohn vollständig, hat aber noch für die Dauer von fünf Jahren nach Abnahme Ansprüche wegen etwa zu Tage tretender Mängel. Wenn Mängel auftreten, hat der Besteller aufgrund der vollständigen Zahlung des Werklohns kein Druckmittel mehr, um den Unternehmer zur zügigen Mängelbeseitigung anzuhalten. Insbesondere entfällt die Möglichkeit, den Unternehmer zur zügigen Mängelbeseitigung dadurch zu veranlassen, dass mit Beseitigung das Leistungsverweigerungsrecht in Höhe der zweifachen Mängelbeseitigungskosten entfällt. Gerät der Unternehmer in Insolvenz, steht der Besteller mit leeren Händen da, abgesehen von einer etwaigen Quote. Diese wird erst Jahre später in einem etwa eröffneten Insolvenzverfahren ausbezahlt und ist in Bauinsolvenzen regelmäßig sehr gering.

In wirtschaftlicher Hinsicht verkennt der AK Ib nicht, dass die Risiken für den Besteller im Stadium bis Abnahme größer sind als im Stadium nach Abnahme. Dies liegt vor allem daran, dass es regelmäßig zu beträchtlichen Fertigstellungsmehrkosten durch Einschaltung von fortführenden Drittunternehmen kommt; hinzutreten können Verzögerungsschäden u.ä.

Die aktuelle AGB-Vertragsgestaltungspraxis professioneller Besteller geht überwiegend dahin, in AGB für die Phase der Vertragserfüllung im engeren Sinn eine Sicherheit i.H.v. zehn Prozent vorzugeben, für die Phase nach Abnahme dagegen von fünf Prozent. Anders ist die Tendenz der bisher einzigen legislativen Äußerung in § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB, die für den „Verbraucher“-Besteller lediglich fünf Prozent vorsieht und dies der Sache nach auf das Stadium bis zur Abnahme begrenzt. Auch die öffentlichen Auftraggeber als wichtige Marktteilnehmer beschränken sich für die Phase der Vertragserfüllung im engeren Sinn auf fünf Prozent und für die Phase der Mängelhaftung auf drei Prozent, sofern sie nicht unterhalb bestimmter Auftragssummen überhaupt keine Sicherheiten verlangen.

Die Regelung sieht eine umfassende Absicherung aller Ansprüche des Bestellers aus dem Vertragsverhältnis vor; lediglich die Mängelansprüche werden separat klarstellend zitiert.

Ebenfalls wird im Hinblick auf § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB und die hierzu ergangene Rechtsprechung des BGH klargestellt, dass die Sicherheit sich auf Änderungen des Vertragsverhältnisses erstreckt, sofern diese auf Grundlage von dem Besteller aufgrund gesetzlicher oder wirksamer vertraglicher Regelung diesem zustehenden Anordnungsrechten erfolgen. Dies erscheint auch in AGB-rechtlicher Sicht im Hinblick auf den vom Referentenentwurf vorgesehenen § 650b BGB-E und die gegenüber der aktuellen Praxis für das Stadium der Vertragserfüllung im engeren Sinn abgesenkte Höhe der Vertragserfüllungssicherheit vertretbar.

Die Vorteile der vorgeschlagenen Regelung sieht der AK Ib darin, dass es die Bauvertragsparteien mit einer einheitlichen, durchlaufenden Bürgschaft zu tun haben und damit erheblicher Abwicklungsaufwand für alle Beteiligten entfällt. Insbesondere entfallen komplizierte Vorgaben zur rechtzeitigen und korrekten (Teil-) Enthaltung/Rückgabe im Umfeld der Abnahme. Der umfassende Sicherungszweck macht eine Aufzählung der abgesicherten Ansprüche entbehrlich.

2. These

„Die Sicherheit kann auch durch eine Bürgschaft oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers oder durch Einbehalt von Geld geleistet werden. Im Fall der Sicherheitsleistung durch Einbehalt ist dieser auf ein Sperrkonto, über das Unternehmer und Besteller nur gemeinsam verfügen können („Und-Konto“), einzuzahlen. Der Unternehmer kann die einmal von ihm gewählte Sicherheit durch eine andere ersetzen.“

Begründung:

Auch wenn der AK Ib die Regelung in § 648a Abs. 2 Satz 1 BGB für nicht vollends geglückt hält, hat er sich aus Gründen der Vereinheitlichung dafür entschieden, an diese anzuknüpfen. Es wurde indessen das in der Praxis völlig irrelevante (und nicht interessengerechte) Sicherungsmittel der „Garantie“ durch das in der Baupraxis überwiegend verwendete Sicherungsmittel der „Bürgschaft“ ersetzt.

Diese Regelung hat zur Folge, dass zu derartigen Bürgen die verlässlich kaum beurteilbaren Krite-

rien von §§ 232 Abs. 2, 239 BGB nicht geprüft werden müssen. Unabhängig davon gelten trotz geringer Praxisrelevanz die §§ 232 ff. BGB wie stets für gesetzlich angeordnete Sicherheitsleistungen, ohne dass dies separater Erwähnung bedürfte.

Im Hinblick auf die eingeführte Praxis zu VOB/B-Verträgen wurde in Anlehnung an § 17 Abs. 5 VOB/B vorgesehen, dass der Unternehmer die Sicherheit auch durch (vom Besteller vorzunehmenden) Einbehalt vom Werklohn leisten kann, wobei dieser Einbehalt auf ein Sperrkonto als „Und-Konto“ einzuzahlen ist. Eine Sanktion gem. § 17 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/B, wonach die Nichteinzahlung des Einbehalts durch den Besteller trotz Nachfristsetzung zum Verlust des Rechts auf Sicherheit führt, wurde im Hinblick auf die angestrebte knappe Regelung nicht aufgenommen. Die Nichteinzahlung eines Einbehalts ist aber, wenn der Unternehmer dem Besteller eine Nachfrist zur Erledigung gesetzt hat, regelmäßig als schuldhafte Vertragsverletzung zu werten, die auch die Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund durch den Unternehmer rechtfertigt.

3. These

„Soweit er sie nicht berechtigt verwertet hat, hat der Besteller die Sicherheit nach Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche, spätestens jedoch nach fünf Jahren, zurückzugeben. Sind jedoch zu diesem Zeitpunkt Ansprüche des Bestellers noch nicht erfüllt und hat der Besteller diese davor gegenüber dem Unternehmer geltend gemacht, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.“

Begründung:

Ungeachtet des stets geltenden allgemeinen Rechtsatzes, dass eine Sicherheit zurück zu gewähren ist, wenn/soweit der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann, hält der AK Ib eine knappe Regelung zur Rückgabe der Sicherheit für sinnvoll.

Rückgabe kann naturgemäß der Unternehmer nur verlangen, wenn/soweit die Sicherheit noch nicht (berechtigt) verwertet ist, was einleitend klargestellt ist. Für die Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem der Unternehmer die Rückgabe grundsätzlich verlangen kann, galt es, zwischen den berechtigten Belangen des Unternehmers

und des Bestellers abzuwägen. Dabei erscheint die in § 17 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B vorgesehene Rückgabepflicht bereits nach zwei Jahren (nach Abnahme) zu kurz, da erfahrungsgemäß Mängel oft erst deutlich später für den Besteller erkennbar werden. Zugleich ist aber eine Aufrechterhaltung der Sicherheit etwa für zehn Jahre, wie es der Vertragsgestaltungspraxis einzelner professioneller Besteller jedenfalls hinsichtlich besonders anfälliger oder riskanter Gewerke entspricht, unangemessen lang. Ausgewogen ist hingegen eine Orientierung an der gesetzlichen Verjährungsfrist für Mängelansprüche von fünf Jahren ab Abnahme, was – vgl. „spätestens“ – nicht ausschließt, dass eine etwa vereinbarte kürzere Verjährungsfrist zu einem früheren Rückgabezeitpunkt führt.

Will der Besteller wegen von der Bürgschaft gesicherter Ansprüche – in diesem Stadium des Geschehens wird es sich regelmäßig um Mängelansprüche handeln – die Sicherheit verwerten, setzt dies voraus, dass er rechtzeitig vor dem Rückgabezeitpunkt seine Ansprüche gegenüber dem Unternehmer geltend gemacht hat; ist die Sicherheit etwa als Bürgschaft gestellt, bedarf es aufgrund dieser Klarstellung also nicht (zusätzlich) einer Inanspruchnahme des Bürgen innerhalb des maßgeblichen Zeitraums.

Je nach Art der Sicherheit muss der Besteller die Verjährung gegen den Unternehmer und ggf. auch gegen einen Dritten, der die Sicherheit gestellt hat, im Auge behalten. Zwar wird es hierauf für bestimmte Arten von Sicherheiten nicht ankommen, so für einen Einbehalt (§ 215 BGB) oder eine Hypothek (vgl. § 216 Abs. 1 BGB). Anders ist die Rechtslage aber im Verhältnis zu einem Bürgen, da sich der Bürge zum einen auf die Verjährung der gegen ihn selbst gerichteten Forderung berufen kann, die ab Entstehung eines auf Zahlung gerichteten Anspruchs im Hauptschuldverhältnis zu laufen beginnt und drei Jahre ab Jahresende beträgt (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Zum anderen kann sich der Bürge gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf eine im Hauptschuldverhältnis eingetretene Verjährung berufen, so dass der Besteller, will er eine Bürgschaft verwerten, verjährungshemmende Schritte gegen den Unternehmer rechtzeitig einleiten muss, die auch im Verhältnis zum Bürgen beachtlich sein müssen. Da sich dies aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Normen ergibt, die für das jeweilige Sicherungsmittel gelten, ist eine Klarstellung in der vorgeschlagenen Regelung nicht notwendig.

Arbeitskreis II – Vergaberecht

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Prof. Dr. Ralf Leinemann ist Seniorpartner der auf Vergabe- und Baurecht spezialisierten Sozietät LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB mit Standorten in Berlin, Hamburg, Düsseldorf, Frankfurt, Köln und München. Leinemann ist bekannt als Berater bei zahlreichen komplexen Großprojekten wie auch als Prozessanwalt in Bauprozessen und Vergabenachprüfungsverfahren. Er ist Honorarprofessor an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin, publiziert regelmäßig im Vergabe- und Baurecht und ist Herausgeber und Autor zahlreicher Bücher und Fachzeitschriften. Ralf Leinemann ist daneben als Schiedsrichter und Schlichter in deutschen und internationalen Schiedsgerichtsverfahren tätig.

Stellvertretende Arbeitskreisleiterin

Justiziarin Silvia Koenigsmann-Hölken, Gelsenkirchen

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

Referenten

VRiOLG Heinz-Peter Dicks

Heinz-Peter Dicks ist seit 2004 Vorsitzender des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf, des für die Branchen Strom, Gas, Mineralöl und Wasser zuständigen 2. Kartellsenats und des unter anderem für Unterschwellenwertvergaben und Beihilfesachen zuständigen 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Zuvor gehörte er mehrere Jahre lang einem Bausenat, dann dem Wettbewerbs- sowie gleichzeitig dem Kartellsenat und seit 1999 zudem dem Vergabe-

senat als stellvertretender Vorsitzender an. Er ist Mitglied in Beiräten von vergabe- und energierechtlichen Fachzeitschriften, wirkt bei mehreren vergabe- und kartellrechtlichen Kommentaren mit, hat Fachaufsätze verfasst und hält Vorträge zum Vergabe- und Kartellrecht.

Dr. Olaf Otting

Dr. Olaf Otting ist Partner im Frankfurter Büro von Allen & Overy LLP und leitet dort die Praxisgruppe Öffentliches Recht/Vergaberecht. Er ist seit 1997 Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht. Er berät öffentliche Auftraggeber und Bieter in komplexen Ausschreibungen, vor allem bei Städtebauprojekten, im Verkehrssektor und in der Energie- und Abfallwirtschaft. Dr. Otting ist Autor zahlreicher verwaltungs- und vergaberechtlicher Publikationen, unter anderem Mitautor des in dritter Auflage vorliegenden *Handbuchs Kommunale Unternehmen*, Mitglied des Beirats der Zeitschrift „*Vergaberecht*“ und ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift *Vergaberecht in Recht und Praxis* (vrp). Er ist Mitherausgeber der Zeitschrift *Contracting und Recht*. Dr. Olaf Otting ist Vorsitzender des Vergaberechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins (DAV), Vorstandsmitglied der AG Vergaberecht im DAV, Mitglied der Gesellschaft für Umweltrecht (GfU) und des Verwaltungsrechtsausschusses des DAV. Er gehörte der informellen Expertenkommission des Bundeswirtschaftsministeriums zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien an.

A. Thema des Arbeitskreises

Umsetzungs- und Anwendungsprobleme im neuen (Bau-) Vergaberecht.

B. Einführung

von RA Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

1. Das Deutsche Vergaberecht steht – nach den Worten des Gesetzgebers – vor der größten Reform der letzten zehn Jahre. Das liegt vor allem an den neuen EU-Vergaberichtlinien, die durch die nationalen Gesetzgeber bis Mitte April 2016 umzusetzen sind. Wenn der Deutsche Baugerichtstag Anfang Juni 2016 stattfindet, wird die Umsetzung in Deutschland voraussichtlich be-

reits erfolgt sein. Zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Einführung ist jedoch die Diskussion um die Einzelheiten der Vergaberechtsmodernisierung noch in vollem Gang. Leider lag jedoch der Redaktionsschluss für dieses Heft so früh, dass noch nicht alle Entwurfstexte der Bundesregierung für die Thesen der Referenten berücksichtigt werden konnten. Das betrifft vor allem den Referentenentwurf für eine neue Vergabeverordnung und eine neue Konzessionsverordnung. Andererseits wird die Neufassung der VgV für Bauvergaben nur indirekt relevant werden, da die VOB/A nicht zu dem Bearbeitungsumfang des Reformpakets der Vergaberechtsmodernisierung zählt. Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss als Hüter der VOB/A hat jedoch bereits mit der Arbeit an einer Aktualisierung der VOB/A begonnen. Dabei steht vor allem eine Anpassung an die neuen Vorschriften des GWB und Harmonisierung mit der VgV an. Der Baugerichtstag wird sich vor diesem Hintergrund nicht nur mit dem spezifischen Bauvergaberecht, sondern mit der Vergaberechtsmodernisierung insgesamt befassen.

2. Leider hat die Bundesregierung ausdrücklich darauf verzichtet, im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung mehr Verbesserungen und/oder Veränderungen in den Vergaberegeln vorzunehmen, als dies infolge der Umsetzung der europäischen Richtlinien geboten ist. Dieses politisch als „1:1-Umsetzung“ propagierte Konzept könnte auch als Zeichen gestalterischer Mutlosigkeit angesehen werden, denn jede/r Vergaberechtler/in weiß, dass eine Vielzahl von Detailregelungen noch einer Korrektur oder Auslegung bedürfen, was seit Jahren mit wechselndem Erfolg von den Vergabesenaten vorgenommen wird. Von einem konsistenten, bundesweit einheitlichen Vergaberecht sind wir noch weit entfernt. Auf Landesebene schießen die Regelungen der unsäglichen Landesvergabegesetze weiter ins Kraut, obwohl sie rechtlich überflüssig sind und mit der Einführung des bundesweiten gesetzlichen Mindestlohns auch politisch wertlos wurden. Die Bundesregierung äußert in diesem Zusammenhang in der Gesetzesbegründung die Ansicht, dass mit der Vergaberechtsmodernisierung *„die Vergabeverfahren effizienter, einfacher und flexibler gestaltet und die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an Vergabeverfahren erleichtert werden“*¹. Tatsächlich dürfte das Gegenteil der Fall sein.

Ab April 2016 werden wir eine neue Komplikationsebene der Vergaberechtsvorschriften erreicht haben, wobei auch die Menge der Vorschriften weiter deutlich zunimmt, ohne die Anwendungsprobleme der Praxis besser zu regeln.

3. Die neuen EU-Vergaberichtlinien betreffen vor allem Erleichterungen für öffentliche Auftraggeber in Bereichen, die für die Bauvergabe von nachrangiger Bedeutung sind, so etwa für *inhouse*-Vergaben, für die interkommunale Kooperation und bei der Verlängerung bestehender Verträge. Diese Themen sind für Bauverträge nur ausnahmsweise von Relevanz.

Interessanter ist da schon der beabsichtigte Wegfall des Vorrangs des offenen Verfahrens, der in § 119 Abs. 2 GWB-E vorgesehen ist. Diese Absicht ist bereits auf erhebliche Kritik in der Fachöffentlichkeit gestoßen. Diskussionswürdig ist sicher auch die schon in Art. 26 Abs. 4a der RL 24/2014/EU enthaltene, wesentlich erleichterte Möglichkeit für einen öffentlichen Auftraggeber, ein Verhandlungsverfahren durchzuführen, für dessen Rechtfertigung künftig mehr oder weniger die Darlegung einer wie auch immer gearteten Komplexität einer Vergabe ausreicht.

4. Die Referenten im Arbeitskreis Vergaberecht auf dem 6. Deutschen Baugerichtstag Anfang Juni 2016 sind profilierte Vergaberechtler und haben in ihren Thesen einzelne, wichtige Aspekte der Vergaberechtsreform aufgegriffen.

Olaf Otting, Rechtsanwalt und Ausschussvorsitzender Vergaberecht im DAV, ist vorsichtig bei der Beurteilung der Erleichterungen zugunsten der Auftraggeber und weist ausdrücklich darauf hin, dass die erweiterten Möglichkeiten nur in bestimmten, sinnvollen Fällen genutzt werden sollten. Er weist aber auch sehr deutlich auf die Schwachstelle der Vergaberechtsmodernisierung hin: Die gesamten Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte werden von dem Reformpaket nicht adressiert. Bei Liefer- und Dienstleistungsvergaben führt das neue Recht dazu, dass Ab Mai 2016 oberhalb der Schwelle nach VgV zu vergeben ist, während unterhalb der Schwelle wie bisher die VOL/A, 1. Abschnitt angewendet wird. Weiter auseinander können die Rechtsnormen

1 Gesetzesbegründung zum VergRModG, BT-Drucks. 18/6281, S. 1.

der beiden Bereiche kaum liegen. Hiermit wird eine frühere Entwicklung, die eine stärkere Zusammenführung der Normen im Unter- wie Oberschwellenbereich bewirken sollte, konterkariert. Sicher wird zu diskutieren sein, wie man ein solches Auseinanderfallen der Regelwerke im Bereich der Bauvergabe verhindern kann.

Heinz Peter Dicks, seit über elf Jahren Vorsitzender des Düsseldorfer Vergabesaats und als solcher ein Veteran unter den deutschen Vergaberechtlern, wartet ebenfalls mit interessanten Thesen auf. Er weist auf überflüssige Regeln im neuen GWB-Entwurf hin und unterbreitet konkrete Verbesserungsvorschläge, die sehr überlegenswert erscheinen. Wichtig und im Sinne der zu schaffenden Transparenz ist auch seine Forderung, die Submission nicht nur in der VOB/A zu erhalten, sondern auch auf den Bereich der VOL/A (und damit der künftigen VgV) auszudehnen. Eine Abschaffung der Bekanntgabe der Angebotssummen gleich nach Angebotsöffnung könnte bei der Bauvergabe einen großen Schritt in Richtung Intransparenz der Vergabeverfahren bedeuten. Sehr zu begrüßen ist auch Dicks' Kritik an der beabsichtigten Abschaffung des Kostenfestsetzungsverfahrens vor den Vergabekammern. Er geißelt dies zu Recht als eine bloße Erschwerung des Vergaberechtsschutzes. Dabei sollte sich ein Gesetzgeber nicht erwischen lassen. Leider erwähnt Dicks nicht den in diesen Kontext gehörenden Aspekt der extrem hohen Kosten des Zwischenverfahrens nach § 118 GWB beim OLG. Auch hier gehört wohl die Regelung abgeschafft, dass für den Beschluss, die aufschiebende Wirkung zu verlängern, urteilsähnliche Gebühren erhoben werden, was die vollständig durchgeführte Beschwerdeinstanz zu einem enormen Kostenrisiko für den (privaten) Beschwerdeführer werden lässt. Die Kostenstruktur des Vergabenachprüfungsverfahrens gehört in ihrer Gesamtheit auf den Prüfstand, weil die Gebühren längst prohibitiv hoch geworden sind und die Effektivität des Vergaberechtsschutzes massiv erschweren.

Wegen des Fortgangs der Diskussion zum GWB-E, der VgV und den übrigen Verordnungsentwürfen wird es auf dem Baugerichtstag Anfang Juni 2016 noch zahlreiche weitere Diskussionsthemen geben, die von den Referenten in ihren Thesen noch nicht aufgegriffen werden konnten. Es wird daher nicht nur mit einer munteren Diskussion zu rechnen

sein, sondern auch noch mit neuen, im Arbeitskreis entstehenden Thesen und Abstimmungsfragen.

C. Thesen

I. Thesen von H.P. Dicks, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

These 1:

Der Regelungsumfang im GWB-E sollte zugunsten der künftigen Vergabeverordnung zurückgenommen („verschmälert“) werden.

Begründung:

Vergaberecht ist „Inspektorenrecht“. Es wird nicht von Juristen angewandt und in der Anwendung von ihnen tatsächlich nicht regelmäßig begleitet. Umso wichtiger ist, den Rechtsanwendern eine praktisch handhabbare Rechtsordnung zur Verfügung zu stellen. Als solche haben bisher die Vergabeordnungen (eingeschränkt: in Verbindung mit den Vergabehandbüchern) dienen können, bei deren Zugrundlegen Anwender im Allgemeinen haben sicher gehen können, keine beschaffungshindernden Vergaberechtsverstöße zu begehen. Nunmehr werden Anwender mindestens sowohl die Vergabeverordnung als auch das GWB „unter dem Arm zu tragen“ und die Vorschriften im Einzelfall miteinander abzugleichen haben. Die Vergabehandbücher fallen nach den Änderungen des Vergaberechts als Orientierungsinstrument zunächst einmal aus. Darum sollte angestrebt werden, dass die Vergabeverordnungen künftig die Rolle eines kompletten „Orientierungsrahmens“ für die Beschaffer übernehmen können.

Im GWB verzichtbare und in die Vergabeverordnungen „herunterstufbare“ Regelungen sind zum Beispiel:

- Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB-E)
- Eignung (§ 122 GWB-E)
- Ausschlussgründe (§ 123 f. GWB-E)
- Selbstreinigung (§ 125 f. GWB-E)
- Auftragsausführung (§ 128 GWB-E)
- Auftragsänderungen (§ 132 GWB-E).

These 2:

Bei der Zulassung und Wertung von Nebenangeboten sollte im Sinn einer Stärkung der Handlungsfreiheit der Auftraggeber und der Bedeutung von Nebenangeboten für den Bieterwettbewerb

werb angestrebt werden, neue unionsrechtliche und nationale Bestimmungen, wonach ein Qualitätsvergleich von Haupt- und Nebenangeboten zu gewährleisten ist, in der Weise abzuändern, dass der Auftraggeber nur im Fall aufgrund sicherer Erkenntnis festzustellender, schwerwiegender Qualitätsabweichungen zwischen Haupt- und Nebenangeboten unter Festlegen von Qualitätskriterien, die für Haupt- und Nebenangebote gleichermaßen gelten, den Angebotswettbewerb neu zu eröffnen hat.

Begründung:

Nebenangebote können – gleichviel, ob beim Zuschlagskriterium des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses (bisher: wirtschaftlichstes Angebot) oder des niedrigsten Preises (oder der niedrigsten Kosten) – nach neuen EU-Richtlinien (vgl. Art. 45 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU; Art. 64 Abs. 1 Richtlinie 2014/25/EU) und nach nationalem Recht (§ 127 Abs. 4 GWB-E) vom Auftraggeber nur noch gewertet werden, sofern zuvor (spätestens in den Auftragsunterlagen) aussagekräftige Zuschlagskriterien festgelegt worden sind, die einen Qualitätsvergleich zwischen Haupt- und Nebenangeboten gewährleisten. Dahin geht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Beschl. v. 07.01.2014 – X ZB 15/13). Dadurch soll sog. Abmagerungs-Nebenangeboten entgegen gewirkt werden.

Auftraggeber berichten indes davon, dass Abmagerungs-Nebenangebote kein praktisches oder flächendeckendes Problem darstellen und gar nicht oder nur vereinzelt vorkommen. Umgekehrt erlegt die generelle Anforderung, einen Qualitätsvergleich zwischen Haupt- und Nebenangeboten zu ermöglichen (was beim Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises nur durch Errichten einer gesonderten Wertungsmatrix sicherzustellen ist), dem Auftraggeber von vorneherein einen Mehraufwand auf, der die vor allem bei Niedrigpreisvergaben erwartete Aufwandsparnis aufzehrt und davor abschreckt, Nebenangebote überhaupt zuzulassen. Dies ist nicht im Sinn des Bieterwettbewerbs, steht einer Nutzung potentieller Kreativität und Innovationskraft von Nebenangeboten entgegen und ist überdies geeignet, Kosteneinsparungen beim Auftraggeber und eine möglichst kostengünstige Auftragsvergabe zu verhindern.

These 3:

Die Überschrift des § 124 GWB-E („Fakultative Ausschlussgründe“) sollte geändert werden in: „Weitere Ausschlussgründe“.

Begründung:

Die Wortwahl des GWB-E lässt aufgrund herkömmlicher juristisch-methodischer Auslegungsregeln den Eindruck entstehen, die Anwendung der genannten Ausschlussgründe und mithin das Bejahen oder Verneinen der Eignung eines Bewerber- oder Bieterunternehmens habe etwas mit Ermessensanwendung zu tun. Tatsächlich lässt die Eignungsprüfung keinen Spielraum für eine Ermessensbetätigung durch den öffentlichen Auftraggeber zu. Eignung ist entweder gegeben oder nicht. Der Auftraggeber muss Bewerber oder Bieter vom Vergabeverfahren ausschließen, sofern aufgrund gesicherter Erkenntnisse (und im Rahmen der dabei anzustellenden Prognose mit Beurteilungsspielraum) auch nur Zweifel an ihrer Eignung bestehen.

Hat ein Unternehmen zum Beispiel eine schwere, seine Integrität beeinträchtigende Verfehlung begangen (§ 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB-E), besteht ein anders nicht behebbarer Interessenkonflikt oder eine Wettbewerbsverzerrung (Nr. 5 und 6), hat ein Unternehmen bei einem früheren Auftrag erheblich und fortdauernd schlecht geleistet (Nr. 7) oder eine schwerwiegende Täuschung begangen (Nr. 8), kann eigentlich kein Streit darüber auftreten, dass es vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss.

Die § 124 GWB-E entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen (z.B. Art. 57 Abs. 4 Richtlinie 2014/24) gebrauchen zwar den Begriff „können“, dies freilich nicht im Sinn einer Ermessensbetätigung, sondern im Sinn einer an den Auftraggeber gerichteten Ermächtigung. Die Auftraggeber sollen Bieterunternehmen auch in den in der Richtlinie genannten Fällen, freilich ohne Ermessen, ausschließen dürfen. Die missverständliche Überschrift des § 124 GWB-E provoziert Rechtstreitigkeiten und Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union über die Auslegung der Richtlinienvorschrift, die geeignet ist, zahlreiche Vergabeverfahren zu behindern und deren Abschluss zu verzögern.

These 4:

Die Bieteröffentlichkeit der Submission sollte wiederhergestellt und auch im Anwendungsbereich der bisherigen VOL/A gelten (§ 56 Abs. 2 VgV-Diskussionsentwurf).

Begründung:

Die Bieteröffentlichkeit ist als Kontrollinstrument bei Auftragsvergaben vor allem nach dem niedrigsten Preis, aber auch sonst von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Darauf sollte bei Auftragsvergaben nicht ohne Not verzichtet, sondern die Bieteröffentlichkeit der Angebotsöffnung sollte auch auf Dienstleistungen und Lieferungen ausgeweitet werden.

These 5:

Aufgrund zunehmend komplizierter gewordenen Vergaberechts müssen öffentliche Auftraggeber sich künftig vermehrt der Prozesssteuerung in Vergabeverfahren zuwenden. Es sind Workflow-Modelle zu entwickeln oder einzukaufen und in die Beschaffungsvorgänge zu implementieren.

Begründung:

Allzusehr ist bisherige Praxis bei Auftraggebern (vor allem bei Kommunen), dass die Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens einem einzigen Ingenieur oder Verwaltungsfachmann übertragen wird, der diese zu verantworten hat. Diese sind mit der Aufgabe bisweilen überfordert. Sie bedienen sich darum der Auftragsunterlagen aus früheren Ausschreibungen (als Vorstück) und perpetuieren dadurch unbewusst Ausschreibungsfehler oder -schwächen – dies mit dem daraus folgenden Störpotential. In der Praxis stellt sich die Situation kaum besser dar, sofern Auftraggeber Beratungsunternehmen beauftragen, die Auftragsunterlagen zu erstellen. Die von Beratungsunternehmen vorbereiteten Auftragsunterlagen (auch Leistungsverzeichnisse) werden häufig nicht oder nicht ausreichend vom Auftraggeber hinterfragt (und danach ggf. korrigiert). Dadurch begründete Fehlerquellen sind im Interesse der Effektivität von Beschaffungen der öffentlichen Hand möglichst auszuschalten.

Auftraggeber müssen darum Workflow-Modelle entwickeln oder übernehmen und installieren,

die ein fachübergreifendes und sachgerechtes Prozessmanagement sicherstellen. Dadurch können in der Praxis Anwendungsprobleme und Erschwerungen beim neuen Bau-Vergaberecht leichter bewältigt werden. Zu einer derartigen Weiterentwicklung des Beschaffungswesens sollte vor allem die anstehende eVergabe Veranlassung geben.

Das Prozessmanagement muss/sollte unter anderem folgende Bereiche abdecken:

- Bedarfsermittlung,
- Festlegen des Auftragsgegenstands,
- Erstellen der Leistungsbeschreibung/des Leistungsverzeichnisses,
- Festlegen der Zuschlagskriterien und der Unterkriterien,
- Festlegen der (Mindest-) Anforderungen an die Eignung der Bieter/Bewerber, der Nachweise und des Zeitpunkts der Einreichung von Nachweisen,
- Zulassung von Nebenangeboten, Bestimmen von Mindestanforderungen an Nebenangebot, ggf. Festlegen von Qualitätskriterien, die einen Vergleich zwischen Haupt- und Nebenangeboten gewährleisten,
- Inhalt der Auftragsbekanntmachung.

Dabei sind die an der Beschaffung und am Vergabeverfahren mitwirkenden Stellen

- Bedarfsträger,
- (zentrale) Vergabestelle,
- Ingenieure, Verwaltungsfachleute und Juristen,
- Rechnungsprüfungsämter/-abteilungen
- und politische Entscheidungsträger

in abstrakt-generell festgelegten Prozessen, die transparent abzuwickeln und zu dokumentieren sind, an den zu treffenden Entscheidungen angemessen zu beteiligen.

These 6:

§ 182 Abs. 4, letzter Satz GSWB-E (Ein gesondertes Kostensetzungsverfahren findet [vor den Vergabekammern] nicht statt) sollte gestrichen werden.

Begründung:

Die Vorschrift ist 2009 ersichtlich aus Gründen einer Erschwerung des Vergaberechtsschutzes in

das GWB aufgenommen worden. Seither sind die Verfahrensbeteiligten bei Kostenerstattungsansprüchen im Streitfall auf Einklagen eines materiellen Kostenerstattungsanspruchs vor den Amts- oder Landgerichten angewiesen, die in Ermangelung von Fallersfahrungen indes kaum die Honorarermittlungsgrundlagen (Umfang und Schwierigkeit der Sache) zuverlässig bestimmen können.

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

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

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

II. Thesen von RA Dr. Olaf Otting

These 1:

Das reformierte Vergaberecht ermöglicht in noch größerem Umfang als bisher die Verwendung nichtpreislicher, qualitativer Zuschlagskriterien und normiert die Vergabe nach dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“ (§ 127 Abs. 1 GWB-E, § 58 Abs. 2 VgV-E). Rechtlich ist die Verwendung ausschließlich des Preises als Zuschlagskriterium aber nach wie vor nicht ausgeschlossen; bei (Standard-) Bauvergaben sollte von der Einbeziehung qualitativer Kriterien in das Entscheidungsprogramm zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.

Art. 67 RL 2014/24/EU eröffnet in größerem Umfang als das bisherige Recht die Möglichkeit, über den Preis hinaus das beste Preis-Leistungsverhältnis zum Zuschlagskriterium zu machen und qualitative Kriterien nicht nur hinsichtlich der Leistung zu berücksichtigen, sondern etwa auch Erfahrung und Qualifikation des in die Ausführung eingebundenen Personals. Flankiert wird das durch die Möglichkeit einer sog. Lebenszykluskostenberechnung nach Art. 68 der Richtlinie.

Der deutsche Gesetzgeber hat dies in § 127 GWB-E aufgegriffen, die europarechtliche Vorgabe aber nur teilweise wiedergegeben. Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass es weiterhin möglich sein, ausschließlich den Preis als Zuschlagskriterium zu verwenden, wenngleich der Normtext nur von dem besten Preis-Leistungsverhältnis spricht. Damit ist jedoch der Ausschluss einer rein preislichen Angebotswertung nicht verbunden, denn diese Rechtsfolge hätte nach Art 67 Abs. 2 der Richtlinie durch den Gesetzgeber ausdrücklich normiert werden müssen, was er nach der Begründung gerade nicht wollte.

In der Praxis erscheint es insbesondere aus Bietersicht geboten, qualitative Wertungskriterien bei der Ausschreibung marktgängiger Bauleistungen nur zurückhaltend zu verwenden. Der Auftraggeber darf seiner Verpflichtung, die geforderte Leistung möglichst umfassend und eindeutig zu beschreiben, nicht ausweichen. Ist die Leistung diesen Anforderungen entsprechend beschrieben worden, gehen vergleichbare Angebote ein. Der angebotene Preis wird vertraglich vereinbart und ist objektiv nachprüfbar. Der Auftraggeber sollte sich seiner Verantwortung für die Auswahl der angemessenen Ausführung nicht durch Eröffnung qualitativer Spielräume für den Bieter entziehen. Dadurch leidet die Vergleichbarkeit und letztlich auch die Qualität.

Bei der Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses ist überdies im Vorhinein schwer zu bestimmen, ob nach der vom Auftraggeber verwendeten Wertungsformel die Mehrqualität in einem angemessenen Verhältnis zum Mehrpreis steht. Hat der Auftraggeber sich darüber nicht hinreichend präzise Gedanken gemacht, kann es sein, dass ein Minimum an Mehrqualität bei trotz überproportional höheren Preises zum Zuschlag führt.

Gleiches gilt hinsichtlich der auf den ersten Blick überzeugenden Verwendung von Lebenszyklus-Berechnungsmodellen. Anders als der Preis sind die Folgekosten bei Zuschlag nicht eindeutig verifizierbar und auch nur in Grenzen vertraglich zusicherbar. Der Auftraggeber muss eine Prognose anstellen, deren Grundlage in erster Linie die Abschätzung des Bieters ist. Also kann es auch hier zu einer fehlenden Vergleichbarkeit der Angebote kommen und zum Zuschlag an einen Bieter, der im Ergebnis unter dem Strich das teurere Angebot abgegeben hat.

These 2:

Das neue Vergaberecht eröffnet den Auftraggebern eine größere Wahlfreiheit bei der Verwendung vom bisherigen Standardverfahren (offenes Verfahren) abweichender Ausschreibungsmodelle. Diese Möglichkeiten sollten genutzt werden, aber nur in Fällen, in denen sie sinnvoll sind und Wettbewerb und Transparenz nicht beeinträchtigt werden.

Anders als im bisherigen Recht wird der Vorrang des offenen Verfahrens abgeschafft. Der Auftraggeber hat künftig die Wahlfreiheit zwischen offenem und nicht offenem Verfahren. Vor allem aber kann in größerem Umfang als bisher von vornherein auch das Verhandlungsverfahren oder der Wettbewerblicher Dialog zur Anwendung kommen. So können künftig Aufträge nach § 14 Abs. 3 VgV-E (entspricht Art. 26 Abs. 4 RL 2014/24/EU) in diesen Verfahren vergeben werden, u.a. wenn (i) die Leistung vom Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne des Anhangs 1 Nr. 1 bis 5 der Vergabeverordnung beschrieben werden kann oder (ii) der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst.

Die an Ausschreibungen teilnehmenden Bieter dürfen zunächst einmal erwarten, dass der Auftraggeber seinen Bedarf definiert und die geforderte Leistung so beschreibt, dass ein möglichst intensiver und breiter Wettbewerb eröffnet wird. Das nicht offene Verfahren kann in Fällen sinnvoll sein, in denen von vornherein nur ein begrenzter Bieterkreis in Frage kommt und hohe Anforderungen an die Leistungsfähigkeit zu stellen sind. Bei Standardausschreibungen wird nach wie vor schon wegen der Einstufigkeit der Prüfung das offene Verfahren das Verfahren der Wahl sein. Von einer großflächigeren Anwendung des Verhandlungsverfahrens bei Standardbauausschreibungen ist nicht nur abzuraten, in vielen Fällen dürfte die Wahl dieses Verfahrens auch trotz der erleichterten Anforderungen rechtssicher nicht darstellbar sein.

These 3:

Das neue Vergaberecht eröffnet insbesondere auf der Ebene der Eignung breitere Möglichkeiten, kleine und mittlere Unternehmen zu ermutigen,

an öffentlichen Ausschreibungen teilzunehmen. Davon sollten diese Gebrauch machen.

Das klassische Instrument der Mittelstandsförderung ist die Losbildung. Mit Art. 46 RL 2014/24/EU erkennt auch das EU-Recht jetzt die Legitimität einer mitgliedstaatlichen Vorschrift zur Fach- und Teillosvergabe an. Darüber hinaus eröffnet die Richtlinie aber weitere Möglichkeiten und auch Pflichten, die Teilnahme mittelständischer Unternehmen an Vergabeverfahren zu fördern. Das betrifft insbesondere die Eignungsprüfung. So ist der Jahresumsatz, der zum Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit gefordert werden kann, auf das Zweifache des Auftragswertes begrenzt (Art. 57 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/24/EU). Kleine und mittlere Unternehmen können daher häufiger als bisher nicht wegen finanzieller Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden. Die für die fachliche Leistungsfähigkeit geforderten Referenzen werden durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt, dessen Bedeutung für das gesamte Vergaberecht § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB-E betont. Die Auftraggeber sind aufgerufen, in der Regel Eigenklärungen zuzulassen, um den Nachweisaufwand gering zu halten.

These 4:

Die Vergaberechtsmodernisierung führt nicht zu einer grundlegenden Strukturreform, sondern perpetuiert im Bereich der Vergabe von Bauaufträgen die dreistufige Kaskade unter Einschluss des 2. Abschnitts der VOB/A. Das ist angesichts der Bedeutung, die der 1. Abschnitt der VOB/A für die Unterschwellenvergabe behalten wird, für die Vergabepaxis vorteilhaft, die sie sich damit nicht auf ein systematisch völlig anderes Regelwerk oberhalb der Schwelle einstellen muss.

Für die Vergabe von Bauaufträgen hat sich der Regelungsgeber für die Beibehaltung der VOB/A entschieden. Dafür sprechen gewichtige praktische Gründe. Denn wegen des wesentlich höheren Schwellenwertes für die Vergabe von Bauaufträgen werden die meisten öffentlichen Bauaufträge nach wie vor unterhalb der Schwellenwerte vergeben. Hier ist die Praxis an das bewährte Regulationssystem der VOB/A gewöhnt. Eine völlig andere Normstruktur oberhalb der Schwellenwerte stelle die Praxis vor Anwendungsprobleme. Allerdings sollte nicht durch Wiederholung oder sogar Para-

phrasierung der auf der höherrangigen Normebene vorhandenen Regelungen in der VOB/A eine neue Rechtsunsicherheit bei der Anwendung entstehen.

These 5:

Die Vergaberechtsreform dient ausschließlich der Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien und spart das für Bauaufträge praktisch wichtige Recht unterhalb der Schwellenwerte aus. Mittelfristig sollte die Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte wieder stärker vereinheitlicht werden.

Die praktische Anwendung des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte wird erschwert durch die in den letzten Jahren gestiegene Vielfalt landesrechtlicher Regelungen. Die Disparität der verschiedenen Landesvergabegesetze verlangt aus der Bietersicht dringend nach einer Vereinheitlichung. Angesichts des Umstandes, dass die

meisten öffentlichen Bauaufträge unterhalb der Schwellenwerte vergeben werden, ist die Zurückhaltung des Bundesgesetzgebers bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien zwar unter kompetenzrechtlichen und politischen Gesichtspunkten nachvollziehbar, für die Praxis jedoch mit erheblichen Problemen verbunden. Bieter müssen sich auf ganz unterschiedliche landesrechtliche Regelungen einstellen, was erst recht für Formularwesen und Erklärungsanforderungen, für Schwellenwerte und Publikationspflichten gilt. Diese Partikularisierung des Vergaberechts bereitet für Bieter Marktzutritts Hindernisse. Daher wäre es mittelfristig zu begrüßen, wenn sich die Länder zumindest auf Musterregelungen zum Vergaberegime unterhalb der Schwellenwerte ähnlich etwa der Musterbauordnung im Baurecht einigen könnten. Diese Musterregel besteht in materieller Hinsicht im Prinzip mit dem 1. Abschnitt der VOB/A.

Arbeitskreis III – Bauprozessrecht

Arbeitskreisleiter

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

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

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Marburg

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

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

Referenten

Ulrich Schröder

Ulrich Schröder ist seit 2002 Richter am Oberlandesgericht Frankfurt am Main, dort als Mitglied des 1. Zivilsenates schwerpunktmäßig mit privatem Baurecht, Amtshaftungs- und Bankrecht befasst. Er hält seit Jahren viele Vorträge

zum privaten Baurecht für Richter, Rechtsanwälte, Architekten und Ingenieure. Im Jahr 2007 initiierte er eine Tagungsreihe zum privaten Baurecht für hessische Richter, die er seitdem leitet und betreut. Seit Anfang 2010 betreut er in der NJW-Redaktion das private Baurecht.

Dr. Peter Götz v. Olenhusen

Dr. Peter Götz v. Olenhusen, geb. 1952 in Göttingen, Studium in Bonn, Promotion mit einer Arbeit im Kartellrecht, seit 1982 Richter in Niedersachsen am Landgericht Göttingen, Amtsgericht und Oberlandesgericht Celle, Präsident des Landgerichts Göttingen, Abteilungsleiter Gesetzgebung im Nds. Justizministerium, seit 2006 Präsident des Oberlandesgerichts Celle, Mitglied des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs, Mediator im Projekt gerichtliche Mediation in Niedersachsen, Referent des 67. DJT Erfurt 2008 zum Thema Mediation, Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Leiter der Abteilung Prozessrecht des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014 „*Der Richter im Zivilprozess – sind GVG und ZPO noch zeitgemäß?*“, Veröffentlichungen zum Thema des 70. DJT und zum Thema Mediation.

Vizepräsident des Landgerichts Dr. iur. Mark Seibel, Siegen/Wenden

Dr. Seibel ist Vizepräsident des LG Siegen. Von Dezember 2010 bis Dezember 2013 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter im u.a. für das Bau- und Architektenrecht zuständigen VII. Zivilsenat des BGH in Karlsruhe. Danach war er bis August 2015 beim OLG Hamm in einem Bausenat tätig. Im (öffentlichen und privaten) Baurecht und im Prozessrecht ist er durch eine Vielzahl von Vorträgen sowie Buch- und Zeitschriftenveröffentlichungen ausgewiesen.

Rechtsanwalt Dr. Jürgen Lauer, D.E.S. en droit (Genève)

Dr. Lauer ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Köln. Er ist in allen Bereichen des Immobilienrechts tätig. Als früher singular beim Oberlandesgericht zugelassener

Anwalt verfügt er über eine mehr als zwanzigjährige Erfahrung in Berufungsverfahren. Dr. Lauer ist Richter am Amtsgerichtshof des Landes Nordrhein Westfalen und Mitglied des ZPO-Ausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer.

A. Thema des Arbeitskreises

Vorschläge zur Optimierung des Bauprozesses (= Beschleunigung des Verfahrens, Verbesserung der Entscheidungsqualität).

B. Einführung

von VRiOLG a.D. Günther Jansen

Steht der Zivilprozess – und unter den Zivilprozessen insbesondere der Bauprozess – „vor dem Aus“?¹ Zwingen die trotz zurückgehender Eingangszahlen² immer längeren Bearbeitungszeiten und die vielfach beklagte unzureichende Qualität mancher Entscheidungen die Parteien geradezu in die außergerichtlichen Streitschlichtungs- bzw. Streitentscheidungsverfahren? Oder stellt der moderne Zivilprozess nach den Regeln des GVG und der ZPO eine ganz wichtige Errungenschaft dar, um die zu kämpfen sich lohnt? Haben seine Grundlagen (rechtliches Gehör, faires Verfahren) möglicherweise sogar „Ewigkeitswert“?³ Weichen wir vielleicht vorschnell auf die außergerichtlichen Streitschlichtungs- und Streitentscheidungsverfahren aus, weil wir deren Schwächen und Nachteile noch nicht richtig erfasst haben? Führt vielleicht der Umstand, dass die außergerichtlichen Streitschlichtungs- und Streitentscheidungsverfahren nicht öffentlich sind und genaue Daten über die Anzahl der Verfahren, ihre Dauer, ihre Kosten und die Qualität der dort getroffenen Entscheidungen nicht vorliegen, dazu, dass wir allzu früh die Bemühungen um eine durchaus mögliche Optimierung des „guten alten Zivilprozesses“ einstellen? Führt der merkwürdige Schulterschluss zwischen den Befürwortern außergerichtlicher Streitschlichtungs- und Streitentscheidungsverfahren und den um ständige „Verschlankung“ der Justiz bemühten Finanzministern und den jede denkbare Mehrbelastung abblockenden Justizverwaltungen letztlich dazu, dass wir die durchaus denkbare und mögliche Anpassung des staatlichen Zivilprozesses mit der Folge vernachlässigen, dass immer geringere Eingangszahlen zu einem immer weiter fortschreitenden Personalabbau, zu einem weiteren Abbau der

ohnehin begrenzten Fachkompetenz und zu noch längeren Bearbeitungszeiten führen? Oder ist es das staatliche zivilprozessuale Verfahren wert, dass wir alle um seinen Fortbestand, aber auch um seine ständige Anpassung an die veränderten Anforderungen kämpfen?

Das Thema ist nicht neu. Der Baugerichtstag hat sich wiederholt mit der Frage befasst, welche Möglichkeiten zur Verbesserung des zivilprozessualen Verfahrens es gibt und wie insbesondere der Bauprozess effektiver gestaltet werden kann. Auch der Deutsche Juristentag hat sich am 17./18.09.2014 in seiner zivilprozessrechtlichen Abteilung eingehend mit dem Zivilprozess und seinen Entwicklungsmöglichkeiten befasst. Die Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts und des Bundesgerichtshofs haben sich im Rahmen ihrer Jahrestagung in Frankfurt am Main im Juni 2015 ebenfalls eingehend mit diesem Thema auseinandergesetzt. Alle bisher gewonnenen Erkenntnisse müssen überprüft und auf den Bauprozess zugeschnitten, weitere Vorschläge müssen auf dem 6. Deutschen Baugerichtstag diskutiert und verarbeitet werden. Dabei muss aber allen Beteiligten bewusst sein, dass es nicht nur darum geht, Vorschläge an den Gesetzgeber zu entwickeln. Mindestens ebenso wichtig ist es, Überlegungen anzustellen, wie die zu erwartenden Widerstände – auf die unheilvollen Vorgaben der Finanzminister und die zögerliche Haltung mancher Justizverwaltungen habe ich schon hingewiesen – politisch überwunden werden können.

Wir werden im AK III eine ganze Reihe von Vorschlägen diskutieren. So werden wir uns im Plenum erneut mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob nicht eine gesetzliche **Regelung zum erleichterten Erlass von Teilurteilen** vorgeschlagen werden sollte. Der Vorschlag selbst ist nicht neu.⁴ RBGH (VII. Senat) Prof. Dr. Jurgeleit hat dazu aber nunmehr auf den Freiburger Baurechtstagen ein-

1 So die bewusst provokante Fragestellung Graf-Schlickers in ihrem Thesenpapier für den Deutschen Juristentag am 17. und 18.09.2014, AnwBl 2014, 573.

2 So ist es in der Zeit von 2004–2012 in Bau- und Architektensachen bei den Landgerichten bundesweit zu einem Rückgang von 38.559 auf 28.577 Verfahren = - 26 % gekommen.

3 Prütting, „Der Zivilprozess im Jahre 2030“, AnwBl 2013, 401.

4 So schon Koeble, BauR 2006, 1569.

drucksvoll dargelegt, dass die restriktive Auslegung des § 301 ZPO durch den BGH – kein Teilurteil, wenn die Gefahr widersprechender Entscheidungen besteht – keineswegs durch Wortlaut bzw. Sinn und Zweck des Gesetzes geboten sei. Eine Änderung der Rechtsprechung ohne eine gesetzliche Klarstellung wird aber nur schwer durchzusetzen sein. Selbst wenn RBGH Prof. Dr. Jurgeleit die übrigen Senatsmitglieder überzeugen könnte, müsste der VII. Senat sich mit den übrigen Senaten des BGH und dieser sich möglicherweise auch mit anderen Gerichten – etwa dem Bundesarbeitsgericht – abstimmen. Jeder mit den Problemen halbwegs Vertraute weiß: Eine Klarstellung im Gesetz dürfte leichter umzusetzen sein. Wie weit die gehen sollte, wird aber zu diskutieren sein. Die allzu großzügige Zulassung von Teilurteilen könnte zu unerfreulichen Rechtskraftproblemen führen. Der Anwalt, der in derselben Instanz das dritte oder vierte Teilurteil erstritten hat – alle auf unterschiedlichen Tatsachengrundlagen und mit nicht deckungsgleichen rechtlichen Erwägungen – wird etwas ratlos auf das Ergebnis seiner Bemühungen schauen. Möglicherweise lässt sich dieses Problem aber dadurch entschärfen, dass den Gerichten die Möglichkeit eingeräumt wird, **Zwischenfeststellungsurteile auch ohne Antrag** zu erlassen. Auch der **erleichterte Erlass von Vorbehaltsurteilen** wird in Erwägung zu ziehen sein. Alternativ sollte geprüft werden, ob eine gesetzliche Regelung über eine **vorläufige Zahlungsanordnung bei hoher Erfolgsaussicht der Klage** vorgeschlagen werden sollte. Ob die in § 650 Abs. 4 BGB-RefE vorgesehene Lösung über das einstweilige Verfügungsverfahren praktikabel wäre, ist sehr zweifelhaft. In diesem Bereich sollten Eilentscheidungen vielmehr nur Richtern überlassen werden, die über besondere Fachkenntnisse und Erfahrungen in Bausachen verfügen.

Ein zentrales Thema der Erörterungen im AK III muss auch die Frage sein, ob ein **flexiblerer Umgang mit den Regelungen des GVG und der ZPO über die gerichtlichen Zuständigkeiten und die Geschäftsverteilung** geboten ist. Die tradierte Regelung, nach der die Verteilung der eingehenden Sachen nach einem vom Präsidium für das kommende Geschäftsjahr festgelegten Verteilungsplan auf die Kammern und Senate erfolgen muss, steht einer individuellen Zuweisung, die sich an den Wünschen der Parteien, den Spe-

zialkenntnissen der Spruchkörper und ihrer sich im Laufe des Geschäftsjahres ergebenden tatsächlichen Belastung, die von der vorausschauenden Prognose des Präsidiums deutlich abweichen kann, entgegen. Hier wird zu überlegen sein, ob den **Parteien nicht ein stärkeres Mitspracherecht** und dem **Präsidium anhand überprüfbarer sachlicher Kriterien die Möglichkeit eingeräumt werden sollte**, bestimmte Sachen etwa wegen ihrer besonderen Komplexität **abweichend vom Geschäftsverteilungsplan einem bestimmten Spruchkörper zuzuweisen**. Zu denken ist auch an die Möglichkeit, den **Parteien das Recht einzuräumen, als Eingangsinstanz statt des AG das LG bzw. statt des LG das OLG anzuwählen**. Zu denken ist auch an den **Einsatz von Richtern als wissenschaftlichen Mitarbeitern** bei Landgerichten und Oberlandesgerichten, die einzelnen Spruchkörpern bei besonderer Belastung – etwa zur Aufarbeitung von Umfangssachen – vom Präsidium zugewiesen werden können. Die dadurch entstehenden Kosten sollten allerdings nicht durch die Streichung von Richterstellen wieder hereingeholt werden.

Ebenso wichtig ist die **Verbesserung des gerichtlichen Verfahrensmanagements**. Viele Vorschläge ließen sich eigentlich schon bei der derzeitigen Gesetzeslage umsetzen, andere bedürften nur kleinerer gesetzlicher Änderungen. Hier wird zu klären sein, ob die **Mediation beim Güterichter** gerade in Bausachen durch gesetzgeberische Anreizsysteme, den Mediationsversuch mit Kostenvorteilen zu belohnen, gefördert werden sollte. Ferner wird – steter Tropfen höhlt angeblich jeden Stein – zum wiederholten Male⁵ zu erörtern sein, ob insbesondere für Bausachen eine gesetzliche **Verpflichtung zur Einführung von spezialisierten Spruchkörpern bei Landgerichten und Oberlandesgerichten** geschaffen werden sollte. Keiner längeren Diskussion sollte eigentlich auch die Erörterung der Frage bedürfen, ob flankierend dazu eine **Fortbildungsverpflichtung der Richter im DRiG** verankert werden sollte. Ob der **Sachverständige auf die Richterbank** gehört, ist zweifelhaft. Aus verfassungsrechtlichen Gründen – „gesetzlicher Richter“, BVerfG 95, 322 – wäre es wohl nicht möglich,

5 DBGT BauR 2006, 1591; 70. Deutscher Juristentag Beschluss I 1 der Abteilung Prozessrecht.

erst nach Eingang von Klage und Klageerwiderung fallbezogen einen geeigneten „Fachbeisitzer“ zu bestimmen. Ob es möglich ist, in dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts/Spruchkörpers Spezialzuständigkeiten so zuzuschneiden, dass damit immer der passende Sachverständige auf der Richterbank sitzt, ist sehr fraglich. Nicht immer liegt die Sache so einfach wie bei Architektenhonoraransprüchen, für die eine Sonderzuständigkeit geschaffen und ein Honorarsachverständiger auf die Richterbank berufen werden könnte. Eine Reihe anderer Verbesserungsmöglichkeiten ließe sich schon de lege lata umsetzen, für die tägliche Praxis der in Bausachen manchmal wenig erfahrenen Richter wäre aber ein gesetzlicher Hinweis hilfreich. So kann es gerade in komplexen Bausachen sinnvoll sein, einen möglichst frühen ersten Termin abzuhalten, zu dem bereits der Sachverständige hinzugezogen wird und in dem dann in einem **detaillierten Prozessfahrplan** der weitere Verfahrensablauf und der Umfang der notwendigen Beweiserhebung festgelegt werden. Dass schon zu diesem **frühen Zeitpunkt und vor Erlass des Beweisbeschlusses der Sachverständige hinzugezogen** werden darf und sollte, entspricht bereits der derzeitigen Gesetzeslage⁶, wird von den Gerichten aber vielfach verkannt. Hier wäre ein gesetzlicher Hinweis hilfreich. Zu klären ist auch, ob und wie die in der Praxis vielfach vernachlässigte **Regelung des § 404 a ZPO präziser gefasst** werden müsste, um das Beweisverfahren effektiver zu gestalten.

Zu erörtern ist weiter die Frage, ob eine **Verschärfung der Präklusionsregelungen im selbstständigen Beweisverfahren bzw. im Hauptsacheverfahren** zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen könnte. Das selbstständige Beweisverfahren ist in seiner derzeitigen Form kaum noch brauchbar. Sein Ziel – Entlastung der Justiz, Vermeidung weitergehender Streitigkeiten unter den Parteien – kann als gescheitert angesehen werden. Hier wird zu klären sein, ob der Streit über die Richtigkeit des eingeholten Gutachtens nicht in das Hauptsacheverfahren gehören sollte. Viele Hauptsacheverfahren dauern aber auch deshalb so lange, weil immer wieder Tatsachenvortrag nachgeschoben wird, der längst früher hätte vorgebracht werden können, den die Gerichte dann aber aufgrund der recht großzügigen Rechtsprechung des BGH und des BVerfG nicht als verspätet zurückweisen dürfen.

C. Thesen

I. Thesen von ROLG Schröder

1. Verfahrensbeschleunigung durch neue Präklusionsregeln für das selbstständige Beweisverfahren und das Hauptsacheverfahren?

a) Thesen:

(I) Das selbstständige Beweisverfahren trägt in der heutigen Form nicht zur Entlastung, sondern zur Belastung der Gerichte bei. Sein Charakter als vorläufiges Eilverfahren ist wiederherzustellen, indem der Streit um die Richtigkeit eines Sachverständigengutachtens in das Hauptsacheverfahren zurück verlagert wird; zu diesem Zweck ist klarzustellen, dass diesbezügliche Einwendungen im Hauptsacheverfahren noch bis zum Ablauf der Klageerwiderungsfrist uneingeschränkt vorgebracht werden können.

(II) Wer die Klage führt, dass Bauprozesse zu lange dauern, muss die Frage erlauben, ob hierzu auch der Umstand beiträgt, dass häufig unnötig zu spät vorgetragen und dieser späte Vortrag unter dem Druck der großzügigen Rechtsprechung nicht als verspätet zurückgewiesen wird. Art. 103 Abs. 1 GG würde es durchaus erlauben, die Parteien insoweit strenger zu disziplinieren, weil rechtliches Gehör bei Lichte besehen nicht notwendig erfordert, schuldhaft verspätetes Vorbringen zu berücksichtigen. Angesichts der insoweit verfehlt restriktiven, auf die Ebene einfachen Prozessrechts übergreifenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bleiben dem Gesetzgeber allerdings bis auf weiteres nur enge Spielräume für Detailkorrekturen, deren beschleunigende Wirkungen nicht überschätzt werden sollten. Ein „großer Wurf“ ist hierzu außer Sichtweite.

b) Begründung:

(i) Das selbstständige Beweisverfahren sollte einmal zur Entlastung der Gerichte beitragen, eine schnelle Ermittlung und Dokumentation von Tatsachen ermöglichen. Das Gegenteil ist eingetreten. Derartige Verfahren ziehen sich häufig über mehrere Jahre hin und füllen mehrere Aktenbände mit entsprechendem Arbeitsaufwand für alle Beteiligten. Das Gericht hat

⁶ Kniffka, DS 2007, 125, 129.

auf den Verfahrensablauf nur einen geringen Einfluss. Insbesondere kann es die Beweiserhebung praktisch nicht wegen Unerheblichkeit der Beweisfragen für irgendwelche Ansprüche ablehnen und die Beweise nicht würdigen. Die Parteien tragen den Streit um die Richtigkeit des zumeist eingeholten schriftlichen Sachverständigengutachtens im selbstständigen Beweisverfahren aus, obwohl das Gericht diese Frage in diesem Verfahren nicht beantworten kann. Dahinter steht vor allem die Sorge, mit Einwendungen gegen das Gutachten im Hauptsacheverfahren kein Gehör mehr zu finden, insbesondere dann, wenn das Gericht im selbstständigen Beweisverfahren eine Frist zur Stellungnahme auf das Gutachten gesetzt hat (§§ 492, 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO). Die Frage, ob eine derart verfahrenübergreifende Präklusion in Betracht kommt, ist zwar lebhaft umstritten⁷ und durch eine lapidare Bemerkung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2010⁸ keineswegs geklärt. Der Anwalt wird aber schon aus Haftungsgründen den sicheren Weg gehen und alle Einwände verfolgen, die sein Mandant hat. Solange das dergestalt überfrachtete selbstständige Beweisverfahren läuft, kommt das Hauptsacheverfahren als eigentlicher Konfliktlösungsmechanismus nicht in Gang.

An dieser Stelle kann kein umfassendes Reformkonzept zur Beschleunigung des selbstständigen Beweisverfahrens entwickelt werden, das sich etwa zu den Gründen für die Ablehnung von Beweisanträgen, der Zulässigkeit von Ergänzungs- und Gegenanträgen sowie zum Verhältnis schriftlicher Ergänzung und mündlicher Erläuterung verhalten könnte, ebenso zu der Frage, ob sich das Zulässigkeitsanfordernis des „rechtlichen Interesses“ in § 485 Abs. 2 ZPO als ausreichender Filter oder nicht vielmehr als unwirksam, da mehr oder weniger tautologisch erwiesen hat. Als ein erster Schritt zur Entschlackung des selbstständigen Beweisverfahrens und zur Rückverlagerung des Streits um die Beweismwürdigung in das Hauptsacheverfahren sei hier nur vorgeschlagen, die Frage der verfahrenübergreifenden Präklusion im negativen Sinne zu klären, dies etwa durch eine Ergänzung des § 493 Abs. 1 ZPO um folgenden Satz 2:

„Einwendungen gegen das Ergebnis der selbstständigen Beweiserhebung sind seitens des Klägers in der Klageschrift, seitens des Beklagten bis zum Ablauf der nach § 275 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, § 276 Abs. 1 S. 2 ZPO gesetzten Frist zu erheben.“

(ii) Eine wesentliche Voraussetzung für die zügige Abwicklung von Prozessen ist nicht nur in Bausachen, dass das Gericht den Streitstoff einschließlich der angebotenen, von ihm abzuarbeitenden Beweismittel früh kennt. Spätestens nach Lektüre der Replik sollte ihm die Beurteilung der Fragen möglich sein, auf die Klärung welcher Tatsachen es rechtlich ankommt, inwieweit ihm zur Beurteilung der Rechtslage noch Tatsachenvortrag fehlt und welche Beweise voraussichtlich zu erheben sein werden; das Ergebnis dieser Beurteilung kann es mit den Parteien im ersten Termin erörtern, ebenso die daraus abzuleitende Gestaltung des weiteren Verfahrens und die Frage von Vergleichsmöglichkeiten.⁹ Spätere Vortragkorrekturen wirken tendenziell kontraproduktiv, weil sie ein konsistentes Abarbeiten des Aufklärungsprogramms hindern und immer wieder zur Änderung des Arbeitsplans zwingen.

Ein Instrument des Gesetzgebers, um die Parteien zu frühzeitigem Vortrag anzuhalten, ist das Präklusionsrecht (§§ 296, 296a, 530 ff. ZPO). Verspätetes Vorbringen kann oder muss unter den Voraussetzungen dieser Vorschriften unberücksichtigt bleiben. Hieraus ergibt sich, dass die verspätet vortragende Partei mit ihrem verspäteten Vortrag rechtlich nicht mehr gehört wird, was unter dem Aspekt des Art. 103 Abs. 1 GG problematisch ist, und dass der Entscheidung möglicherweise ein unzutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt wird. Die Ausgestaltung des Präklusionsrechts zielt angesichts dessen auf einen Ausgleich zwischen den Zielen der Beschleunigung einerseits, der Wahrheitssuche und der möglichst umfassenden Gewährung rechtlichen Gehörs andererseits. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere aber des sich in diesem Bereich zur Super-Revisionsinstanz aufschwingenden Bundesverfassungsgerichts¹⁰ hat in den letzten gut 30 Jahren die Gewichte deutlich

7 Vgl. etwa Baudewin/Wegner, NJW 2014, 1479 (1481); Gartz, BauR 2011, 906 ff.; Klein, NZBau 2012, 8 ff.; Wintermeier, NZBau 2015, 409 ff. – jeweils befürwortend; Praun, BauR 2013, 1041 ff.; Seibel, BauR 2011, 1410 ff.; Ulrich, BauR 2013, 299 ff.; Weingart, BauR 2015, 189 ff. – jeweils ablehnend.

8 BGH, Urt. v. 11.06.2010 – V ZR 85/09, BauR 2010, 1585 (1590).

9 Vgl. hierzu etwa den bayrischen „Leitfaden zur Strukturierung komplexer Bauverfahren“ (<http://www.rak-nbg.de/sites/default/files/Leitfaden%20zur%20Strukturierung%20komplexer%20Bauverfahren.pdf>).

10 Vgl. hierzu Lenz, NJW 2013, 2551 ff.

zulasten des Beschleunigungsziels verschoben. Herausgegriffen seien nur folgende Beispiele:

Im Grundsatz soll zwar noch der „absolute Verzögerungsbegriff“ gelten, d.h. für eine Zurückweisung soll eigentlich genügen, dass der Prozess ohne Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens schneller endet als mit seiner Berücksichtigung.¹¹ Das soll aber in evidenten Fällen nicht gelten¹², z.B. wenn sich der Rechtsstreit schon vor dem verspäteten Vorbringen als umfangreich und absehbar sachverständiger Aufklärung bedürftig darstellt, sodass ein Abschluss im ersten Termin unwahrscheinlich erscheint¹³. Damit sind die Unsicherheiten des „relativen Verzögerungsbegriffs“, der auf einen Vergleich mit der geschätzten Verfahrensdauer bei hypothetisch rechtzeitigem Vortrag abstellt, durch die Hintertür wieder eingeführt, die Abgrenzung der Evidenzfälle ist unsicher.¹⁴

Verspäteter Vortrag kann nur dann zurückgewiesen werden, wenn der Rechtsstreit ohne dessen Berücksichtigung *insgesamt* abgeschlossen werden könnte; eine Zurückweisung durch Teilurteil ist ausgeschlossen.¹⁵ Wenn der Rechtsstreit in Bezug auf andere Fragen ohnehin weitergeführt werden muss, bleibt die Verspätung folgenlos. Der verspätet Vortragende kann sich diese Weichenstellung durch eine *Flucht in die Klageerweiterung oder in die Widerklage* zunutze machen. Beide Instrumente sind kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel und können deshalb nicht zurückgewiesen werden.¹⁶ Weil das Gericht ohnehin noch über die Klageerweiterung oder die Widerklage verhandeln muss, hat es das verspätete Vorbringen auch in seine Beurteilung der ursprünglichen Klage einzubeziehen.

Der Bauunternehmer bzw. der Architekt, der seinen Werklohnprozess in erster Instanz wegen einer nicht prüfaren Rechnung verloren hat, kann seine Berufung mit einer neuen Schlussrechnung begründen, dies auch dann, wenn ihn das erstinstanzliche Gericht pflichtgemäß auf seine Bedenken gegen die Prüfbarkeit hingewiesen und eine angemessene Reaktionsmöglichkeit eingeräumt hat.¹⁷

Die mit einem schriftlichen Sachverständigen-gutachten unzufriedene Partei kann nach §§ 402, 397 ZPO die mündliche Erläuterung des Gutachtens beantragen, ohne ihre beabsichtigten Fragen an den Sachverständigen im Vorfeld des Termins schriftsätzlich mitzuteilen.¹⁸ Weder der Sachverständige noch Gericht und Gegner können sich

dementsprechend sachgerecht auf die Befragung vorbereiten. Folge ist nicht selten, dass eine abschließende Klärung im Termin misslingt und entweder eine schriftliche Ergänzung beauftragt oder vertagt werden muss.

Eine präklusionsfeindliche Grundhaltung der Gerichte wird zudem dadurch gefördert, dass eine unberechtigte Zurückweisung im Rechtsmittelverfahren angegriffen werden kann, eine unberechtigte Berücksichtigung dagegen nicht, weil der Zweck der Präklusionsvorschriften dann ohnehin nicht mehr zu erreichen ist.¹⁹ M.a.W. zugespitzt: Eine Blamage durch das „Verlieren“ im Rechtsmittelzug droht dem Richter nur, wenn er als verspätet zurückweist, fehlerhafte Großzügigkeit ist risikolos und ehrenhaft.

Man kann all diese Einschränkungen des Präklusionsrechts i.w.S. als durch Art. 103 Abs. 1 GG geboten und Präklusionsregeln als etwas geradezu Unanständiges ansehen, ihnen „strengen Ausnahmeharakter“²⁰ zuweisen. Mit dieser Sichtweise steht man gleichsam auf der Seite „der Guten“ und hat das Bundesverfassungsgericht an seiner Seite, Reformüberlegungen erübrigen sich. Gerade ein Richter, der für Beschleunigung und damit für eine strengere Disziplinierung der Prozessparteien zu rechtzeitigem Vortrag eintritt, setzt sich damit tendenziell dem Vorwurf der Faulheit aus. Hinzu kommt, dass die angesprochene Entschleunigungstendenz weitgehend vom Bundesverfassungsgericht ausgeht, gegen dessen Rechtsprechung sich nicht einmal der Gesetzgeber durch Änderungen der ZPO durchsetzen kann. In diesem vorsichtigen Sinne sei zu den o.g. Problemen folgendes angemerkt:

11 Vgl. BGHZ 75, 138 (141 f.).

12 Vgl. BVerfG NJW 1987, 2733 (2735); NJW 1995, 1417 f.; BGH NJW-RR 2011, 526 (527); NJW 2012, 2808 f.

13 Vgl. BGH NJW-RR 2005, 1296 (1297); BGH NJW 2012, 2808 (2809) (Arzthaftungsprozess).

14 Zutreffend Lenz, NJW 2013, 2551 (2555).

15 Vgl. BGH NJW 1980, 2355 f. mit zutr. krit. Anm. Deubner, NJW 1980, 2356; NJW 1986, 134 (135).

16 Vgl. BeckOK ZPO/Bacher, 18. Edition, Stand 01.09.2015, § 296 Rdnr. 13 m.w.N.

17 Vgl. BGH NJW-RR 2004, 167 f.; NJW-RR 2005, 1687 f.; mit beachtlichen Gründen krit. Schenkel, MDR 2004, 790 f.

18 Vgl. BGH NJW-RR 2007, 212 f.

19 Vgl. BeckOK ZPO/Bacher a.a.O., Rdnr. 81 m.w.N.

20 BVerfG NJW 1987, 2733 (2734); dagg. mit Recht krit. Lenz, NJW 2013, 2551 (2556).

(zu 1) Gegen die Aufweichung des „absoluten Verzögerungsbegriffs“ durch das Bundesverfassungsgericht dürfte kein Kraut gewachsen sein. Denkbar erschiene insoweit derzeit allenfalls der Versuch einer Konkretisierung dahin, dass grundsätzlich die Verzögerung „absolut“ definiert und die Zurückweisung für den ersten Termin ausgeschlossen wird. Die verfassungsrechtlichen Restrisiken wären hoch.

(zu 2) Auch eine Teilerledigung ist eine Erledigung, und der über die Rechtsprechung zum Teilurteil eröffnete Fluchtweg über die Klageerweiterung bzw. die Widerklage beraubt das Präklusionsrecht ohne Not wesentlicher Teile seiner disziplinierenden Wirkung.²¹ Wer diese Wirkung stärken und den Fluchtweg versperren will, könnte § 296 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO etwa dahin fassen, dass die *auch nur teilweise* Erledigung des Rechtsstreits (nach der freien Überzeugung des Gerichts) nicht verzögert werden darf.

(zu 3) Auch eine neue Schlussrechnung ist ein Angriffsmittel zur Durchsetzung der Werklohnforderung. Die Unterscheidung des Bundesgerichtshofs zwischen schon existierenden und deshalb vortragsbedürftigen, vom Präklusionsrecht erfassten Tatsachen und solchen, die noch nicht existieren, weil die Partei sie nicht kreierte hat, erscheint wertungsmäßig nicht zwingend.²² Es ist zwar richtig, dass ein Unterliegen im ersten Prozess mangels Fälligkeit einen zweiten Prozess wahrscheinlich macht; die negative Kostenfolge im ersten Prozess dürfte indes durchaus erzieherische Wirkung entfalten. Eine Korrektur der o.g. Rechtsprechung wäre ggf. schon dadurch möglich, dass der Klammerzusatz in § 146 ZPO um das Wort „*Rechnungen*“ ergänzt wird.

(zu 4) Mündliche Sachverständigengutachten und mündliche statt schriftlicher Ergänzungen schriftlicher Sachverständigengutachten können in geeigneten Fällen zur Verfahrensbeschleunigung beitragen. Eine sachgerechte Vorbereitung erfordert die Vorabmitteilung der voraussichtlichen Fragen; andererseits muss die um Erläuterung einkommende Partei eine gewisse Flexibilität bei der Befragung haben. Denkbar wäre etwa die Ergänzung des § 411 Abs. 3 ZPO um einen Satz 2:

„Beruht die Anordnung auf dem Antrag einer Partei (§§ 402, 397 ZPO), so gilt Abs. 4 mit der Maßgabe entsprechend, dass die Fragen an den Sachverständigen ihrem wesentlichen Inhalt nach mitzuteilen sind.“

2. Verbesserung des Verfahrensmanagements, Optimierung des Beweisverfahrens

a) Thesen:

(I) Bauprozesse dauern häufig deshalb unnötig lange, weil sie vom Gericht unzureichend gefördert werden. Dies beruht auf einer unzureichenden Qualifizierung der Richterschaft, der der Gesetzgeber durch eine zwingende Vorgabe zur Einrichtung von Baukammern und -senaten sowie durch die Einführung einer Fortbildungspflicht für Richter begegnen sollte.

(II) Ansonsten ist – von präklusionsrechtlichen Fragen abgesehen – der Ruf nach dem Gesetzgeber insofern nicht berechtigt. Die Optimierung des Verfahrensmanagements ist Aufgabe der Richterschaft, die hierzu von der Justizverwaltung aktiver unterstützt werden müsste, dies insbesondere durch eine Erweiterung des Fortbildungsangebots, durch die Einräumung eines ausreichenden Zeitbudgets und durch eine Reduktion personeller Wechsel auf das unabdingbar Notwendige.

b) Begründung:

(i) Es gibt sachliche Gründe dafür, dass mancher Bauprozess länger dauert als viele Prozesse über andere Streitgegenstände. Dennoch fallen immer wieder unnötige Verfahrensverzögerungen auf, die die Gerichte zu vertreten haben und die ganz überwiegend darauf zurückzuführen sind, dass die Richterschaft für eine sachgerechte Verfahrensführung unzureichend gerüstet ist:

(1) Häufig fehlt eine inhaltlich gute Vorbereitung insbesondere des ersten Termins²³, die die frühzeitige Erteilung von Hinweisen und die im Einzelfall sinnvolle Beiladung von Zeugen einschließt. Die weithin übliche Praxis, erst einmal weiträumig zu terminieren, die Akte etwa eine Woche vor dem Termin durchzuarbeiten und die Parteien im Termin mit – zudem bisweilen schwammigen – Hinweisen zu überraschen, führt zur Notwen-

21 Zutr. Deubner, NJW 1980, 2356.

22 Vgl. Schenkel, MDR 2004, 790 (791).

23 Instrukтив insbesondere hierzu der bayrische „Leitfaden zur Strukturierung komplexer Bauverfahren“ (<http://www.rak-nbg.de/sites/default/files/Leitfaden%20zur%20Strukturierung%20komplexer%20Bauverfahren.pdf>).

digkeit von Vertagungen und weiteren Schriftguts, weil von den Parteien eine sachgerechte, abschließende Reaktion im Termin dann nicht zu erwarten ist; die teilweise praktizierte Alternative, in derartigen Fällen keine Möglichkeit zur schriftsätzlichen Stellungnahme einzuräumen, ist grob verfahrensfehlerhaft und unter dem Aspekt des Art. 103 Abs. 1 GG verfassungswidrig, was zu unnötigen – begründeten – Rechtsmitteln mit entsprechenden Verzögerungen führt.

(2) Organisatorische Fragen der Terminsvorbereitung werden tendenziell nachlässig behandelt. Viele Akten werden durch eine Kette von Terminverlegungen gefüllt, anstatt den Termin vor seiner Bestimmung abzusprechen. Dadurch können im Ergebnis mehrere Monate verloren gehen.

(3) Bei der Einholung von Sachverständigengutachten wird in vielerlei Hinsicht besonders viel Zeit vergeudet.

(a) Viele Richter machen sich vor der Abfassung des Beweisbeschlusses keine Gedanken über die Auswahl eines geeigneten Sachverständigen. Sie versenden die Akte zunächst an die örtliche Industrie- und Handelskammer mit der Bitte, einen solchen vorzuschlagen. Abgesehen von der unterschiedlichen Qualität dieser Vorschläge erfordert allein dieses Verfahren und die anschließende Anhörung der Parteien zu dem Vorschlag viel Zeit. Offenbar ist nicht hinreichend bekannt, dass sowohl die Industrie- und Handelskammern²⁴ als auch die Handwerkskammern²⁵ sehr hilfreiche Informationen zu Sachverständigen im Internet kostenlos zur Verfügung stellen und diese auf telefonisches Befragen schnell ergänzen. Auf der Grundlage dieser Informationen kann vor dem Verhandlungstermin mit den in Betracht kommenden Sachverständigen telefonisch geklärt werden, ob die anstehenden Beweisfragen in ihr Fachgebiet fallen, ob eine Befangenheitsproblematik besteht und ob in angemessener Zeit mit dem Gutachten zu rechnen ist; im Termin ist dann regelmäßig ohne weiteres eine Verständigung über den zu bestellenden Sachverständigen zu erzielen.

(b) Die Anknüpfungstatsachen für das Sachverständigengutachten sind regelmäßig vor dessen Einholung vom Gericht zu klären und dem Sachverständigen klar vorzugeben. Die Praxis kehrt diese Reihenfolge häufig um mit der Folge, dass der Sachverständige entweder in prozessrechtlich

bedenklicher Weise eigene Ermittlungen anstellt oder seine Einschätzung für verschiedene Sachverhaltsalternativen abgibt, was die Transparenz des Gutachtens nicht immer günstig beeinflusst.

(c) Das Gebot einer Fristsetzung zur Einreichung des schriftlichen Gutachtens (§ 411 Abs. 1 ZPO) bleibt vielfach unbeachtet, wie auch die Beschleunigungsmöglichkeiten des § 411 Abs. 2 ZPO oft nicht entschlossen genutzt werden. Wenn die Bearbeitungsdauer zwischen Gericht und Sachverständigem abgestimmt ist (s.o. 2.3.1), wird es dem Sachverständigen einleuchten und zuzumuten sein, dass das Gericht auf deren Einhaltung dringt.

(d) Die Möglichkeit, einfache, überschaubare Fragen oder Ergänzungsfragen durch ein mündliches Sachverständigengutachten zu klären, ist offenbar weitgehend in Vergessenheit geraten.

(e) Viele Sachverständigengutachten werden überhaupt völlig unnötigerweise eingeholt, der Sachverständige wird als „Fernrohr“ missbraucht, damit sich der Richter nicht vom Schreibtisch erheben muss.

(f) In den meisten Fällen führt der Sachverständige einen Ortstermin durch. Oft ist es sinnvoll, dass der Richter diesen Termin selbst wahrnimmt.

(g) Viele Sachverständige beklagen eine eingeschränkte Kommunikationsbereitschaft von Richtern, insbesondere im Falle von Unklarheiten bezüglich der Beweisfragen.

(h) Ein peinliches Ärgernis ist der Unwille oder die Unfähigkeit mancher Richter, zwischen den von ihnen selbst zu klärenden Rechtsfragen und den vom Sachverständigen zu klärenden Tatsachenfragen i.w.S. zu unterscheiden.²⁶ In bauvertraglichen Abrechnungs- und Mängelstreitigkeiten wird praktisch der gesamte Streitstoff in die Form eines Beweisbeschlusses gefasst und dem Sachverständigen zur Klärung überantwortet, der damit heillos überfordert ist; derartige Akten werden unübersehbar dick und erreichen tendenziell nicht mehr justiziable Maße. In Honorarprozessen wird der Sachverständige insgesamt und umfassend mit der Frage des angemessenen Honorars befasst und völlig

²⁴ <http://svv.ihk.de/content/home/home.ihk>.

²⁵ <http://www.svd-hwk.de>.

²⁶ Instruktiv zur Grauzone zwischen beiden Bereichen Sass, BauR 2014, 181 ff.

ausgeblendet, dass die Anwendung der HOAI zunächst eine genuin richterliche Aufgabe ist. Andererseits übernehmen manche Richter oft unkritisch rechtliche Beurteilungen von Sachverständigen, die diese sich ungefragt angemaßt haben, beispielsweise bei der Beurteilung eines Mängelbeseitigungsaufwandes als unverhältnismäßig.

(i) Schlechte Sachverständigengutachten kosten Zeit. Es gibt Sachverständige, die ihr Fachgebiet nicht beherrschen, und solche, die ihre Expertise nicht klar, verständlich, nachvollziehbar kommunizieren können. Solche werden vernünftigerweise nicht mehr beauftragt. Ein diskreter Austausch innerhalb der Richterschaft zu dieser Problematik wäre zweifellos hilfreich.

(4) Die prozessualen Instrumente des Teil- und des Grundurteils werden häufig nicht sachgemäß genutzt.

(5) Verkündungstermine werden teilweise mehrfach über Monate verschoben, ein Fall für die Dienstaufsicht.

(ii) Bauprozesse stellen oft besondere Anforderungen an den Richter. Verschärft wird die Situation in der ersten Instanz durch häufige Besetzungswechsel. Der Richter, der den Prozess am Anfang bearbeitet hat, schreibt angesichts der Dauer der Beweisaufnahme nicht immer das Urteil. Jeder Nachfolger muss sich neu in die Sache einarbeiten; er sieht manche Tatsachen- oder Rechtsfragen anders mit der Folge, dass das Verfahren umgestaltet werden muss und sich manche Beweisaufnahme im Nachhinein als unnötig erweist.

Die Anwaltschaft hat aus den angesprochenen besonderen Anforderungen die Konsequenz einer weitgehenden Spezialisierung gezogen. Sie trifft überwiegend auf eine Richterschaft, die nicht spezialisiert – teilweise sogar noch parallel mit stets als vorrangig eingestuften Strafsachen befasst – ist und weder über eine vergleichbare Fallpraxis verfügt noch in ausreichendem Umfang fortgebildet wird. Die Gerichte und ihre Verwaltungen einschließlich der Präsidien müssen sich endlich von der überheblichen Prämisse verabschieden, dass ein Richter alles kann – dies erst recht angesichts dessen, dass es mit Rücksicht auf die unangemessene Reduzierung der Besoldung i.w.S. zukünftig nicht leichter werden wird, besonders qualifizierten Nachwuchs für den Richterdienst zu gewinnen.

(iii) Aus alledem folgt

(a) in legislativer Hinsicht:

(1) Für Bausachen müssen – wie für andere, besonders anspruchsvolle Sachen auch – jedenfalls bei den Land- und den Oberlandesgerichten spezialisierte Spruchkörper eingerichtet werden. Da sich die Gerichte hierzu bis heute weitgehend außerstande gesehen haben, geht an einer entsprechenden gesetzlichen Vorgabe, wie sie nach dem ersten Baugerichtstag zuletzt wieder der 70. Deutsche Juristentag gefordert hat²⁷, kein Weg vorbei.

(2) Eine gesetzliche Fortbildungspflicht für Richter im Umfang eines Arbeitstages jährlich sollte eingeführt werden, beispielsweise als § 43a DRiG.

(b) in administrativer Hinsicht:

(1) Zu gewährleisten ist eine Entlastung der für Bausachen zuständigen Spruchkörper in pensenmäßiger Hinsicht, sodass eine sachgemäße Bearbeitung möglich wird.

(2) Personelle Wechsel in den für Bausachen zuständigen Spruchkörpern sollten auf das unabdingbar Notwendige reduziert werden, insbesondere durch einen zurückhaltenden Einsatz von Berufsanfängern.

(3) Die Fortbildungsmöglichkeiten für Richter im baurechtlichen und bautechnischen Bereich sind deutlich zu erweitern, dies auch durch die Finanzierung der Teilnahme an Veranstaltungen externer Anbieter, die bislang vorwiegend von Rechtsanwälten besucht werden.

(4) Die Vernetzung der für Bausachen zuständigen Spruchkörper sollte aktiv gefördert werden unter Inanspruchnahme moderner Kommunikationskanäle.

(iv) Zu weiteren Vorschlägen:

(a) Sachverständige sind auf der Richterbank eher fehl am Platz. Das Gericht sollte weiterhin die Möglichkeit behalten, den Sachverständigen zu beauftragen, mit dem es bislang gut zusammen gearbeitet hat oder den es für den jeweiligen Verfahrensgegenstand als geeignet ansieht. Diese Flexibilität geht verloren, wenn der Sachverständige zum Richter mutiert, weil dann die nahezu

27 Beschluss I 1 der Abteilung Prozessrecht.

aberwitzig strengen Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gelten. Angesichts der bescheidenen Honorierung richterlicher Tätigkeiten ist zudem zu befürchten, dass besonders qualifizierte und dementsprechend erfolgreiche Sachverständige nicht für einen regelmäßigen Einsatz in dieser Funktion zu gewinnen sein werden. Dem berechtigten Grundanliegen des Vorschlages ist schon de lege lata dadurch Rechnung zu tragen, dass häufiger frühzeitig von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, von Amts wegen einen Sachverständigen hinzuzuziehen (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

(b) Zusätzliche gesetzliche Regeln zur Vorbereitung und Ausgestaltung des ersten Termins wie des weiteren Verfahrens halte ich nicht für erforderlich. Nicht alles, was grundsätzlich gut, richtig und förderlich ist, muss deswegen gesetzlich fixiert werden. Derartige Fixierungen schaffen zusätzliche Fehlerquellen, schüren Streit um Verfahrensfehler, damit ist mehr verloren als gewonnen.

(c) Eine Notwendigkeit, § 404a ZPO zu reformieren, drängt sich mir nicht auf – vielleicht abgesehen von der bislang ungeklärten, im negativen Sinne klarzustellenden Streitfrage, ob sich das Weisungsrecht des Gerichts auf zerstörende Bauteilöffnungen erstreckt.

(d) Gesetzliche Regeln zur Strukturierung und zum Umfang der Schriftsätze dürften nicht hilfreich sein. Das Gericht muss Parteivortrag nach Art. 103 Abs. 1 GG auch dann zur Kenntnis nehmen, wenn er unordentlich und weitschweifig gehalten ist. Das Gericht sollte im nicht zu spät angesetzten ersten Termin für die nötige Strukturierung sorgen, indem es den Beteiligten offen legt, worauf es ihm ankommt und was ihm noch fehlt. Das ist bereits de lege lata möglich.

3. Erleichterter Erlass von Teilurteilen oder vorläufige Zahlungsanordnung bei hoher Erfolgsaussicht der Klage?

a) Thesen:

(I) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unzulässigkeit von Teilurteilen wegen der Gefahr von Widersprüchen in den Urteilsgründen hindert die Gerichte daran, umfangreiche Bauprozesse prozessökonomisch abschnittsweise durch Teilurteile abzuarbeiten und dadurch zu einem möglichst frühen Zeitpunkt Zahlungstitel zu schaffen. Diese Fehlentwicklung

ist durch eine klarstellende Ergänzung des § 301 Abs. 1 ZPO zu korrigieren.

(II) Eine vorläufige Zahlungsanordnung im Sinne des Entwurfs zum FoSiG sollte nicht eingeführt werden, weil dies das Liquiditätsproblem des Gläubigers nicht lösen könnte und zu einer sinnlosen zusätzlichen Belastung der Gerichte führen würde.

b) Begründung:

(1) Viele Bauprozesse belasten die daran Beteiligten durch eine besondere Fülle an Streitstoff. Oft stehen sich nicht nur ein Kläger und ein Beklagter, sondern auf beiden Seiten mehrere Beteiligte mit Streithelfern gegenüber. Die Klageforderung setzt sich aus vielen Einzelpositionen zusammen, die teilweise unproblematisch sind und entschieden werden könnten, teilweise erst noch einer aufwendigen Sachaufklärung bedürfen. Nämliches gilt für Einwendungen, die der Klageforderung entgegengesetzt werden, z.B. für Leistungsverweigerungsrechte und Aufrechnungen. Solange die unproblematischen Teile nicht vom Gericht abgearbeitet sind, wird auch der darauf bezogene Streit schriftsätzlich immer weiter traktiert, oft in ausufernden Wiederholungen wohl aus der Befürchtung heraus, das Gericht habe die früheren Schriftsätze nicht gelesen oder schon wieder vergessen. Im Ergebnis wird die Akte unnötig dick und immer schlechter durchschaubar, auf anwaltlicher wie auf richterlicher Seite wird Arbeitskraft vergeudet, ein Zahlungstitel lässt insgesamt auf sich warten.

(2) Das Gesetz sieht in § 301 ZPO die Möglichkeit vor, gesondert beurteilbare Teile des Streitgegenstandes durch Teilurteile sukzessive abzuschichten und so einerseits die Komplexität des Streitstoffes zu reduzieren, andererseits immerhin Teile der Forderung zu titulieren. Voraussetzung hierfür ist bei unbefangener Lektüre der Vorschrift allein, dass der betreffende Teil entscheidungsreif ist; er muss vom Rest des Prozessstoffs in dem Sinne abtrennbar sein, dass die Teilentscheidung *als solche* durch die Ergebnisse des weiteren Verfahrens einschließlich etwaiger Rechtsmittelverfahren nicht mehr in Frage gestellt werden kann.²⁸ Der Bundesgerichtshof vertritt aller-

²⁸ Ein plastisches Beispiel für fehlende Trennbarkeit bietet OLG Zweibrücken MDR 1982, 1026 (Teilklageabweisung hinsichtlich einzelner Posten einer Schlussrechnung).

dings in ständiger, seit Jahrzehnten unangefochtener Rechtsprechung die Ansicht, ein Teilurteil sei auch dann unzulässig, wenn es – insbesondere unter Berücksichtigung der ausstehenden Entscheidungen im Instanzenzug – die Gefahr widersprechender Beurteilungen *in Bezug auf Urteilelemente* heraufbeschwört, über die nicht rechtskräftig entschieden wird; wenn sich eine Vorfrage sowohl für den an sich entscheidungsreifen als auch für den noch der Aufklärung bedürftigen Teil stellt, soll ein Teilurteil unzulässig sein.²⁹ Dabei stellt der Bundesgerichtshof noch nicht einmal darauf ab, ob die Vorfrage überhaupt streitig oder ansatzweise zweifelhaft ist, die abstrakte Widerspruchsgefahr genügt. Die Unzulässigkeit des Teilurteils wird zudem von Amts wegen berücksichtigt, neuerdings nicht nur in der Berufungs-, sondern auch in der Revisionsinstanz³⁰ mit der Folge, dass ein Berufungsgericht insofern keine „Großzügigkeit“ zeigen kann, ohne eine Aufhebung und Zurückverweisung zu riskieren. Auf der Grundlage dieser restriktiven Rechtsprechung nimmt sich ein zulässiges Teilurteil wie ein Yeti oder ein Wolpertinger aus: Jeder hat einmal davon gehört, kaum einer hat eines gesehen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Widerspruchsgefahr ist die Ursache dafür, dass kaum Teilurteile ergehen, nicht der Unwille der Instanzgerichte und eine zurückhaltende Ermessensausübung im Rahmen des § 301 Abs. 2 ZPO.

(3) Die o.g. Rechtsprechung begegnet bereits de lege lata erheblichen Bedenken.³¹ Das Erfordernis der Widerspruchsfreiheit im dargestellten Sinne findet im Wortlaut der Vorschrift keine Stütze. Es war das erklärte Ziel des um die Grenzen menschlichen Multitaskings wissenden historischen Gesetzgebers, umfangreiche Verfahren mit vielen Einzelfragen abschnittsweise und prozessökonomisch erledigen zu lassen. Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen hat er hingenommen, was insbesondere in der engen Begrenzung der Rechtskraft auf die Entscheidung selbst zum Ausdruck gekommen ist.³²

(4) Der Widerspruchsgefahr im o.g. Sinne ist durch Zwischenfeststellungen gem. § 256 Abs. 2 ZPO nicht ausreichend zu begegnen, und zwar deshalb nicht, weil sie einen Antrag voraussetzen³³, weil die feststellungsfähigen Rechtsverhältnisse nicht immer streitig sind oder weil es sich um Einzelfragen handelt, die nicht den Begriff des Rechtsverhältnisses erfüllen.³⁴

(5) Jedenfalls ist die faktische Abschaffung des Teilurteils prozessökonomisch nicht sinnvoll und auch rechtsstaatlich nicht geboten. Der Rechtsstaat geht nicht unter, wenn präjudizielle Tat- oder Rechtsfragen in den Gründen verschiedener Urteile unterschiedlich bewertet werden, und zwar unabhängig davon, ob diese Divergenzen in mehreren Prozessen zum nämlichen Sachverhalt / Bauvorhaben oder in ein und demselben Prozess zutage treten.

(6) Da die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Widerspruchsgefahr seit Jahrzehnten verfestigt ist und von mehreren, wenn nicht allen Senaten des Gerichts vertreten wird, ist eine Änderung in absehbarer Zeit eher unwahrscheinlich. Der Gang über den großen Senat ist beschwerlich. Die Wiederbelebung des Teilurteils sollte dementsprechend vom Gesetzgeber ausgehen.³⁵ Dabei stellt sich insofern ein Fassungsproblem in § 301 ZPO, als das Kriterium des Ausschlusses einer Widerspruchsgefahr in den Urteilelementen bereits heute dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist, sodass nur eine klarstellende Ergänzung in Betracht kommt. Der Verfasser stellt einstweilen folgende Ergänzung des § 301 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur Diskussion:

„Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder ist nur ein Teil eines Anspruchs oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht sie durch Endurteil (Teilurteil) zu erlassen *unabhängig davon, ob dessen Entscheidungserwägungen enthalten, die auch für Entscheidungen im weiteren Verfahren von Belang sind.*“

(7) Ein Eingriff in das aus § 301 Abs. 2 ZPO hergeleitete richterliche Ermessen i.S.d. Entwurfs zum

29 Vgl. nur BGHZ 107, 236 (242 f.); BGH NJW 1999, 1035; 2011, 2800 (2801); 2013, 1009; NJW-RR 2003, 303 f.; 2014, 23; MDR 2009, 343 f.; 2010, 944 f.; 2011, 935 f.; 2012, 304.

30 Vgl. BGH MDR 2011, 935 f.

31 Der Verfasser folgt insoweit dem Vortrag Jurgeleits auf den Freiburger Baurechtstagen am 19.09.2015, BauR 2016, 375; zweifelnd bereits Koeble, BauR 2006, 1566 (1569).

32 Vgl. immerhin zur Relativierung der Widerspruchsgefahr im Zusammenhang des – vorrangigen – Verschlechterungsverbot BGH NJW 2013, 1009 (1010).

33 Vgl. hierzu BGH NZBau 2005, 163.

34 Vgl. hierzu BGH a.a.O., 164.

35 So auch der Beschluss III 22 der Abteilung Prozessrecht des 70. Deutschen Juristentages 2014.

FoSiG (§ 301 Abs. 3 ZPO-E)³⁶ ist demgegenüber nicht geboten. Wenn ein Teilurteil prozessökonomisch sinnvoll und verfahrensrechtlich zulässig ist, wird es der Richter schon aus eigenem Interesse regelmäßig erlassen. Es ist kontraproduktiv, durch diesbezügliche Antragsrechte der Parteien und richterliche Begründungszwänge einen zusätzlichen Nebenkriegschauplatz zu eröffnen.

(8) Eine weitere, allerdings nur klarstellende Ergänzung des § 301 ZPO um die Verpflichtung des Gerichts, das restliche Verfahren weiter zu betreiben, ist angesichts des in der Praxis häufig zu beobachtenden Missstandes geboten, dass die Akte an das Rechtsmittelgericht versandt und bis zum Ablauf des Rechtsmittelverfahrens nicht weiter bearbeitet wird. Eine derartige, schon de lege lata fehlerhafte Verfahrensweise verkehrt den beschleunigenden Zweck des Teilurteils in sein Gegenteil. Als Abs. 3 der Vorschrift könnte entsprechend § 301 Abs. 4 ZPO-E des Entwurfs zum FoSiG³⁷ eingefügt werden:

„Das Gericht hat dem Rechtsstreit, soweit er nicht durch das Teilurteil entschieden ist, Fortgang zu geben, auch wenn gegen das Teilurteil ein Rechtsmittel eingelegt wird.“

(9) Die Erleichterung eines sukzessiven Abarbeitens des Streitstoffs durch Teilurteile hat gegenüber einer vorläufigen Zahlungsanordnung i.S.d. § 302a ZPO-E des o.g. Entwurfs den deutlichen Vorteil, dass die beschiedenen Teile ohne wesentlichen Zusatzaufwand endgültig erledigt werden. Die vorläufige Zahlungsanordnung hat sich mit Recht nicht durchgesetzt, die Bedenken sind bekannt und deshalb hier nur knapp in Erinnerung zu rufen:

Angesichts des vorläufigen Charakters einer derartigen Anordnung ist eine Sicherheitsleistung des begünstigten Gläubigers unabdingbar; da er für die Sicherheit seinerseits Sicherheiten bereitstellen muss, gewinnt er letztlich keine Liquidität.³⁸ Die Begründung einer vorläufigen Zahlungspflicht auf der Grundlage einer Prognoseentscheidung mit unsicherer Tatsachengrundlage fügt sich in das bewährte System des Rechtsschutzes durch Arrest und einstweilige Verfügung einerseits, das Hauptsacheverfahren andererseits nicht ein; die Ausnahmefälle einer Leistungsverfügung zur Vermeidung existenzieller Notlagen bieten sich nicht für eine Erweiterung an, zumal Nachteile aufgrund hoher, länger bestehender Außenstände im Wirtschaftsleben keine Besonder-

heit darstellen.³⁹ Die Einführung eines zusätzlichen Zwischenstreits um einen einstweiligen Titel bindet absehbar erhebliche richterliche und anwaltliche Arbeitskraft, die besser in die Förderung des Hauptverfahrens investiert würde.⁴⁰

II. Thesen von Vizepräsident des LG Dr. Seibel

Ein wesentlicher Grund dafür, dass private Bauprozesse oft nicht effizient durchgeführt werden, liegt in der praktischen Handhabung der Einholung von Sachverständigengutachten durch die Gerichte. Häufig ist festzustellen, dass eine gerichtliche Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen (§ 404a Abs. 1 ZPO) nicht oder jedenfalls nur unzureichend stattfindet. Neben einer sorgfältigeren Formulierung der Beweisfragen im Beweisbeschluss – dieser Aspekt soll hier nicht vertieft werden⁴¹ – lassen sich die bestehenden Probleme aus Sicht des Autors vor allem durch eine **konstruktive, enge Kooperation zwischen Gericht und Sachverständigen**⁴² – natürlich stets unter Einbeziehung der Parteien – lösen. Hierzu sollen im Folgenden drei Thesen aufgestellt und zur Diskussion gestellt werden.

1. These:

Hat der Richter Probleme, die in einem privaten Bauprozess häufig relevanten technischen, betrieblichen oder betriebswirtschaftlichen Zusammenhän-

36 BT-Drucks. 15/3594 v. 14.07.2004, S. 6.

37 A.a.O.

38 Vgl. Koeble, BauR 2006, 1566 (1570); Stellungnahme des DAV 68/03 (11/2003), S. 15, [http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/fosig/stellung_dav_68-03.pdf].

39 Vgl. BRAK-Stellungnahme-Nr. 32/2004 (9/2004), S. 2, [http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/fosig/stellung_brak_sept_04.pdf]; Stellungnahme des DAV 68/03 (11/2003), S. 13 f.

40 Vgl. Koeble, BauR 2006, 1566 (1571); BRAK-Stellungnahme-Nr. 32/2004 (9/2004), S. 11; Stellungnahme 11/2003 des Deutschen Richterbunds zu dem Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Zahlungsmoral“ vom 03.09.2003 nebst Vorschlägen zu einer Gesetzesänderung und dem Gesetzentwurf des Bundesrates vom 01.08.2003 (BT-Drucks. 14/9848), [http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/fosig/stellung_drb_nov_03.pdf]; Stellungnahme des DAV 68/03 (11/2003), S. 14.

41 Siehe ergänzend: Staudt/Seibel, Handbuch für den Bausachverständigen (3. Aufl.), 5. Kap. (S. 65 ff.); Seibel, NJW 2014, 1628 ff.; Seibel, BauR 2013, 536 ff.; Seibel, ZfBR 2011, 731 ff.

42 Vgl. die Nachweise in Fn. 1.

ge zu verstehen, ist er nicht gehindert, von Amts wegen einen Sachverständigen hinzuzuziehen, um sich die fallbezogenen Probleme eines Rechtsgebiets erklären zu lassen; natürlich immer unter der Voraussetzung der Beteiligung der Parteien (Gewährleistung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG).

*Kniffka*⁴³ hat dazu zutreffend ausgeführt:

„Ein Richter ist nicht gehindert, von Amts wegen einen Sachverständigen hinzuzuziehen, um sich in die fallbezogenen Probleme eines Rechtsgebiets einweisen zu lassen, also dessen sachverständige Beratung in Anspruch zu nehmen, bevor er den Fall beurteilt. Es gibt also auch die Möglichkeit, einen Sachverständigen hinzuzuziehen, wenn es darum geht, die technischen, betrieblichen oder betriebswirtschaftlichen Zusammenhänge überhaupt erst zu verstehen.“

Durch eine solche Inanspruchnahme sachverständiger Beratung vor der Beurteilung eines Falles leitet das Gericht die notwendige Zusammenarbeit mit dem Sachverständigen schon ganz am Anfang eines Verfahrens ein. Dieses Vorgehen trägt zu einer effektiveren und schnelleren Handhabung gerade komplexer Bauprozesse bei und sollte in der Praxis häufiger in Betracht gezogen werden.

2. These

In den zumeist sehr komplexen privaten Bauprozessen wird eine Anhörung des Sachverständigen vor Abfassung des Beweisbeschlusses häufig zu einer Verbesserung der Qualität gerichtlicher Beweisbeschlüsse und damit zugleich auch zu einer sachgerechteren gerichtlichen Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen führen. Obwohl dieses Vorgehen in § 404a Abs. 2 ZPO ausdrücklich vorgesehen ist, wird von dieser Möglichkeit in der Praxis leider selten (bzw. nie) Gebrauch gemacht.

Die Zusammenarbeit zwischen Gericht und Sachverständigem kann und sollte in komplexen Fällen schon weit vor der Übersendung des Beweisbeschlusses nebst Gerichtsakten an den Sachverständigen beginnen. § 404a Abs. 2 ZPO besagt, dass das Gericht den Sachverständigen vor Abfassung der Beweisfrage hören soll, soweit es die Besonderheit des Falles erfordert. Diese in der gerichtlichen Praxis leider selten gebrauchte Vorschrift kann gerade

in privaten Bauprozessen mit z.B. komplexen bautechnischen Sachverhalten sehr hilfreich sein, um das richtige weitere Vorgehen abzustimmen. § 404a Abs. 2 ZPO eröffnet damit eine Möglichkeit, die Beweisaufnahme in privaten Bauprozessen von Anfang an zu beschleunigen und effizienter zu gestalten. Auch wenn ein Termin mit dem Sachverständigen vorbereitet werden muss und den Richter Zeit kostet, ist diese im Hinblick auf die weitere Förderung des Verfahrens in jedem Fall gut investiert und wird letztlich in den meisten Fällen zu einer erheblich kürzeren Verfahrensdauer führen.

3. These

Sachverständige sollten keine Scheu davor haben, Gerichte auf den Missstand der Verwendung von unklaren Beschreibungen oder Rechtsfragen im Beweisbeschluss hinzuweisen und vor der Erstattung ihres Gutachtens um nähere gerichtliche Vorgaben (z.B. zugrunde zu legende Anknüpfungstatsachen bzw. Soll-Beschaffenheit einer Werkleistung⁴⁴) zu bitten.⁴⁵ Das ist in der ZPO ausdrücklich so vorgesehen, vgl. §§ 404a Abs. 2 a.E., Abs. 3, 407a Abs. 3 Satz 1 ZPO.

Sind in einem Beweisbeschluss (wie häufig) unklare Beschreibungen oder Rechtsfragen enthalten, sollte der Sachverständige die Begutachtung zunächst unterlassen, das Gericht auf bestehende Probleme hinweisen und um nähere Aufklärung bitten. Das stellt keinen Verstoß des Sachverständigen gegen seine Pflicht zur Erstattung des Gutachtens (§ 407 ZPO) dar und hat auch nichts mit einer unberechtigten Gutachtenverweigerung i.S.d. §§ 408, 409 ZPO zu tun.⁴⁶ Der Sachverständige benötigt zur Erfüllung des Gutachtauftrages in solchen Fällen zwingend weitere Vorgaben des Gerichts! Zu solchen Nachfragen ist der Sachverständige schon nach §§ 404a Abs. 2 a.E., 407a Abs. 3 Satz 1 ZPO berechtigt bzw. sogar verpflichtet. Zurückhaltung ist hier fehl am Platz! *Kniffka* ist zwar darin zuzustimmen, dass dieses Vorgehen in der Praxis nicht sehr verbreitet sein mag.⁴⁷ Das hindert Sachver-

43 Kniffka, DS 2007, 125 (129).

44 Dazu: Siegburg, BauR 2001, 875 (883).

45 Siehe auch: Sturmberg, *ibr-online-Leseranmerkung* zu OLG Naumburg, IBR 2013, 56.

46 Das verkennt: Liebheit, *Der Bausachverständige* 1/2015, 58 (61).

47 Kniffka/Koebler, *Kompendium des Baurechts* (4. Aufl.), 18. Teil Rdnr. 45 [Ziffer (2)].

ständige und Gerichte jedoch nicht, zukünftig diesen – wie Kniffka es formuliert – „*formal richtigen*“ Weg⁴⁸ zu gehen. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass das Gutachten – in komplexen Fällen zumeist wegen einer fehlerhaften Vertragsauslegung durch den Sachverständigen – an den entscheidungserheblichen Punkten vorbeigeht⁴⁹ und das Gericht deswegen letztlich falsch entscheidet.

Der vereinzelt verbreiteten These, kritische Nachfragen zum Beweisbeschluss würden vom Gericht als „Konfrontation“ aufgefasst und seien schon aus taktischen Erwägungen heraus nicht sachdienlich, wenn der Sachverständige weiterhin Gutachtaufträge vom Gericht erhalten wolle⁵⁰, ist zu widersprechen. Nicht nur nach den Erfahrungen des Autors, sondern auch denjenigen von Gerichtssachverständigen⁵¹ greifen Richter Anregungen von Sachverständigen zum Inhalt des Beweisbeschlusses zumeist bereitwillig auf, überdenken daraufhin die formulierten Beweisfragen und fassen diese gegebenenfalls neu.

Soweit gegen Rückfragen und Abstimmungen des Sachverständigen mit dem Gericht praktische Gesichtspunkte angeführt werden (das Gericht ist weit weg; nicht vollständig informiert; kennt die Verhältnisse vor Ort nicht; weiß nicht, wo das Problem steckt⁵²), ist dem zu entgegen, dass Sachverständige nach den Erfahrungen des Autors häufig ohne Weiteres dazu in der Lage sind, dem Gericht die Probleme prägnant und nachvollziehbar schon in einem Telefonat zu schildern. Sollte eine Problemläuterung hingegen z.B. nur an Ort und Stelle geschehen können, empfiehlt sich ein gemeinsamer Ortstermin, den der Sachverständige dann anregen sollte.

Kurzer Ausblick: In der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen macht man sich derzeit intensiv Gedanken über die Ursachen von lange andauernden Zivilverfahren und deren Abhilfemöglichkeiten. Eine justizinterne Untersuchung hat ergeben, dass Verfahrensverzögerungen besonders häufig ihre Ursache im Zusammenspiel zwischen Gericht und Sachverständigem haben.⁵³ Besonderes Augenmerk liegt daher auf der Frage, wie der gerichtliche Umgang mit Sachverständigen zukünftig effizienter gestaltet werden kann. Das ist auch Gegenstand der derzeitigen Ausbildung junger Richterinnen und Richter in der Justizakademie des Landes Nordrhein-Westfalen. Beim OLG Hamm ist zudem der sog. „Qualitätszirkel

Sachverständigenwesen“⁵⁴ eingerichtet worden. Unter dessen Federführung ist vor Kurzem eine schriftliche Arbeitshilfe für Richterinnen und Richter ausgearbeitet worden („Der Sachverständigenbeweis – Tipps und Tricks für eine effiziente Verfahrensgestaltung“).

III. Thesen von Präsident des Oberlandesgerichts Dr. Peter Götz v. Olenhusen, Celle

1. These

Die Optimierung des Bauprozesses setzt die obligatorische Spezialisierung der Land- und Oberlandesgerichte in Bausachen mit flexibler Spruchkörperbesetzung voraus.

Bauprozesse stellen nach Anzahl und Umfang eines der bedeutendsten Rechtsgebiete an Land- und Oberlandesgerichten dar. Sie erfordern technisches, baufachliches und wirtschaftliches Verständnis und rechtliche Spezialkenntnisse. Hinzu treten die allgemein zunehmende Komplexität der Rechtsstreitigkeiten sowie eine immer weiter voranschreitende Spezialisierung auf Anwaltsseite. Eine obligatorische Einrichtung von Spezialkammern für Bau- und Architektensachen in der ordentlichen Justiz ist daher dringend erforderlich.

Die Verankerung von Spezialkammern muss mit einer Umgestaltung der Systematik der §§ 348, 348 a ZPO einhergehen. Im Mittelpunkt der Regelung darf de lege ferenda nicht die Zuständigkeit des Einzelrichters bzw. der Kammer, sondern muss der Auftrag zur Bildung von Spezialkammern für den Katalog des § 348 ZPO stehen. Die Kammerbesetzung muss sich dann – ähnlich wie bei den großen Strafkammern – nach Umfang und Schwierigkeit der Prozesse richten. Eine fallangepasste, flexible Gestaltung von der Einzelrichterbesetzung über die

48 So: Kniffka/Koebke, Compendium des Baurechts (4. Aufl.), 18. Teil Rdnr. 45 [Ziffer (2)], der damit offensichtlich auf §§ 404a Abs. 2 a.E., 407a Abs. 3 Satz 1 ZPO abstellt.

49 Dazu: Werner/Pastor, Der Bauprozess (15. Aufl.), Rdnr. 3135.

50 So wörtlich: Liebheit, Der Bausachverständige 6/2012, 66 (1. These).

51 Siehe etwa: Staudt/Seibel, Handbuch für den Bausachverständigen (3. Aufl.), 5. Kap. (S. 80 ff.).

52 So: Sass, BauR 2014, 181 (186).

53 Ausführlich: Keders/Walter, NJW 2013, 1697 ff.

54 Siehe dazu: Walter, DS 2015, 205 ff.

Zweierbesetzung bis hin zur „großen“ Zivilkammer mit 3 Berufsrichtern wäre sachgerecht. Angesichts des großen Spektrums in Bau- und Architektenprozessen benötigt man eine hohe Flexibilität, um je nach Umfang die passende Kammerbesetzung zu wählen. Erwägenswert ist die interdisziplinäre Besetzung der Bauspruchkörper mit nicht-juristischen Baufachleuten.⁵⁵ Solche Fachrichter könnten die Fallbearbeitung in erheblichem Maße beschleunigen, indem sie vielfach einen wesentlich schnelleren und leichteren Zugang zu der zugrunde liegenden Materie haben und den Berufsrichtern notwendige Erläuterungen geben. Die Sachverhaltsaufklärung kann so bereits vor der Heranziehung eines Sachverständigen erleichtert werden. Die Notwendigkeit des Sachverständigenbeweises wird hierdurch nicht berührt. Der Laienrichter soll den Sachverständigen nicht ersetzen. Er kann jedoch dazu beitragen, dass der Sachverhalt bereits vor der Beweisaufnahme an Klarheit gewinnt und Beweisfragen präziser formuliert werden.

2. These

Es bedarf flexiblerer Regeln des GVG über Geschäftsverteilung und Zuständigkeiten, die eine von der Jahresverteilung abweichende Einzelzuweisung von Verfahren ebenso zulassen wie die Wahl des OLG als Eingangsinstanz.

Das in dem aus dem 19. Jahrhundert stammenden GVG angelegte System der starren Aufgabenzuweisung und Spruchkörperbesetzung unter dem Dogma des gesetzlichen Richters erschwerte eine aufgabengerechte Arbeitsverteilung und bedarf der Lockerung. Die vom Präsidium für das Jahr im Voraus festgelegte Geschäftszuweisung und Kammerbesetzung lässt eine Rücksichtnahme auf individuelle Fallanforderungen, Kapazitäten und Spezialkenntnisse der Spruchkörper nicht zu. Nach gegebener Gesetzeslage kann ein umfangreicher Bauprozess in das Einzelrichterdezernat des unerfahrenen Proberichters fallen. Eine abweichende Einzelzuweisung des Verfahrens an einen spezialisierten und aufnahmebereiten Spruchkörper ist nicht möglich. Aus diesem Dilemma könnte der Gesetzgeber verschiedene Auswege schaffen: den Parteien könnte ein stärkeres Mitspracherecht zugebilligt werden. Die Präsidien könnten die Befugnis erhalten, mit Zustimmung der Parteien vom gesetzlichen Richter abzuweichen,⁵⁶ wenn hierfür Gründe wie eine besondere Komplexität des Verfahrens in tatsächlicher oder rechtlicher

Hinsicht oder eine besondere Eilbedürftigkeit etc. vorliegen. Alternativ könnte der Gesetzgeber – unter Wahrung des Gebots des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG – dem nach §§ 21e, 21g GVG in richterlicher Unabhängigkeit handelnden Präsidium bzw. Spruchkörpergremium die Befugnis geben, Verfahren „aus sachlichen Gründen“, also anhand überprüfbarer sachlicher Kriterien, ad hoc auch abweichend von der Jahresgeschäftsverteilung zuzuweisen.⁵⁷ Zur Beschleunigung von Bauprozessen würde ferner beitragen, wenn die Parteien das OLG anstelle des LG als Eingangsinstanz anwählen könnten unter gleichzeitigem Verzicht auf die Berufungsinstanz. Die bei den OLG vorhandene Spezialisierung, die stärkere Kontinuität in der Spruchkörperbesetzung, die höhere Zumessung von Ressourcen für die Fallbearbeitung und der Fortfall einer Instanz würden zu Beschleunigung und Qualitätssteigerung führen.

3. These

Das GVG sollte den Einsatz von Richtern als wissenschaftliche Mitarbeiter bei Landgerichten und Oberlandesgerichten zulassen, um die Aufarbeitung von Umfangsverfahren zu effektiveren.

Während in der Vergangenheit häufig eine „Richterassistenz“ durch den nichtrichterlichen Dienst diskutiert wurde, wird hier eine unmittelbar fachliche Unterstützung durch den Einsatz von Juristen vorgeschlagen, die dem Spruchkörper bei der Erschließung des Sachverhalts und seiner rechtlichen Problematik helfen. Mit dem Einsatz von Richtern, die nicht bestimmten Kammern oder Senaten angehören, wäre ein flexibler und bedarfsgerechter Personaleinsatz in unmittelbarer Reaktion auf besondere Belastungen einzelner Spruchkörper durch komplexe und/oder umfangreiche Verfahren erheblich erleichtert. GVG-Vorgaben zur Änderung der Geschäftsverteilung würden nicht berührt. Zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit sollte die Kompetenz der Zuweisung beim Präsidium angesiedelt werden. Um der Gefahr der Entstehung von „Richtern zweiter Klasse“, die dauerhaft nur Unterstützungsleistungen zu erbringen

55 Lotz, DRiZ 2014, 20; so auch Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Strukturen der Landgerichte, Gesetzesantrag des Landes Berlin (BR-Drucks. 322/15).

56 Dazu Calliess, Der Richter im Zivilprozess, Gutachten 70. Deutscher Juristentag, Abschnitt C II.

57 Beschluss des Deutschen 70. Juristentages Hannover 2014.

hätten, vorzubeugen, könnte an eine zeitliche Begrenzung des Einsatzes gedacht werden.

4. These

Das Verfahrensmanagement in Bauprozessen ist zu professionalisieren.

Umfangreiche und komplexe Baurechtsstreitigkeiten mit zahlreichen Verfahrensbeteiligten erfordern ein professionelles Verfahrensmanagement durch das Gericht. Darauf wird bislang in der gerichtlichen Praxis nicht gezielt und systematisch vorbereitet und hingewirkt. Vielmehr sind Einzelrichtereinsatz in Umfungsverfahren, Richterwechsel und fehlende Prozessleitung an der Tagesordnung. Durch Fortbildungen und Anleitungen spezialisierter Richter müssen in diesem Bereich Fertigkeiten vermittelt werden, um die Führung komplexer Bauprozesse wie ein Projekt zu planen, zu strukturieren und umzusetzen. Gesetzgeberische Unterstützung durch Spezialregelungen für schwierige Verfahren ist denkbar und könnte mit der Einführung obligatorischer Spezialisierung verbunden werden.

5. These

Die Mediation beim Güterichter sollte zur effektiven Lösung gerichtlicher Baustreitigkeiten intensiver genutzt werden.

Positive Erfahrungen aus Baumediationen an Landgerichten und Oberlandesgerichten sowie im außergerichtlichen Bereich belegen, dass sich der Baukonflikt um ein geeignetes Anwendungsgebiet für Mediation handelt. In der Reihe der bekannten Vorteile der Mediation ist im Baurecht die flexible Möglichkeit der Einbeziehung weiterer Beteiligten an Verhandlung und Lösung, auch soweit diese (noch) nicht formal am Prozess beteiligt sind, besonders hervorzuheben, beispielsweise in Fällen, in denen die Mitwirkung von Bauherr, Bauunternehmer, Architekt, Baugrundingenieur, Statiker, Versicherer und Insolvenzverwalter zur Lösungsfindung vonnöten ist, aber nur ein Teil der Genannten in formalen Prozessrollen agiert. Gesetzgeberische Anreizsysteme, den Mediationsversuch mit Kostenvorteilen zu belohnen, haben sich in Deutschland bislang nicht durchsetzen lassen. Die Möglichkeiten, das gerichtliche Angebot von Baumediation und seine Akzeptanz zu fördern, liegen daher in

dem Transport des Angebots an die Anwaltschaft, die Bereitschaft der für den Streitfall zuständigen Richter zur Abgabe des Verfahrens an den Güterichter und eine stete Fortbildung der Richterschaft in Verhandlungsleitung und Mediation.

IV. Thesen von RA Dr. Lauer

1. Teilurteil/Vorbehaltsurteil

(1) Die Ambivalenz des Gesetzestextes in § 301 ZPO ist zu korrigieren.

a) Nach § 301 Abs. 1 hat der Richter ein Teilurteil zu erlassen, wenn einer von mehreren zur Entscheidung gestellten Ansprüchen entscheidungsreif ist.

b) Nach § 301 Abs. 2 ZPO steht die Entscheidung über das Teilurteil im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.

c) Dies führt dazu, dass die instanzgerichtliche Rechtsprechung ihre Angst vor dem Teilurteil (Rechtsmittelanfälligkeit) in Ermessenserwägungen verpackt. Die Anforderungen des BGH an ein Teilurteil sind zwar hoch, sollten jedoch vom Gericht gemeistert werden können.

(2) Die Rechtsprechung sollte in § 301 ZPO das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „Unabhängigkeit“ aus teleologischen Gründen (§ 145 ZPO) einschränken.

a) Nach § 145 ZPO kann aus Gründen der Ordnung des Prozessstoffs und zur Vermeidung von Prozessverschleppung, also mit Blick auf eine zügige Erledigung, das Verfahren getrennt werden (BGH NJW 1995, 3120; BVerfG NJW 1997, 649 [650]; Wieczorek/Schütze-Smid, ZPO, 4. Aufl., § 145 Rdnr. 1; Stein/Jonas-Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 145 Rdnr. 1; Saenger-Wörtmann, Handkommentar zur ZPO, 4. Aufl., Rdnr. 4; Musielak-Stadler, ZPO, 12. Aufl., Rdnr. 1 f).

b) Die mögliche Widerspruchsgefahr in der Begründung der Entscheidungen nach Prozesstrennung berührt die Zulässigkeit der Verfahrenstrennung nicht (BGH NJW 2003, 2386 [2387]; MünchKomm.-Wagner, 4. Aufl., ZPO, § 145 Rdnr. 1).

c) Eine Verfahrenstrennung darf nicht erfolgen, wenn durch Teilurteil entschieden werden könnte (vgl. BGH NJW 1957, 183; Saenger-Wörtmann, a.a.O., Rdnr. 1).

d) Für die Parteien stellt die Trennung des Rechtsstreits wegen der zusätzlichen Gerichtskosten eine größere Beschwer dar als der Erlass eines Teilurteils. Wäre aber eine Trennung des Rechtsstreits möglich, lässt sich der Gesetzesauslegung entgegen der Auffassung der Rechtsprechung kein Grund entnehmen, in solchen Fällen wegen der angeblich fehlenden Unabhängigkeit ein Teilurteil zu unterlassen.

(3) Der Gesetzgeber sollte der Rechtsprechung auch ohne Antrag ermöglichen, Zwischenfeststellungsurteile zu erlassen, um so Probleme mit dem Tatbestandsmerkmal der „Unabhängigkeit“ zu beseitigen.

(4) Der Gesetzgeber sollte seine in § 302 ZPO mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen zum Ausdruck gekommene Absicht gegen die Rechtsprechung durchsetzen.

a) Bis zum 01.01.2002 war der Erlass eines Vorbehaltsurteils im Falle der Aufrechnung mit einer nicht konnexen Gegenforderung in das Ermessen des Gerichts gestellt, wenn die Klageforderung zur Entscheidung reif, die Gegenforderung hingegen noch weiterer Aufklärung bedurfte.

b) Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen sollten die Möglichkeiten verbessert werden, fällige Ansprüche zügig gerichtlich durchzusetzen (Gesetzesentwurf der SPD/Bündnis 90/Die Grünen BT Drs. 14/1246 Blatt 1; Beschussempfehlung des Rechtsausschusses BT Drs. 14/2752 Blatt 2). Hierzu gehörte nach Auffassung des Rechtsausschusses im Anschluss an die Anhörung der Praxis die Erleichterung von Vorbehaltsurteilen. Erfasst werden sollten Fälle, in denen mit rechtlich im Zusammenhang stehenden Gegenansprüchen aufgerechnet wurde (BT Drs. 14/2752 Blatt 14 f). Deshalb wurde in § 302 ZPO der einschränkende Halbsatz *„die mit der in der Klage geltend gemachten Forderungen nicht im rechtlichen Zusammenhang stehen“*, gestrichen.

c) Der BGH vertritt die Auffassung, die synallagmatische Verknüpfung der Werklohnforderung mit der Forderung auf mangelfreie Erfüllung schließe ein Vorbehaltsurteil grundsätzlich aus, wenn der Besteller gegenüber der Werklohnforderung mit einer im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Forderung aufrechne (Urt. v. 24.11.2005 – VII ZR 304/04; Urt. v. 27.09.2007 – VII ZR 80/05). Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen lasse – so der BGH – nur wenige Ausnahmen zu, in

denen die Aufrechnung mit einer im rechtlichen Zusammenhang stehenden Forderung möglich sei.

d) Diese Auslegung widerspricht der Gesetzes-teleologie und dem im Gesetzesverfahren zum Ausdruck gebrachten Willen (Stein/Jonas-Leipold, a.a.O., § 302 Rdnr. 7).

2. Flexiblerer Umgang mit GVG/ZPO

(1) Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 101 Abs. 1 GG ist eine gesetzliche Regelung, die für ein komplexes Verfahren anhand „überprüfbarer sachlicher Kriterien“ einen Spruchkörper abweichend vom (Regel-) Geschäftsverteilungsplan beruft, ohne Verfassungsänderung ein kritisches Unterfangen.

a) Geschäftsverteilungspläne müssen im Voraus generell-abstrakt die Zuständigkeit der Spruchkörper und die Mitwirkung der Richter in überbesetzten Spruchkörpern bestimmen. Es gehört zum Begriff des gesetzlichen Richters, dass nicht für bestimmte Einzelfälle Richter ausgesucht werden, sondern dass die Sache blindlings aufgrund allgemeiner, vorab festgelegter Merkmale an den entscheidenden Richter gelangt (BVerfGE 95, 322 Rdnr. 28).

b) Soweit auf den Geschäftsverteilungsplan des EuGH verwiesen wird, wo der Präsident den Berichtersteller bestimmt und das Plenum das Verfahren nach dem Sachbericht des Berichterstatters einem Spruchkörper zuweist, können wegen der abweichenden Gerichtsverfassung keine zwingenden Schlüsse für das deutsche nationale Recht gezogen werden. Der Präsident des EuGH wird nicht von der Justizverwaltung bestimmt, sondern von der Richterschaft gewählt.

c) Im Übrigen stellen sich ganz praktische Fragen:

- In welchen Fällen (Streitwertabhängigkeit dürfte rechtspolitisch nur schwer zu vermitteln sein) sollen Top Teams zusammengestellt werden?
- Ist die „Ehre“ ein hinreichendes Motiv, immer die schwierigsten Fälle bei gleicher Gewichtung wie beispielsweise Verkehrsunfälle zu bearbeiten?
- Welche Auswirkung auf die Motivation hat es, wenn bestimmte Richter in keiner Besetzung zu den Top Teams gehören?

(2) Die Schaffung von Kammern für Bausachen, die ähnlich der KfH mit 2 Baupraktikern als Laienrichter und einem Berufsrichter als Vorsitzendem besetzt sind (BR Drs. 322/15), ist keine Alternative.

a) Zu entscheiden sind Rechtsfragen; für technische Vorfragen sollen unabhängige Sachverständige berufen werden.

b) Auch die deutschen Bauschiedsgerichte, die in der Regel von sehr sachkundigen Parteien ausgewählt werden, sind mit Baujuristen besetzt. Nur in Ausnahmefällen schlägt eine Partei einen Baupraktiker vor.

c) Die Fallgestaltungen sind so komplex, dass nicht ansatzweise gewährleistet ist, dass die Laienrichter eines angerufenen Spruchkörpers auch tatsächlich für die anstehenden Fragen fachkundig sind.

(3) Special Master oder wissenschaftliche Mitarbeiter helfen im Zweifel in der Instanzrechtsprechung nicht weiter, weil sie zumindest die Qualifikation eines Richters haben müssen. Unter Kostengesichtspunkten ist es dann im Zweifel effektiver, weitere Spruchkörper einzurichten.

(4) Im GVG ist vorzusehen, dass an allen Landgerichten – gegebenenfalls bei kleineren Landgerichten gerichtsbezirksübergreifend – Baurechtsskammern und bei den Oberlandesgerichten Baurechtssenaten einzurichten.

a) Etikettenschwindel muss vermieden werden.

b) Es sind – sollte es erforderlich werden – Anreizsysteme für eine permanente Fortbildungsbereitschaft der dort tätigen Richter zu schaffen (Nebentätigkeitsgenehmigungen werden nur noch bei Nachweis von Fortbildungen erteilt).

c) Es wäre zu prüfen, inwieweit komplexe Verfahren zu einer höheren Gewichtung in der Fallzahl führen.

3. Verfahrensmanagement

(1) Die aktuelle ZPO stellt weitgehend den erforderlichen Instrumentenkasten für die Behandlung komplexer Fälle bereit. Der Ruf nach dem Gesetzgeber kann durch einen Appell an die Richterschaft ersetzt werden.

(2) §§ 139 Abs. 4, 273 Abs. 1 ZPO werden von den Gerichten entgegen dem Wortlaut und entgegen der Intention prozessverzögernd angewendet.

a) Hinweise nach § 139 ZPO sind „so früh wie möglich“ und vorbereitende Maßnahmen nach

§ 273 ZPO „rechtzeitig“ vor der mündlichen Verhandlung zu veranlassen.

b) Hinweise werden im Regelfall erst in der mündlichen Verhandlung erteilt. Vorbereitende Maßnahmen, mit Ausnahme der Anordnung des persönlichen Erscheinens, unterbleiben – möglicherweise mit Blick auf § 278 Abs. 1 ZPO – so gut wie regelmäßig.

c) Auf diese Weise wird von den Verfahrensbeteiligten vor der mündlichen Verhandlung ungesteuert geschrieben, was die Terminsvorbereitung erschwert.

(3) Es sollten in komplexen Verfahren – sei es in Form einer Telefonkonferenz, sei es in Form eines Erörterungstermins – spätestens nach Eingang der Replik erörtert werden

- wie der Streitgegenstand abgearbeitet werden soll (Schlichtungsversuch, Reihenfolge der Themen),
- welche fachliche Voraussetzungen ein Sachverständiger mitbringen sollte,
- ob mit dem Sachverständigen schon die Abfassung des Beweisbeschlusses erörtert werden soll,
- ob die Parteien ggfs. einer Honorarerhöhung nach § 13 JVEG zustimmen.

(4) Die Beweisaufnahme selbst ist aktiv durch das Gericht zu begleiten.

a) Mit dem Sachverständigen ist vor der Bestellung zu besprechen, ob er über freie Kapazitäten verfügt, den Beweisbeschluss in überschaubarer Frist abzuarbeiten.

b) Dem Sachverständigen ist ggfs. im Beweisbeschluss der Sachverhalt mitzuteilen, den er zu Grunde zu legen hat.

c) Mit dem Sachverständigen ist aktiv Rücksprache zu halten, ob es Fragen zum Beweisverfahren gibt. Ordnungsmittel sollten nur im Ausnahmefall zum Einsatz kommen.

d) Stellungnahmen der Parteien zum Gutachten sind – wenn denn ein schriftliches Ergänzungsgutachten angeordnet werden soll – in vom Gericht für erheblich gehaltene Beweisfragen zu zerlegen. Diese rechtliche Selbstverständlichkeit sollte wegen der überwiegend abweichenden Praxis gesetzlich fixiert werden. Im Übrigen sind die Vorhaltungen der Parteien in der mündlichen Anhörung des Sachverständigen abzuhandeln.

Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn/Berlin

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

Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach

Prof. Dr. Heiko Fuchs ist Partner der Kanzlei Kapellmann und Partner mbB in Mönchengladbach sowie Honorarprofessor der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sein Arbeitsschwerpunkt als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht liegt neben den forensischen – insbesondere auch (international) schiedsgerichtlichen – Tätigkeiten in der auftragnehmer- und auftraggeberseitigen Beratung zu großen nationalen und internationalen Bau- und Anlagenbauprojekten. Er ist Verfasser zahlreicher Veröffentlichungen zum Bau- und Architektenrecht, u.a. Mitherausgeber der *NZBau* und des *Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar*.

Referenten

Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerd Motzke, Mering

Prof. Dr. Gerd Motzke ist seit 1990 Honorarprofessor für Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg und war bis Mitte 2006 Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München (Bausenat in Augsburg). Seit 2010 ist Herr Motzke Rechtsanwalt und in dieser Funktion in erster Linie beratend

tätig. Herr Motzke ist Vorsitzender eines Schlichtungsausschusses bei der Bayerischen Architektenkammer in München und übt das Amt eines Schlichters oder Mediators auch in anderen Zusammenhängen aus. Als Autor ist Herr Motzke wegen der Affinität zum Bau- und Architektenrecht in diesem Bereich tätig und behandelt diesbezügliche Zusammenhänge und Entwicklungen auch in Vorträgen und Seminaren.

Rechtsanwalt Christian Sienz, München

Christian Sienz ist einer der Gründungspartner der Münchner Kanzlei Kraus, Sienz & Partner; die Kanzlei ist auf Bau- und Architektenrecht sowie Vergaberecht spezialisiert. Christian Sienz ist seit mehr als 20 Jahren im Bau-, Anlagenbau- und Architektenrecht tätig. Er ist Lehrbeauftragter an der Philipps-Universität Marburg im Qualifizierungsstudiengang zum privaten Baurecht und Vorsitzender des Fördervereins für diesen Studiengang sowie Mitglied des Fachausschusses Bau- und Architektenrecht der Anwaltskammer München. Christian Sienz ist Autor und Mitautor verschiedener Fachpublikationen, so z.B. beim Ingenstau/Korbion. Ferner hat er einen Gesellenbrief im Schreinerhandwerk.

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert, Würzburg

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert ist Architekt und seit 1998 öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger in Würzburg. Er ist Lehrbeauftragter an der Hochschule für Technik in Stuttgart. Bis zur 8. Auflage war er Mitautor des HOAI-Kommentars *Korbion/Mantscheff/Vygen*, ist jetzt Mitherausgeber und Mitautor des Kommentars *Fuchs/Berger/Seifert*, Mitautor von verschiedenen weiteren Buchveröffentlichungen und Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen. Er ist Mitherausgeber und ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift IBR und Mitarbeiter für ziviles Baurecht der Zeitschrift BauR. Herr Seifert ist Leiter und Mitglied verschiedener Fachgremien und Fachausschüsse. In über 600 Seminaren und Vorträgen war er in den vergangenen 20 Jahren als Referent für die Themenbereiche „Honorare“ und „Kostenplanung“ für zahlreiche Architekten- und Ingenieurkammern, Verbände und private Seminaranbieter tätig.

A. Thema des Arbeitskreises

Empfehlen sich normative Regelungen für Ansprüche von Architekten und Ingenieuren aus gestörten Planungs- und Bauabläufen?

B. Einführung

von Rechtsanwält Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt

Gestörte Bauabläufe beschäftigen seit langer Zeit die am Bau Beteiligten. Mittlerweile haben sich hierzu in der Praxis unter Heranziehung von §§ 2 Abs. 5, 6 Abs. 6 VOB/B sowie § 642 BGB gefestigte tatsächliche wie rechtliche Beurteilungskriterien herausgebildet. Gänzlich anders verhält es sich allerdings bei der Beurteilung von gestörten Planungsabläufen zu etwaig sich hieraus ergebenden Ansprüchen von Architekten und Ingenieuren. Erstmals mit der 7. HOAI-Novelle 2013 hat der Ordnungsgeber mit dem neuen § 10 HOAI eigenständige Regelungen für die Bemessung von im Planungsverlauf anfallenden Änderungs- und Zusatzleistungen geschaffen. An speziellen Regelungen für die aufwandsbezogene Bewältigung sonstiger Störungen im Verlauf von Planung, Ausschreibung und Bauüberwachung fehlt es indes weiterhin, zumindest innerhalb der HOAI. Behinderung, Beschleunigung und Bauzeitverlängerung haben jedoch teilweise gravierende Auswirkungen auf die Abwicklung von Architekten- und Ingenieurverträgen. Der Arbeitskreis IV zum Architekten- und Ingenieurrecht will sich deshalb der Frage annehmen, inwieweit die Bestimmungen der HOAI und des BGB auf die Bewältigung gestörter Planungsabläufe ausgerichtet sind und inwieweit gegenüber dem Gesetz- und Ordnungsgeber auf normative Anpassungen und Ergänzungen hinzuwirken ist. Hinsichtlich von Veränderungen der vertraglichen Beschaffenheit von Planerleistungen steht dabei im Vordergrund die kritische Überprüfung und Fortentwicklung des § 10 HOAI; hinsichtlich von Behinderung und Behinderungsfolgen ist das Augenmerk auf die Vorschrift des § 642 BGB zu richten; hinsichtlich von Bauzeitverlängerung geht es um eine Einbettung in die normativen Vorgaben aus BGB und HOAI. Im unmittelbaren Kontext mit den vorgenannten Themen steht übergreifend die bislang nicht abschließend gelöste Frage nach der Heranziehung von Kalkulationsparametern nach HOAI bzw. nach Zeitaufwand für eine angemessene Abrechnung der Tätigkeit von Architekten- und Ingenieurleistungen aufgrund gestörter Planungs- und Bauabläufe.

C. Thesen

I. Thesen von Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerd Motzke

1. These:

§ 10 HOAI ist in der Normüberschrift wie folgt zu ändern: „Berechnung des Honorars bei Änderung beauftragter Grundleistungen“.

Dieser Vorschlag wird von folgenden Überlegungen geleitet: Der bisher verwendete Begriff „Änderungen des Leistungsumfangs“ irritiert. Denn es geht nicht um den Umfang, sondern um inhaltliche Änderungen. Teilweise wird in der Literatur hierfür der Begriff „Leistungsziel“ verwendet. Der vorgeschlagene Begriff „Änderung beauftragter Grundleistungen“ ist offen und lässt vielseitigen Zugriff nach Maßgabe der projektspezifischen Gegebenheiten zu. Zugleich wird dadurch deutlich, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift auf Grundleistungen beschränkt ist, also Besondere Leistungen nicht erfasst werden.

Die Streichung des Satzteils „bei vertraglichen Änderungen“ befreit die Vorschrift von vertragsrechtlichen Überlegungen entsprechend dem Grundsatz, dass die HOAI Preisrecht und nicht Vertragsrecht ist. Änderungen in der Abwicklung eines Architektenvertrags wie auch Ingenieurvertrags sollten hinsichtlich der Auswirkungen auf das Honorar frei von schuldrechtlich geprägten Zwängen sein.

2. These:

§ 10 Abs. 1 HOAI ist wie folgt neu zu fassen: „Ändern die Vertragsparteien während der Laufzeit des Vertrags, nämlich ab Leistungsphase 4, beauftragte Grundleistungen und ändern sich dadurch die anrechenbaren Kosten, bestimmen sich die anrechenbaren Kosten für die änderungsbedingt erstmals oder wiederholt zu erbringenden Grundleistungen nach der Kostenfeststellung, wenn die Parteien nicht schriftlich eine anderweitige Regelung treffen.“

Inhaltlich setzt sich die zur 1. These genannte Überlegung fort: Aus welchen Gründen und in welchem rechtsgeschäftlichen Modus die Vertragsparteien die Grundleistungen ändern, sollte für die Anwendung der Vorschrift bedeutungslos sein. Die Praxis kennt vielfältige Vorgehensweisen, wobei Entscheidungsstrukturen auch durch die Abwicklung der Leistungsphasen der Anlage 10 geprägt

sind. Lechner (Kommentar zum Leistungsbild Architektur HOAI 2013 LM.VM.2014, 3. Aufl., S. 35) beschreibt dies dahin, dass jede Leistungsphase ergebnis- und entscheidungsorientiert ist. Honorarrechtlich sind nur solche Änderungen relevant, die sich nach Leistungsphase 3 ereignen; denn Änderungen in den Lph 1 bis 3 unterfallen der in § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI getroffenen Regelung: Es bleibt bei der Maßgeblichkeit der anrechenbaren Kosten nach der Kostenberechnung. Regelungsbedarf besteht nur ab der Leistungsphase 4. Sinnvoll dürfte es sein, für diese Tatbestände auf die Bestimmung der anrechenbaren Kosten durch die Kostenfeststellung der Lph 8 abzustellen, sofern die Parteien nicht eine andere Regelung vereinbaren.

Diese so vorgesehene anderweitige Berechnungsgrundlage für die anrechenbaren Kosten gilt für die änderungsbedingt erstmals zu erbringenden Grundleistungen wie auch für änderungsbedingt zu wiederholende Grundleistungen in vorausgegangen Leistungsphasen (sog. „Leistungsrückkoppelung“ nach Wallner-Kleindienst, Leistungsabweichungen bei Planerleistungen, Schriftenreihe des Instituts für Baubetrieb der TU Graz, Heft 31, S. 8).

Dass diese Honorierungsfolgen nicht greifen, wenn der Grund für die Leistungsänderungen in Planungsmängeln liegt, ist ein werkvertragliches Problem. Dieser Tatbestand muss in der HOAI-Regelung nicht berücksichtigt werden.

Die Nennung „oder Flächen“ ist zu streichen, weil im Teil 2 Flächenplanung in §§ 29 Abs. 6, 30 Abs. 6, 31 Abs. 6, 32 Abs. 6 eigenständige Regelungen getroffen werden.

3. These:

§ 10 Abs. 2 HOAI ist wie folgt neu zu fassen: „Ablaufbedingt zu wiederholende Grundleistungen ohne Änderungen der anrechenbaren Kosten sind entsprechend dem Anteil der wiederholten Grundleistung an der jeweiligen Leistungsphase zu honorieren.“

Die für die 2. These geltenden Überlegungen finden im Änderungsvorschlag zum § 10 Abs. 2 HOAI ihre Fortsetzung: Die Berechnungsregelung soll unabhängig davon sein, welche Gründe eine Wiederholung einer Grundleistung ohne Änderung der anrechenbaren Kosten auslösen.

4. These:

Der Formulierungsvorschlag nach der 2. These hat Auswirkungen auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI. Dort sollte es wie folgt heißen: „für die Leistungsbilder des Teils 2 nach der Größe der Fläche und für die Leistungsbilder der Teile 3 und 4 soweit anderes nicht bestimmt ist nach den anrechenbaren Kosten des Objekts auf der Grundlage der Kostenberechnung oder, sofern keine Kostenberechnung vorliegt, auf der Grundlage der Kostenschätzung.“

Wird § 10 im Sinne der These 2 geändert, besteht Änderungsbedarf in § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI. Denn in diesem Fall ändert sich die Berechnungsregel bei Leistungsänderungen in der Abwicklungsphase. Deshalb muss § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI insoweit einen Ausnahmetatbestand schaffen.

5. These:

Der Formulierungsvorschlag nach der 2. These hat Auswirkungen auf § 7 Abs. 1 HOAI. Dort sollte es wie folgt heißen: „Das Honorar richtet sich soweit anderes nicht bestimmt ist nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen.“

Insoweit gelten die Ausführungen zur 4. These Absatz 2 in gleicher Weise.

Insgesamt ist zu berücksichtigen, dass im Verlauf der Abwicklung eines Architektenvertrages Änderungen an der Tagesordnung sind. Änderungen sollten folglich preisrechtlich nicht als Störung, sondern als zum Abwicklungsaltag gehörig begriffen werden. Preisrechtlich sollte deshalb die HOAI in § 10 eine Regelung treffen, die vertragsrechtliche Hürden vermeidet. Das führt im Ergebnis zu einer „offenen Regelung“.

II. Thesen von Rechtsanwalt Christian Sienz

1. These:

Eine konsequente Anwendung des § 642 BGB als Anspruch auf Entschädigung für nutzlose Vorhaltung von Produktionsmitteln würde die Folgen überlanger Planungs- und Bauzeiten für Architekten und Ingenieure erheblich abmildern.

Überlange Planungs- und Bauzeiten sind in der Praxis nichts Ungewöhnliches. Für den Architekten und – je nach Fachrichtung – auch den Ingenieur sind die Folgen unschön. Die sich aus der HOAI ergebenden Honorare sind Teilpauschalen und unabhängig vom Aufwand, der für die jeweiligen Leistungen anfällt. Damit ändern sich die nach der HOAI bemessenen Honorare auch nicht bei überlangen Planungs- und Bauzeiten.

Schadensersatzansprüche des Architekten kämen nur unter dem Gesichtspunkt des Verzugs in Betracht. Der Auftraggeber des Architekten müsste sich also diesem gegenüber mit der Erfüllung einer Leistungspflicht in Verzug befinden. Das wird in den meisten Fällen schon daran scheitern, dass Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers wie Freigaben, Entscheidungen oder die „Bereitstellung“ einer laufenden Baustelle Obliegenheiten darstellen, mit denen er nicht in Verzug geraten kann. Zudem ist der Nachweis eines hierdurch entstehenden Schadens in den allermeisten Fällen praktisch nicht möglich; die Problematik ist dieselbe wie bei Schadensersatzansprüchen nach § 6 Abs. 6 VOB/B. Kausalitäten sind selten eindeutig festzustellen, geschweige denn konkret nachzuweisen.

Abhilfe kann eine richtig verstandene Anwendung des § 642 BGB schaffen. Zahlreiche Oberlandesgerichte bezeichnen diesen Anspruch zwar als Schadensersatzanspruch und fordern deshalb – vermeintlich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH zu § 6 Abs. 6 VOB/B – eine sog. bauablaufbezogene Darstellung, die allerdings eben nicht zu leisten ist. Diese Einordnung und die hieraus abgeleitete Schlussfolgerung sind jedoch unzutreffend. § 642 BGB enthält nach der Gesetzesbegründung einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch. Der Unternehmer (Architekt) soll für das infolge eines Annahmeverzugs des Bestellers nutzlose Vorhalten seiner Produktionsmittel entschädigt werden (Leupertz, BauR 2014, 389). Eine sinnvolle Nutzbarmachung dieser Anspruchsgrundlage erfordert ein konsequentes Abstellen auf die vom Gesetzgeber hiermit verfolgte Intention (hierzu auch Glöckner, BauR 2014, 368 ff).

In der praktischen Umsetzung würde das erfordern, dass der Architekt, der aufgrund Annahmeverzugs des Bestellers seine Planungs- und Überwachungsleistungen nicht erbringen kann, exakt dokumen-

tiert, wann und wie lange er seine Arbeitskraft vorgehalten hat, ohne umsatzproduzierend tätig werden zu können. Diese Dokumentation wäre dann Grundlage für die Bemessung der Entschädigung. Eine bauablaufbezogene Darstellung ist dabei nicht erforderlich (Glöckner, BauR 2014, 375), es kann jeweils auf die Folgen der konkreten Störung, die den Annahmeverzug darstellt, abgestellt werden. Vom Architekten verursachte Störungen können über § 271 Abs. 1 BGB und eine entsprechende Anpassung seiner Leistungszeit, zu der er seine Leistung wirksam anbieten kann, berücksichtigt werden.

Ein erheblicher Vorteil des § 642 BGB gegenüber Schadensersatzansprüchen ist die dem Gericht eingeräumte Möglichkeit einer Schätzung nach § 287 ZPO (hierzu Glöckner, BauR 2014, 375). Eine exakte Anspruchsberechnung ist daher nicht notwendig.

2. These:

§ 4a Satz 3 HOAI Fassung 2002 ist mit angepasstem Inhalt wieder in die HOAI aufzunehmen.

Nach § 4a Satz 3 HOAI Fassung 2002 konnte für die Mehraufwendungen, die durch eine vom Architekten nicht zu vertretende, wesentlich verlängerte Planungs- und Bauzeit verursacht wurden, ein zusätzliches Honorar vereinbart werden. Die Vorschrift ist durch die HOAI-Novelle 2009 entfallen. Das sollte rückgängig gemacht werden.

Die HOAI regelt das Architektenhonorar aufwandsunabhängig. Das erscheint im Hinblick auf die Bauzeit nicht angemessen, da der Aufwand des Architekten in der Objektüberwachung ganz erheblich von deren Dauer abhängt. Der Architekt hat keine vernünftige Möglichkeit, eine erwartete ungewöhnlich lange Bauzeit kalkulatorisch zu berücksichtigen; die Möglichkeit der Vereinbarung eines erhöhten Honorarsatzes ist insoweit nicht geeignet. Eine Neufassung des § 4a Abs. 3 HOAI sollte deshalb die Möglichkeit gewähren, das Honorar für die Objektüberwachung von vorneherein an eine erwartete ungewöhnlich oder überdurchschnittlich lange Bauzeit anzupassen.

Es sollte zudem – ähnlich wie bei der alten Fassung – eine solche Anpassungsmöglichkeit für Fälle unvorhergesehener Bauzeitverlängerungen aufgenommen werden. Das Junktim der früheren

Regelung, nach dem auf die durch eine Bauzeitverlängerung verursachten Mehraufwendungen abzustellen war, sollte entfallen. Diese Mehraufwendungen konkret darzulegen, ist in der Praxis unmöglich; das kann den hierzu vorliegenden Urteilen entnommen werden. Da die HOAI das Honorar insgesamt aufwandsunabhängig regelt, ist nicht ersichtlich, weshalb das nicht auch für den Fall einer vom Architekten nicht zu vertretenden Bauzeitverlängerung möglich sein soll.

§ 4a Satz 3 HOAI war nicht mindestdsatzrelevant; ohne entsprechende Vereinbarung hatte der Architekt keinen Anspruch auf ein zusätzliches Honorar bei verlängerter Planungs- und Bauzeit. Schon das Bestehen einer solchen Bestimmung sollte es den Architekten aber erleichtern, entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Um den Abschluss solcher Vereinbarungen – und damit einer Verständigung der Parteien hierüber – zu fördern, könnte bei unterbliebener Vereinbarung – ähnlich wie in § 6 Abs. 2 Satz 4 HOAI 2013 für den Umbauschlag – eine Fiktion eines durchschnittlichen Zusatzhonorars festgesetzt werden. Als Alternative zu erwägen wäre für das Grundleistungshonorar der LP 8 eine mindestdsatzrelevante Honorarstaffelung ähnlich den Honorarzonon, das in Abhängigkeit von der Bauzeit.

III. Thesen von Dipl.-Ing. Werner Seifert

1. These:

Für die Honorarabrechnung von wiederholt zu erbringenden Grundleistungen eignet sich die geltende Vorschrift des § 10 Abs. 2 HOAI nur bedingt, weil die Regelung einen viel zu großen Beurteilungsspielraum zulässt und im Ergebnis vielfach auch zu unangemessenen Honoraren führt.

Mit der Vorschrift des § 10 Abs. 2 HOAI wurde eine Regelung für die Honorierung von wiederholt erbrachten Grundleistungen aufgenommen. Demnach sind die zu wiederholenden Grundleistungen entsprechend ihrem Anteil an der jeweiligen Leistungsphase zu honorieren. Die Regelung ist in sich logisch und dogmatisch richtig. Sie ist aber unklar soweit der „Anteil“ die Grundlage für die Honorarbemessung darstellt. Dieser betrifft zum einen den Grundleistungsanteil (Leistungsanteil) und zum

anderen den Änderungsanteil (Planungsanteil). Beide sind preisrechtlich unbestimmt.

In den meisten Fällen sind nicht ganze Leistungsphasen, sondern nur einzelne Grundleistungen oder Teile davon wiederholt zu erbringen. Insofern bezieht sich § 10 Abs. 2 auf § 8 Abs. 2 HOAI. Demnach darf für die übertragenen Grundleistungen nur ein Honorar berechnet und vereinbart werden, das dem Anteil der übertragenen Grundleistungen an der gesamten Leistungsphase entspricht. Es stellt sich aber die Frage, wie ein solcher Grundleistungsanteil zu bewerten ist. Entsprechende Bewertungstabellen für Grundleistungen kennt die HOAI nicht. Veröffentlichte Tabellen weichen jedoch mitunter ganz erheblich voneinander ab. Fraglich ist schon nach welchen Grundsätzen Aufteilungen der preisrechtlich geregelten Prozentsätze für Leistungsphasen vorzunehmen sind. Hier handelt es sich um eine Rechtsfrage, deren Beantwortung einem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich, durch den Richter regelmäßig aber praktisch nicht möglich ist.

Darüber hinaus werden diese Grundleistungen allgemein nur für einen Teil der Baumaßnahme wiederholt erbracht, z.B. für einzelne Geschosse, bzw. Teile davon oder für bestimmte Gewerke. Fraglich ist dann, wie ein solcher Änderungsanteil i.S. von § 10 Abs. 2 zu bestimmen sein soll: Nach Flächenanteilen, nach Kostenanteilen, bei Berechnungen oder Ausschreibungen nach Seitenanteilen der betreffenden Unterlagen oder nach anderen Parametern? Auch hierbei handelt es sich ebenfalls um eine Rechtsfrage, deren Beantwortung durch den Sachverständigen wiederum nicht zulässig, durch den Richter regelmäßig ebenfalls nicht möglich ist.

Im Prozess wird die Lösung dieser komplexen Fragen zum Grundleistungs- und zum Änderungsanteil regelmäßig dem Sachverständigen übertragen, der dann, vollkommen allein gelassen, deren Beantwortung allenfalls „nach besten Wissen und Gewissen“ vornehmen muss. Je nach subjektiver Aufteilung von Honoraranteilen der Leistungsphasen auf Grundleistungen und der Auswahl des Ermittlungsverfahrens zum Änderungsanteil können die Honorare für wiederholt erbrachte Grundleistungen aber ganz erheblich voneinander abweichen. Das Zusatzhonorar, das über einen „Anteil“ i.S. von § 10 Abs. 2 HOAI berechnet wird, entsteht

also mehr oder weniger zufällig. Mit dem strengen Preisrecht der HOAI ist das unvereinbar.

Die Regelung ist auch nur scheinbar gerecht, weil sie in vielen Fällen nicht zu einzelfallgerechten Zusatzhonoraren führt; in manchen Fällen unangemessen hoch und in anderen Fällen wirtschaftlich defizitär. Dem tatsächlichen Änderungsaufwand wird das so berechnete Honorar aber in den wenigsten Fällen gerecht. Bei Planungsänderungen in der Leistungsphase 5 (Ausführungsplanung) kann der Änderungsanteil insbesondere über Flächenanteile ermittelt werden. Wenn z.B. bei einem viergeschossigen Gebäude in einem Geschoss Änderungen der Grundrisse vorgenommen werden, für das dann der Gerichtsgutachter ein Zusatzhonorar von 25 % der Ausführungsplanung ermittelt, obwohl nach Ansicht des Auftraggebers „nur ein paar Wände“ verschoben wurden, kann sich bei anrechenbaren Kosten i.H.v. 3 Mio. € und einem Flächenanteil von 25 % ein Zusatzhonorar von ca. 19.000 € ergeben. Gemessen am tatsächlichen Aufwand wird dieser Betrag im Einzelfall sehr üppig sein. Umgekehrt ergibt sich für die wiederholte Ausarbeitung eines (ggf. schwierigen) Leistungsverzeichnisses ein Zusatzhonorar von weniger als 300 €, wenn bei 3 Mio. € anrechenbaren Kosten der Anteil über einen Kostenanteil i.H.v. 30.000 € gerechnet wird. Das wird dann massiv defizitär sein.

2. These:

Der Begriff des „Anteils“ sollte in § 10 Abs. 2 HOAI dahingehend konkretisiert werden, dass zum einen der Leistungsanteil nach § 8 Abs. 2 HOAI und ein Planungsanteil nach Kostenanteilen zu bemessen ist. Darüber hinaus sollte in § 10 Abs. 2 HOAI eine Öffnungsklausel aufgenommen werden, die eine Vereinbarung nach Zeitaufwand zulässt, ggf. mit einer Vorausschätzung des erforderlichen Zeitaufwands.

Mit einer Konkretisierung des Begriffs des „Anteils“ wird der Auslegungsspielraum der Vorschrift deutlich eingeengt und eine Reihe von Streitfragen

geklärt. Der Kostenanteil als Bemessungsgröße des Planungsanteils ist richtig, weil das gesamte System der HOAI auf Kosten abstellt.

Da sich mit dem Pauschalssystem der HOAI in den meisten Fällen allerdings keine sachgerechten Honorare ermitteln lassen und sich bei Anwendung der Parameter der HOAI mehr oder weniger zufällige Zusatzhonorare ergeben, sollte in § 10 Abs. 2 HOAI als Alternative die Honorarabrechnung nach Zeitaufwand geregelt werden. Die Abrechnung nach Zeitaufwand ist auch bei anderen Dienstleistern gängige Praxis und regelmäßig sachgerecht. Stundensätze können von den Parteien frei vereinbart werden.

Die Zulässigkeit der einer Vereinbarung nach Zeitaufwand ist zwar grundsätzlich nicht erforderlich, da die Parteien im Rahmen zwischen Mindest- und Höchstsatz grundsätzlich nicht daran gehindert sind, auch Aufwandsbezogene Honorarvereinbarungen zu treffen (BGH BauR 2009, 1162). Die Aufnahme einer entsprechenden Öffnungsklausel würde aber zu einer deutlichen Stärkung dieser sinnvollen Vereinbarungsmöglichkeit führen.

Zwar ist das Honorar nach der HOAI zunächst ein aufwandneutrales Pauschalhonorar, das auf der Grundlage von Umfang (anrechenbare Kosten), Schwierigkeitsgrad (Honorarzone) der Baumaßnahme und dem übertragenen Leistungsumfang berechnet wird. Die Höhe der Honorare wurde aber ursprünglich auf der Grundlage von Umfragen unter Planern ermittelt, die ihren tatsächlich erforderlichen Aufwand erfasst hatten. Die Honorartafeln stellen also letztlich eine pauschalierte Fassung von aufwandsbezogenen Honorarkalkulationen dar.

Um für den Auftraggeber unüberschaubare Honorarforderungen zu vermeiden, wird empfohlen nach dem Muster des § 6 Abs. 1 Satz 1 HOAI 1996 eine Regelung vorzusehen, nach der das Honorar durch Vorausschätzung des Zeitbedarfs als Fest- oder Höchstbetrag zu berechnen ist.

Arbeitskreis V – Aktuelles

Arbeitskreisleiter

Dr. Michael Winkelmüller

Dr. Michael Winkelmüller ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner bei Redeker Sellner Dahs. Schwerpunkte seiner Tätigkeit bilden das Produktsicherheitsrecht und Fragen der technischen Normung. Er berät und vertritt Unternehmen, Verbände und Institutionen in Compliancefragen und gerichtlichen Verfahren, bei Behörden wie dem Deutschen Institut für Bautechnik, in Vertragsverletzungsverfahren bei der EU-Kommission und in Bezug auf *legislative practice*, beispielsweise aktuell gegenüber der Bauministerkonferenz, sowie in Normungsverfahren beim DIN. Zahlreiche Vorträge und Veröffentlichungen, unter anderem das Praxishandbuch „*Bauproduktrecht und technische Normung*“.

Referenten

RA Christian Löhrs

Christian Löhrs ist Rechtsanwalt und langjähriger Justiziar der DIN-Gruppe. Er berät als Syndikusanwalt Vorstand und Geschäftsleitung von DIN und den Beteiligungsgesellschaften in allen Rechtsfragen. Er verantwortet die juristischen Belange wie z.B. im Vertrags-, Urheber- und Markenrecht und ist durch seine Tätigkeit Experte im Bereich des technischen Rechts und der Organisation, Verfahrensweisen und Regularien eines technischen Regelsetzers. In der Normungswelt ist er vielfach vernetzt und leitet die „Legal Platform“, ein Zusammenschluss der juristischen Berater europäischer und internationaler Normungsorganisationen. In verschiedenen Twinning-Projekten im Rahmen der EU-Osterweiterung hat er z.B. in Litauen und Rumänien die nationalen Organisationen beim Aufbau moderner Normungsstrukturen beraten.

RA Jörg Schmidt-Wottrich

Jörg Schmidt-Wottrich ist seit 1990 Rechtsanwalt mit dem Schwerpunkt auf der Rechts- und Politikberatung im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge und Partner SWKH Rechtsanwälte, Berlin. Er berät öffentliche Körperschaften, Gemeinden

und Verbände und ist Vorsitzender Schlichter eines Bundesverbandes in der Bau- und Wohnungswirtschaft. Seine gutachterliche Tätigkeit umfasst alle Gebiete des Kommunal-, Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Veröffentlichungen im Bau- und Vergaberecht, Kommunalabgabenrecht, Umwelt- und Planungsrecht, im Stiftungsrecht sowie zu Organisations- und Normungsfragen.

A. Thema des Arbeitskreises

DIN-Normung vor europäischen und internationalen Herausforderungen: Rechtliche Legitimation, Kontrolle, Verfügbarkeit

B. Einführung

von RA Dr. Michael Winkelmüller

Die Arbeit der anerkannten Normungsorganisationen gilt national wie international als Erfolgsmodell. Dass DIN-, EN- und ISO-Normen speziell für das Bauwesen herausgehobene Bedeutung haben, braucht nicht gesondert erläutert zu werden. Schon einfache Bauvorhaben sind von solcher Komplexität, dass eine Standardisierung von Bauprodukten, Bauarten und Bauausführung an allen Ecken und Enden Not tun. Aber auch allgemein senkt Normung die Kosten der Industrie, verbessert die Interoperabilität und die Qualität von Produkten und Dienstleistungen und erleichtert den Zugang zu europäischen und globalen Märkten. Die WTO hat der Normung im TBT-Abkommen eine zentrale Rolle für den Abbau technischer Handelshemmnisse zuerkannt. Die EU-Kommission macht eine effektive Normung für bis zu 0,9 % des Wachstums des Bruttoinlandsprodukts verantwortlich und räumt den Normungsorganisationen eine zentrale Rolle bei ihrer „Single Market Strategy for Europe 2015“ ein. Normung und Zertifizierung von Produkten und Dienstleistungen bilden einen elementaren Bestandteil moderner Gesellschaften. Angesichts dessen stellen sich immer drängender Fragen nach Organisation, Finanzierung, Transparenz und Zugänglichkeit sowie nach effektiver Verfahrenskontrolle und Rechtsschutz bei der Normung.

Am stärksten in der Rechtsöffentlichkeit präsent ist dabei die Kontroverse um **Zugänglichkeit und Transparenz von Normen**, die in Deutschland

schon länger zurückreicht, derzeit aber eine besondere Brisanz erhält: Bekanntlich hat der BGH 1990 entschieden, die durch amtliche Bekanntmachungen „als technische Baubestimmung bauaufsichtlich eingeführten“ DIN-Normen müssten frei zugänglich sein (BGH, Urt. v. 26.04.1990 – I ZR 79/88). Der Gesetzgeber hat das BGH-Urteil mit der Novellierung von § 5 Abs. 3 Satz 1 UrhG rückgängig gemacht, und zwar ausdrücklich deshalb, um die gesellschaftliche und weitgehend von Subventionen unabhängige Finanzierung der DIN-Arbeit zu sichern (vgl. BT-Drucks. 15/38 S. 16). Bedroht wird dies nun ausgerechnet aufgrund der guten Kooperation im europäischen Kontext: Im aktuellen Entwurf des *österreichischen Normengesetzes* ist – neben der Etablierung einer Aufsicht über das Normungsinstitut durch das Wirtschaftsministerium, einer Formalisierung des Normungsverfahrens und der Schaffung einer Schlichtungsstelle – vor allem auch eine „Neuausrichtung der Finanzstruktur des Normenwesens unter gleichzeitiger Entlastung der Anwender“ (vulgo: kostenloser Zugang zu verbindlichen Normen) vorgesehen – und für die praktische Anwendung einer EN-Norm besteht (abgesehen vom nationalen Vorwort und eventueller Anhänge) kein Unterschied zwischen einer DIN- und einer ÖNORM. Die Handlungsnotwendigkeit auch für Deutschland liegt also auf der Hand, nur in welche Richtung ist noch offen.

Nicht minder interessant und kontrovers sind **Organisation und Legitimation** des DIN. Bekanntlich ist das DIN als eingetragener Verein organisiert. Seine Anerkennung als „die zuständige Normungsorganisation für das Bundesgebiet sowie als die Nationale Normenorganisation in nichtstaatlichen Internationalen Normenorganisationen“ leitet das DIN aus dem Vertrag mit der Bundesrepublik Deutschland vom 05.06.1975 ab, in dessen elf Paragraphen ansonsten noch die Verpflichtung auf das öffentliche Interesse, die Beteiligung behördlicher Stellen und die gegenseitige Information, die Unterstützung beim Abbau nicht-tarifärer Handelshemmnisse, die bevorzugte Berücksichtigung von DIN-Normen bei öffentlichen Ausschreibungen und die Veröffentlichung von Normungsarbeiten im Bundesanzeiger geregelt sind. Die Anerkennung als die auf EU-Ebene anerkannte Normungsorganisation für Deutschland folgt aus einem formlosen Briefwechsel zwischen dem Bundesminister für Wirtschaft

vom 26.01.1984 und dem Direktor des DIN vom 15.02. desselben Jahres. Sind diese Grundlagen angesichts der Verantwortung des DIN für rund 17 Mrd. € Anteil am deutschen BIP, angesichts seiner herausragenden Bedeutung als einem der wichtigsten Akteure im *European Committee for Standardization (CEN)* auf EU-Ebene und in der *International Organization for Standardization* auf globaler Ebene überkommen? Oder trägt gerade die Form als e.V. der gesellschaftlich-fachlichen Selbstorganisation und dem Prinzip der Staatsferne am besten Rechnung?

A propos Staatsferne – wie steht es um das Prinzip **gesellschaftlicher Selbstregulierung** – Normung „von der Industrie für die Industrie“? Bekanntlich nehmen staatliche und EU-Institutionen zunehmend Einfluss auf die Normung, durch „Mandate“, „bauaufsichtliche Einführung“ und gesetzliche Inbezugnahmen nicht nur der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“, sondern ganz konkreter Normfundstellen (Stichwort „doppeldynamische Verweisung“). Erfordert dies nicht zugleich eine stärker formalisierte Rechtsaufsicht oder gar eine Umwandlung des DIN in eine Bundesstiftung oder eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts? Oder ist umgekehrt der Einfluss des Staats der Fremdkörper in dem System, in dem DIN-Normen sich als „Regeln der Technik“ bewähren sollen (DIN 820-1, 6.1), diese Rolle aber nach ständiger Rechtsprechung „nicht ohne weiteres kraft ihrer Existenz“ haben (BVerwG, Beschl. v. 30.09.1996 – 4 B 175/96), weil die Legitimation für eine quasi-staatliche „Ersatzgesetzgebung“ fehlt? Und muss der Staat sich auf eine Verfahrenskontrolle beschränken oder darf oder muss er auch inhaltlich auf die Normung Einfluss nehmen? Bereits heute besteht mit dem „geschlossenen Votum“ nach dem DIN-Präsidialbeschluss 14/2012 faktisch eine Sperrmöglichkeit für Behörden in der Normungsarbeit. Führen die Forderungen also zu moderneren Grundlagen für die Normung oder nur weiter in die „Grauzone zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Regelbildung“ (*Di Fabio*), die schon seit Jahren beklagt wird?

Weitere Aufmerksamkeit liegt aktuell auf den **Verfahrensregelungen für die Normungsarbeit und ihrer Kontrolle**. Die Grundsätze der Normungsarbeit sind derzeit geregelt in der „Grundnorm“, nämlich der DIN 820, vor allem in deren 1. und 4. Teil („Grundsätze“ und „Geschäfts-

gang“). In dem Vertrag von 1975 hat das DIN sich verpflichtet, zu gewährleisten, dass die DIN 820 von seinen Organen eingehalten wird, und bei Änderungen der Norm dafür Sorge zu tragen, dass hierdurch die in dem Vertrag geregelten Verpflichtungen nicht beeinträchtigt werden (§ 3). Überlagert wird die DIN 820 durch die CEN/CENELEC-Geschäftsordnung sowie durch die im TBT-Übereinkommen der WTO geregelten Grundsätze – Transparenz, Offenheit, Unparteilichkeit, Konsens, Effektivität, Relevanz und Kohärenz. Kritisiert wird, dass es an nachvollziehbaren und transparenten Maßstäben für die Umsetzung dieser Grundsätze fehle und dass Verletzungen wegen des Fehlens unabhängiger Kontrollinstanzen nicht ausreichend überprüft und sanktioniert würden. Demgegenüber werden die Freiwilligkeit der DIN-Normung und der Zugang für Jedermann sowie der innere demokratische Aufbau und interne Schlichtungsverfahren angeführt. Gemessen an der Rechtsform des „e.V.“, für den das bürgerliche Recht bekanntlich nur Rechte von Vereinsmitgliedern kennt, sind diese der Öffentlichkeit und allen Betroffenen offenstehenden Verfahren in der Tat überobligationsmäßig, zumal ja in der Tat die Befolgung oder Nicht-Befolgung von DIN-Normen grundsätzlich jedermann frei steht. Auch diese Entwicklung ist offen und in Bewegung: Ob die Berichtswege und Kontrollorgane der Komplexität der Normungsorganisation sowie der faktischen und vielfach eben auch rechtlichen Bedeutung genügt, ist einerseits eine Frage des Selbstverständnisses, wird aber absehbar auch – zu nennen sind das Stichwort „Compliance“ sowie die vielfältigen rechtlichen Bindungen und Reflexwirkungen, die mit der Arbeit in Normenausschüssen einhergehen – früher oder später verstärkt in den Fokus der Rechtsöffentlichkeit geraten.

C. Thesen

I. Thesen von RA Löhrs

1. Organisation und Rechtsform

DIN ist nicht nur eine der ältesten, sondern ohne Frage auch eine der erfolgreichsten Normungsorganisationen weltweit. Durch seine privatwirtschaftliche Organisation kann DIN eine an den Anforderungen des Marktes ausgerichtete Weiterentwicklung sicherstellen und als Best Practice Beispiel dienen.

DIN hat sich zu einem weltweit agierenden verlässlichen Dienstleister in nahezu allen Bereichen technischer Regelsetzung entwickelt. In 70 Normenausschüssen werden heute DIN-Normen und Spezifikationen erarbeitet, ohne die kaum ein Lebensbereich in einer hochindustrialisierten, vernetzten Welt vorstellbar wäre. Das Grundprinzip der Arbeit hat sich bewährt: Normen werden im Konsensprinzip erarbeitet und für genau diese Arbeitsweise wird DIN als Spezialist und Partner geschätzt. Die Rechtsform des eingetragenen Vereins garantiert die privatrechtliche Organisation und damit die Bündelung der Interessen aller Stakeholder: In der Mitgliederversammlung wie auch im Präsidium als den obersten Organen der Organisation haben alle interessierten Kreise eine Stimme. Die Arbeitsergebnisse sind freiwillige Empfehlungen, was eine zentrale Anforderung der WTO an Normungsorganisationen darstellt. Auch im internationalen Vergleich ist der eingetragene Verein für Normungsorganisationen das Mittel der Wahl. Dies gilt für die Europäischen Normungsorganisationen CEN und CENELEC genauso wie für die internationalen Pendanten ISO und IEC. Bedeutende nationale technische Regelsetzer wie DVGW, VDE und VDI sind ebenso als Vereine organisiert wie Partnerorganisationen von DIN, z.B. in Frankreich (AFNOR), Spanien (AENOR) oder Schweden (SIS). Die privatwirtschaftliche Struktur von DIN hilft dabei, auf neue Anforderungen flexibel zu reagieren. Die Verstaatlichung bzw. Eingliederung in amtliche Strukturen von ehemals privaten Normungsorganisationen, wie sie etwa vor geraumer Zeit in Tschechien stattgefunden hat, kann hingegen kaum als Best Practice Beispiel gelten – kein verstaatlichtes Institut ist so erfolgreich wie DIN.

2. Legitimation und Präsidialbeschluss 14/2012

Die Bedeutung und der Wert, den DIN-Normen in der Praxis wie auch im Rahmen von Jurisdiktion und Gesetzgebung genießen, resultiert insbesondere aus dem Wesen ihres Entstehens, das grundsätzlich alle interessierten Kreise beteiligt. Auch der Präsidialbeschluss 14/2012 berücksichtigt die Verfahrensregeln der DIN 820 und ergänzt diese.

Gemäß dem Normenvertrag mit der Bundesrepublik Deutschland ist DIN dazu verpflichtet, bei

seinen Normungsarbeiten das öffentliche Interesse zu berücksichtigen und dafür zu sorgen, dass die Normen bei der Gesetzgebung, in der öffentlichen Verwaltung und im Rechtsverkehr als Umschreibungen technischer Anforderungen herangezogen werden können. Präsidialbeschluss 14/2012 gibt Hinweise, wie diese Vertragsbestimmung in der Normungsarbeit umgesetzt werden kann. Mit der Anpassung des Präsidialbeschlusses wurde sichergestellt, dass das öffentliche Interesse nur geltend gemacht werden kann, wenn tatsächlich Einigkeit darüber besteht, welche Festlegungen in öffentlichem Interesse sind. Weitergehende Vetorechte führen grundsätzlich dazu, dass die Normungsarbeit nicht abgeschlossen und dadurch die deutsche Position geschwächt wird.

3. Finanzierung und Zugang zu Normen

Wer gezielt Normen und Standards anwendet, spart Kosten. Die Preise für DIN-Normen sind weder prohibitiv noch unangemessen, sondern stellen einen gerechten Beitrag dafür dar, Haftungsrisiken zu minimieren und Produktionsabläufe effizient zu gestalten.

Normung wird traditionell von denen finanziert, denen sie nutzt. Das sind zum einen die Kreise, die an der Erstellung ein besonderes Interesse haben: Unternehmen, die aktiv in der Normung mitwirken, können eigene Technologien oder Vorstellungen einbringen, aber auch Festlegungen zur Sicherheit etwa in den Bereichen Arbeits-, Umwelt-, Verbraucher- oder Gesundheitsschutz mitgestalten. Zum anderen leisten die Anwender durch den Kauf von Normen einen Beitrag zur Finanzierung der gemeinnützigen Arbeit von DIN. Dies gilt auch dann, wenn in Gesetzen auf DIN-Normen verwiesen wird: Sowohl Gesetzgeber als auch Gerichte haben den urheberrechtlichen Schutz von DIN-Normen ausdrücklich anerkannt und das Finanzierungsmodell von DIN (und aller anderen privaten technischen Regelsetzer in Deutschland) bestätigt. Verfassungsrechtlich ist es geboten, diesen Status quo zu erhalten.

Gesetze werden durch staatliche Gremien erarbeitet und durch Steuergelder finanziert. DIN hingegen arbeitet privatwirtschaftlich. Auch wenn staatliche Stellen ein Interesse an der Normungsarbeit haben und diese fördern – ideell, personell und nicht zuletzt finanziell –, bleibt das Ergebnis

der Normungsarbeit doch immer das Werk eines privaten Regelsetzers und damit urheberrechtlich geschützt, sodass technische Regeln in aller Regel kostenpflichtig zur Verfügung gestellt werden.

Auch wenn der Gesetzgeber auf DIN-Normen Bezug nimmt, werden diese nicht zu einem amtlichen Werk und damit auch nicht kostenfrei. Dies bestätigt § 5 Abs. 3 Urheberrechtsgesetz ausdrücklich: Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung 2002 festgestellt, dass die technischen Regelsetzer auf die Verwertung ihrer Arbeitsergebnisse zur Finanzierung der gemeinnützigen Arbeit angewiesen sind. Dieses Interesse an der Erhaltung der Finanzierungsgrundlagen der Normungsarbeit ist höher einzustufen als der Wunsch nach kostenlos verfügbaren technischen Regeln, die der Gesetzgeber in Bezug nimmt, was von den Gerichten in ständiger Rechtsprechung bestätigt wird. Der Zugang zu DIN-Normen ist dabei selbstverständlich angemessen gewährleistet. In über 100 Auslegestellen in Deutschland können Normen kostenfrei eingesehen werden, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen gibt es eine Reihe kostengünstiger Angebote und für freie Berufe bietet der Beuth Verlag ein breites Sortiment maßgeschneiderter Lösungen an: So kostet im Jahr 2015 das „Normenportal Architektur“, das den Zugriff auf 500 Normen bietet, lediglich 249,90 €.

4. Verfahrenskontrolle und Schiedsgerichtsbarkeit

Durch die Zusammensetzung der obersten Organe von DIN ist eine demokratische Legitimation des Normungsprozesses garantiert. Es besteht eine Schiedsgerichtsbarkeit bei DIN: Die bestehenden Verfahren des Schlichtungs- und Schiedsprozesses haben sich im Rahmen des konsensbasierten Normungsprozesses bewährt.

Die öffentliche Hand ist einer von mehreren an der Normung beteiligten interessierten Kreisen. Im Normenvertrag zwischen Bundesrepublik Deutschland und DIN wurde diese Rolle bestätigt und in diesem nicht etwa Leitungshoheit oder Verfahrenskontrolle der Normung auf staatliche Stellen übertragen. Jeder kann bei DIN einen Normungsantrag formlos schriftlich stellen, jeder kann sich bei Interesse an der Erarbeitung von Normen in den Arbeitsausschüssen oder über das

Einspruchsverfahren beteiligen. Stellungnahmen können über das Normen-Entwurfsportal kostenlos und unkompliziert übermittelt werden. Dabei stellt ein dreistufiges Schlichtungs- und Schiedsverfahren sicher, dass Einsprüche Dritter umfassend diskutiert und Stellungnahmen berücksichtigt werden. Der Konsensprozess funktioniert: Weniger als 0,05 % aller Normungsvorhaben werden im Rahmen eines Schiedsverfahrens behandelt, in aller Regel wird eine Lösung vorher gefunden. Im Übrigen unterliegen die Prozesse bei DIN einem strengen Qualitätsmanagement und werden durch interne wie externe Audits geprüft und optimiert.

II. Thesen von RA Schmidt-Wottrich

1. Organisation und Rechtsform

DIN wird seiner Rolle als nationaler Normungsorganisation in der internationalen und europäischen (Bau-) Normung nur dann gerecht, wenn alle am Baugeschehen beteiligten gesellschaftlichen Kräfte angemessen in Baunormungsvorhaben eingebunden sind und DIN e.V. seine Aufgabe als Dienstleister für die Normersteller erfüllt. Damit die nationale Spiegelarbeit in den zunehmend bedeutenderen multinationalen Normvorhaben geleistet werden kann, ist die deutsche Normungsarbeit verschiedener Normungsorganisationen über das DIN für die Akteurskreise transparent zu gestalten und zu koordinieren und grundsätzlich eine nachvollziehbare Folgenabschätzung für Normvorhaben durchzuführen, auch wenn diese von Deutschland eingebracht werden.

Technische Normung ist private Selbstregulierung außerhalb staatlich legitimer Regelsetzung, jedoch überwiegend im staatlichen Auftrag oder mit staatlicher Anerkennung (technische Baubestimmungen, Mandatierung durch EU-Kommission BauPVO), wobei internationale und europäische Normen in naher Zukunft die nationale Normung vollständig ersetzen werden. Dies hat Folgen für die nationale Erarbeitung der Normen, denn die Normungsarbeit wird von den interessierten Kreisen in sog. Spiegelausschüssen geleistet, d.h. den Arbeitsgremien, die auch für nationale Normungsaufgaben in dem Bereich zuständig sind. Die hier gebündelten Fachleute aller im Bauprozess beteiligten gesellschaftlichen Kräfte sollen nach DIN-Satzung im Konsens festlegen, was als „allgemein anerkannte Regel der (Bau-)Technik“ zu gelten hat. DIN soll dafür nach Staatsvertrag Sorge tra-

gen, stellt hierfür den organisatorischen Rahmen und die Verfahrensgrundsätze bereit und soll die arbeitenden privaten Fachleute der Arbeitsausschüsse unterstützen. In den multinationalen Normungsvereinen (CEN, ISO) ist DIN die alleinige Organisation, die den deutschen Standpunkt vertreten darf.

Arbeitsausschüsse sollten sich nicht mit Normvorhaben befassen müssen, deren (nationale) Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit nicht nachgewiesen ist. DIN hat die Verfahrensgrundsätze der Grundnormen 820-1 und 820-4 einzuhalten und im Sinne der Zukunftsfähigkeit privater Selbstregulierung unter den heutigen Rahmenbedingungen fortzuentwickeln (Konsensprinzip, Deregulierung, Evaluierung), wobei die Finanzierung und Koordinierung der nationalen Normungsarbeit im übergeordneten (rechts-)politischen Raum diskutiert werden sollte.

2. Legitimation und Präsidialbeschluss 14/2012

Das von DIN-Organen vereinsintern gesetzte Verfahrensrecht ist auf seine Vereinbarkeit mit den Normungsgrundsätzen der DIN 820 und dem Normungsvertrag mit der Bundesrepublik zu überprüfen. Dem Konsensprinzip entgegenstehende Präsidialbeschlüsse und Arbeitsanweisungen sind aufzuheben.

DIN ist von der Bundesrepublik als die nationale Normungsorganisation vertraglich anerkannt (1975) und auf die Normungsgrundsätze der DIN 820-1 und 820-4 verpflichtet worden. Das Verfahrensrecht des DIN hat sich demgegenüber in den vergangenen Jahren von einem konsensorientierten, transparenten und übersichtlichen System zu einem vereinsinternen System von Regelungen (Präsidialbeschlüssen, Arbeitsanweisungen) fortentwickelt, das nur noch Insidern bekannt ist und dessen Rechtsgrundlagen fraglich sind.

Einen vorläufigen Endpunkt markiert der DIN-Präsidialbeschluss 14/2012, nach welchem im Bereich des Bauwesens nur noch das BMVBS oder die Bauministerkonferenz bzw. deren jeweils zuständigen Beschlussgremien sich zur Wahrung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels der Bauwerksicherheit auf das sog. geschlossene Votum bei der internationalen und europäischen Normungsarbeit (ca. 80 % der Tätigkeit) beru-

fen können. Zudem haben Umwelt-, Arbeits- und Verbraucherschutz ein gleiches Recht auf die für das Bauwesen relevanten Normen einzuwirken. Dies hat dazu geführt, dass die Bauwirtschaft, Planer und Ingenieure zwar ehrenamtlich das technische Know-How in die Normungsarbeit einbringen, jedoch vornehmlich staatliche Institutionen und gesellschaftspolitische Interessenverbände in dem immer wichtiger werdenden Bereich der europäischen und internationalen Normung eine Letztentscheidungsbefugnis in Form eines Vetorechts besitzen. Eine solche „staatlich-imperative Steuerung“ der Normungsarbeit ist in den Normungsgrundlagen des DIN nicht vorgesehen und deshalb ohne Rechtsgrundlage.

Der Begriff der „interessierten Kreise“ ist im Verfahrensrecht des DIN nicht definiert. Dieser Begriff ist offen mit der Folge, dass vom jeweiligen Normungsgegenstand/-auftrag abhängt, welcher Kreis von Fachleuten, Verbrauchern, öffentlichem Interesse etc. in den Arbeitsprozess einzubeziehen ist. Einschränkungen oder Zusammenfassungen von Interessenvertretern in Gruppen müssen mit dem Ziel gestaltet sein, dass die unterschiedliche Betroffenheit angemessen berücksichtigt wird. Die Konsensfindung darf nicht, wie derzeit üblich, in Probeabstimmungen und Mehrheitsvoten enden.

3. Finanzierung und Zugang von Normen

Der Gesetzgeber sollte die Bezugsfreiheit zumindest solcher Normen wieder herstellen, auf die in Rechtsvorschriften Bezug genommen wird. Im europäischen und internationalen Kontext sollte die Bundesrepublik für eine Änderung der urheberrechtlichen Vereinbarungen eintreten mit dem Ziel, auch hier zu einer verbraucher- und anwenderfreundlichen Lösung beim Bezug von Normen zu kommen.

Nach der höchstrichterlichen Rspr. (BGH u. BVerfG) waren bestimmte Techniknormen, z.B. bauaufsichtlich eingeführte Normen vom Urheberrechtsschutz auch dann freigestellt, wenn ihr Text nicht in den amtlichen Erlassen selbst abgedruckt war. Dies ist mit der Novelle von § 5 UrhG durch Einfügung von Abs. 3 beseitigt worden.

Das Verwertungsmonopol der nationalen Normungsorganisationen ist angesichts seines Entstehungsprozesses eine Verkehrung der urheberrecht-

lichen Tatsachen: die Schöpfer der Norm stellen ihren Sachverstand und ihre Arbeitsleistung unentgeltlich dem DIN zur Verfügung und finanzieren selbst ihre Teilnahme am Normungsvorhaben. Das gemeinschaftliche Produkt dieser Normungsarbeit steht jedoch nicht ihnen zur Verfügung, sondern dem DIN.

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Normung ist allgemein anerkannt und zwar nicht nur für die Wirtschaft und den freien Warenverkehr, sondern auch für den Gesundheits- und Umweltschutz und greift in immer weitere Lebens- und Dienstleistungsbereiche ein.

CEN und ISO (wie weitere Gremien) sind ebenfalls als private Vereine konstituiert, bestehend aus den nationalen Normungsorganisationen wie DIN. Regelsetzung durch CEN geschieht meist durch Mandatierung, also in direktem Auftrag der Kommission und dient der Ausfüllung von nur noch allgemein vorgegebenen Grundsätzen in Richtlinien und Verordnungen (bekannt als „new approach“). Die staatliche Delegation von Normungsaufgaben in den Bereich privater Selbstregulierung darf nicht dazu führen, dass solche Normen dann zur Handelsware werden. Hier müssen die zuständigen Institutionen multinational tätig werden und flankierend eine öffentliche Finanzierung der im Gemeinschaftsinteresse liegenden Normung einfordern.

4. Verfahrenskontrolle und Schiedsgerichtsbarkeit

Im Satzungswerk DIN ist eine Schiedsgerichtsbarkeit zu verankern. Diese sollte so ausgestaltet sein, das sowohl Normungsorgane als auch einzelne in Normungsvorhaben beteiligte Stellen oder Personen eine unabhängige Überprüfung vereinsinterner Entscheidungen nach vorgeschriebenen Verfahrensregeln einfordern können.

Im DIN sind vereinsinterne Schlichtungen z.B. von Kompetenzstreitigkeiten sowohl vom Verfahren als auch vom Ergebnis her nicht angemessen ausgestaltet. Dies wird dem Rechtsschutz der im Normungsprozesses involvierten Mitglieder und vereinsinternen Organe in Anbetracht der Bedeutung ihres Arbeitseinsatzes und Know-How-Transfers nicht gerecht.

Ein Schiedsgericht muss organisatorisch, personell und auch wirtschaftlich vom Verein, dessen Ein-

richtung es ist, unabhängig sein. Im Satzungswerk DIN ist keine solche neutrale dritte Stelle eingerichtet. Es existiert keine unabhängige, unparteiliche Einrichtung, die die für ein Schiedsgericht zwingenden schiedsgerichtlichen Verfahrensgarantien erfüllt und die Funktion eines solchen Gerichts hat.

Im DIN ist lediglich eine vereinsinterne Schlichtung auf zwei Eskalationsstufen vorgesehen: 1. Entscheidung durch den Vorsitzenden des Vorstands des DIN (eine Person), 2. Letztentscheidung durch das Präsidium des DIN (zzt. 46 Personen). Verfahrensregeln wie eine Anhörung der Betroffenen oder eine Begründung der Entscheidung existieren nicht.

Arbeitskreis VI – Sachverständigenrecht

Gemeinsame Arbeitskreisleiter:

Dipl.-Ing. (FH) Heinz Schnaubelt

Heinz Schnaubelt ist beratender Ingenieur, öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Schäden an Gebäuden, Wirtschaftsmediator (IHK), München.

RA Dr. A. Olrik Vogel

RA Dr. Vogel ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Partner der Rechtsanwaltskanzlei Kraus, Sienz & Partner in München. Er hat zum privaten Baurecht promoviert und ist spezialisiert auf das private Bau- und Architektenrecht sowie das Wohnungseigentumsrecht. Dr. Vogel berät und vertritt Bauträger, Bauunternehmen, Architekten, Kreditinstitute, öffentliche sowie private Bauherren und Wohnungseigentümergeinschaften. Er hat zahlreiche Aufsätze zu aktuellen rechtlichen Themen veröffentlicht, z.B. zum Bauträgerrecht, Sicherheitenrecht, Bauinsolvenzrecht und Wohnungseigentumsrecht. Dr. Vogel ist ständiger Mitarbeiter der Zeitschriften *BauR* – Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht, *IBR* – Immobilien- & Baurecht und *ZMR* – Zeitschrift für Miet- und Raumrecht. Er hat Kommentierungen u.a. in *Riecke/Schmid, Fachanwaltskommentar Wohnungseigentumsrecht*, *Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht*, *Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Handbuch für den VOB-Vertrag*, *Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht (§§ 640 – 646 BGB zusammen mit Pause)*, *Fuchs/Berger/Seifert, HOAI* und *Nicklisch/Weick, VOB/B* verfasst und ist regelmäßiger Referent auf bau- und wohnungseigentumsrechtlichen Veranstaltungen.

Referenten

Prof. Dipl.-Ing. Jens P. Fehrenberg, Hildesheim

Prof. Dipl.-Ing. Jens P. Fehrenberg Architekt (AKN), 40 Jahre Architektur- und Sachverständigenbüro, 33 Jahre Baukonstruktionslehre an der Fakultät Bauwesen in Hildesheim (HAWK), 20 Jahre öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger der IHK für Bauschäden, 10 Jahre Vorsitzender des Sachverständigenzulassungsaus-

schusses der IHK-Hannover und Prüfer für Bewerber für das Sachgebiet „Schäden an Gebäuden“ für die Architektenkammer Niedersachsen und die IHK.

Dr. Ing. Hartwig M. Künzel

Dr. Ing. Hartwig M. Künzel, Jahrgang 1959, 1986 Diplom Chemieingenieurwesen der Universität Erlangen/Nürnberg, 1987 wiss. Mitarbeiter, am Fraunhofer-Institut für Bauphysik (IBP) in Holzkirchen. Seit 1994 Leiter der Abteilung Hygrothermik. 1994 Promotion an der Fakultät für Bauingenieur- und Vermessungswesen der Universität Stuttgart, Thema: hygrothermische Bauteilsimulation. Das aus dieser Arbeit hervorgegangene Modell WUFI® gilt inzwischen international als das Standardwerkzeug für feuchtetechnische Bemessungen. Mitglied in internationalen Normungs- und Fachgremien z.B. bei DIN, CEN und ASHRAE. Obmann des deutschen Normungsausschusses zum klimabedingten Feuchteschutz. Lehrbeauftragter für klimagerechtes Bauen und für Raumklima an der Universität Stuttgart. Autor von mehr als 300 Veröffentlichungen in nationalen und internationalen Fachzeitschriften und Kongressbänden.

RAin Dr. Petra Sterner, LL.M. (UCT)

Dr. Petra Sterner ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in Berlin. Sie ist Beisitzerin der 3. Kammer des Anwaltsgerichts Berlin, Mitglied des Geschäftsführenden Ausschusses der ARGE Baurecht und Dozentin bei dem Europäischen Institut für postgraduale Bildung GmbH (EIPOS).

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

Prof. Dr. Matthias Knauff ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht, und geschäftsführender Direktor des Instituts für Energiewirtschaftsrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

A. Thema des Arbeitskreises

Energieeffizientes Bauen – EnEV und technische Regeln: Ein Widerspruch?

B. Einführung

von Heinz Schnaubelt und A. Olrik Vogel

Die Überlegung, Energie zu sparen, ist keineswegs neu. Im Zusammenhang mit den Ölkrisen in den 1970er Jahren hat sich der deutsche Gesetzgeber erstmals Gedanken darüber gemacht, den gegenwärtigen nationalen Energieverbrauch und damit die Abhängigkeit von der Versorgung mit Erdöl sowie Erdgas zukünftig zu verringern. Doch bereits seit dem alten Testament¹ über das 19. Jahrhundert² bis heute ist dieses Thema mit all seinen Facetten aktuell. Seit den 1920er Jahren verwendet man den Begriff des „Mindestwärmeschutzes“. Die erste auch als Richtlinie „für die Baupolizei“ eingeführte Wärmeschutznorm erschien im Jahr 1934.³

Heute sind Gesellschaft und Politik in Deutschland wesentlich weiter. Die Energiewende und die Verwendung regenerativer Energiequellen sind in aller Munde. Die nationalen Regelungen werden zunehmend überlagert durch supranationale Vorgaben des Rechts der Europäischen Union. Zu nennen sind neben der Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rats über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (fortan: Gebäuderichtlinie) vom 19.05.2010⁴ auch die hierzu erlassene delegierte Verordnung (EU) Nr. 244/2012 der Kommission vom 16.01.2012⁵, welche wiederum teilweise durch die Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012⁶ geändert wurde. Das nationale Recht hat etwa durch das Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden (EnEG)⁷ versucht, die Vorgaben der Gebäuderichtlinie in eine Verordnungsermächtigung umzusetzen. Der Verordnungsgeber hat wiederum mit der Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden (EnEV)⁸ diese Vorgaben mit Leben ausgefüllt. Dieses überaus komplexe Regelungsverfahren ist nicht nur fehlerträchtig, sondern schwer verständlich.

Nicht eindeutig ist, ob die zugegebenermaßen recht offenen Vorgaben der Gebäuderichtlinie zutreffend in nationales Recht umgesetzt werden. Dies betrifft etwa die Mindestparameter in Anhang I Ziffer 3. von Art. 3 der Gebäuderichtlinie oder die in diesem Anhang unter Ziffer 4. genannten weiteren Aspekte. Anders als andere Mitgliedsstaaten der Europäischen Union hat sich Deutsch-

land entschieden, mit der EnEV sehr detaillierte Vorgaben durch Verweis auf zahlreiche technische Normen zu machen, die auf Grund des kurzlebigen technischen Wandels zudem zum Teil nur als Vornormen⁹ herausgegeben werden. Der Verweis auf komplexe und in sich verwobene, auch für einen technischen Profi kaum mehr erfassbare und anwendbare sog. DIN-Normen zieht zahlreiche rechtliche, zum Teil sogar europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme nach sich, die anderenorts¹⁰ erörtert werden müssen. Allein die DIN V 18599 hat fast 800 Seiten. Das deutsche Normungswesen ist aber insgesamt zu hinterfragen, weil neben gesellschaftspolitischen und fachlichen Einflüssen gerade in letzter Zeit auch wirtschaftliche Interessen der beteiligten Kreise eine maßgebliche Rolle spielen. Diese Rechtstechnik, die strafbewehrt (vgl. § 27 EnEV) das öffentlich-rechtliche Mindestmaß des Wärmeschutzes und der Anlagentechnik vorgeben soll, lässt sich in der Praxis von zahlreichen Planern kaum sicher beherrschen. Sie „schalten“ ab. Umso erstaunlicher ist es, wenn übliche Berechnungsprogramme zur Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Mindestmaße trotz identischer Eingaben zu erheblich abweichenden Ergebnissen kommen.¹¹ Arbeiten wir nicht mit einer Art „black box“? Und was ist von solchen Programmen zu halten, wenn die Hersteller auf Nachfrage mitteilen, ihre Programme be-

1 3. Mose 14.33, vom Aussatz der Häuser.

2 Max von Pettenkofer, Über den Luftwechsel in Wohngebäuden, DER J.G. Cotta'schen Buchhandlung, 1858.

3 DIN 4110, Technische Bestimmungen für Zulassung neuer Bauweisen, Ausgabe August 1934. Diese technische Norm enthält zumindest im Massivbau durchaus bemerkenswerte Mindestanforderungen (Wärmedurchlasswiderstand = 0,55 m² h °C/kcal).

4 ABl. L 153 vom 18.06.2010, Bl. 13 ff.

5 ABl. L 81 vom 21.03.2012, Bl. 18 ff.

6 ABl. L 315 vom 14.11.2012, Bl. 1 ff.

7 In der Fassung der Bekanntmachung vom 01.09.2005 (BGBl. I, B. 2684), zuletzt geändert durch Art. 1 Viertes ÄndG vom 04.07.2013 (BGBl. I, Bl. 2197).

8 Vom 24.07.2007 (BGBl. I, Bl. 1519), zuletzt geändert durch Art. 1 Zweite ÄndVO vom 18.11.2013 (BGBl. I, Bl. 3951).

9 Z.B. DIN V 18599, Teile 1 bis 11, Energetische Bewertung von Gebäuden.

10 Ausführlich und zutreffend Frenz/Lülsdorf-Kemm, 1. Aufl. 2015, § 3 EnEV Rdnr. 38 ff.

11 Fabricius, Die Welt vom 13.10.2015; Pressemitteilung von Haus & Grund vom 23.09.2015 zu dem Ergebnis von 20 beauftragten Energieausweisen (12 Bedarf- und 8 Verbrauchsausweise).

rücksichtigen die Verordnung (EU) Nr. 244/2012 der Kommission vom 16.01.2012 nicht?

Nicht besonders zielführend ist regelungstechnisch der Verweis auf DIN-Normen, weil diese dann aus Sicht der Planer nicht nur öffentlich-rechtliche Mindestmaßstäbe, sondern für die Planung einzuhaltende anerkannte Regeln der Technik vorgeben zu scheinen. Dies hat zur Folge, dass zwei Regelungsebenen miteinander vermischt werden. Planer sehen sich zunehmend in dem Dilemma, einerseits die öffentlich-rechtlichen Vorgaben der EnEV, andererseits die anerkannten Regeln der Technik einhalten zu müssen, um nicht selbst in die Haftung zu kommen. Die Vorgaben der EnEV können regelmäßig noch keine anerkannten Regeln der Technik sein, weil es bei ihnen als innovativen Ansätzen an der erforderlichen Praxisbewährung fehlt. Planer sind also gezwungen, mit der EnEV bestenfalls den Stand der Technik mit allen damit verbundenen Risiken der Planung und Bauausführung zu Grunde zu legen. Gleichzeitig suggerieren Berechnungen, die sich normativ an einem Bedarf und fiktiven Annahmen orientieren, einen späteren Energieverbrauch, der sich bei Neubauten allenfalls näherungsweise, bei Bestandsbauten später regelmäßig so nicht realisiert. Die Normen weisen hierzu die Abweichungen in der Realität sogar offen aus.¹² Wie soll da ein Planer seinen Auftraggeber sinnvoll beraten? Und ist es sinnvoll, auf einen fiktiven „Bedarf“ abzustellen, der im Miet¹³- und Wohnungseigentumsrecht¹⁴ zur Plausibilisierung dient, um festzustellen, ob sich die energetische Investition amortisiert?

Fragen über Fragen, die es nahe legen, einmal grundlegend darüber nachzudenken, wie man sich dem Ziel, signifikant Energie einzusparen, effektiv, ökologisch und rechtlich unbedenklich nähern kann.

C. Thesen

I. Thesen von RAin Dr. Sterner

Problemstellung

Die EU-Energieeffizienzrichtlinie und die EU-Gebäuderichtlinie geben den Mitgliedsländern Energieeinsparziele vor. Bei der Umsetzung der Richtlinien steht dem dt. Gesetzgeber Spielraum zur Verfügung. Diesen hat er u.a. durch ein von DIN-Normen durchgesetztes und kompliziert formuliertes Regelwerk ausgefüllt, die auf Rechenmo-

dellen basiert, die im Wesentlichen auf Bedarfswerte abstellen. Es stehen zwei Berechnungswege zur Ermittlung der Bedarfswerte zur Verfügung, deren Anwendung aber zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Dass deren Umsetzung zu dem gewünschten und benötigten Energieeinsparpotential führt, ist jedenfalls zweifelhaft.

1. These

Die Begrifflichkeiten in der EnEV müssen genauer definiert werden. Der Wortlaut der EnEV ist eindeutiger und verständlicher zu verfassen (Vereinfachung).

konkret § 9 Abs. 3 EnEV

konkret: Begriff der „Wirtschaftlichkeit“

Begründung:

1. Beispiel:

Der Putz an der Fassade des Mehrfamilienhauses des Eigentümers Wegner ist an einer Fassadenseite in einem Umfang von ca. 40 % abgeplatzt. Reparaturenleistungen sind nicht erfolgversprechend.

Hausverwalter wie Eigentümer haben nun zu entscheiden, ob und in welchem Umfang bei den jetzt erforderlichen Maßnahmen ein Architekt einzuschalten ist, der Fachkenntnisse im Hinblick auf die Bauphysik aufweist und ermittelt, mit welchen

12 DIN EN ISO 13790:2008-09, H3 Fehleranalyse ... führt eine 5 %ige Unsicherheit bei Wärmetransfer durch Transmission und Lüftung zu einer Unsicherheit zwischen 20 % und 35 % beim Heizwärmebedarf. Beim Vergleich mit tatsächlichen Gebäuden gilt: Vor allem dann, wenn die Berechnungen unter Zugrundelegung von Normwerten zum Nutzerverhalten und zu Luftvolumenströmen vorgenommen werden, können signifikante Unterschiede zum tatsächlich gemessenen Energiebedarf auftreten. In der Praxis kann der Energiebedarf durch diese Faktoren um 50 % bis 150 % vom berechneten Mittelwert abweichen.

13 Im Mietrecht ist grundsätzlich keine Amortisation erforderlich. § 555b Nr. 1 BGB erfordert nur eine nachhaltige Einsparung von Endenergie. Hierfür ist eine dauerhafte Energieeinsparung erforderlich, aber auch ausreichend (BGH, Beschluss v. 10.04.2002 – VIII AZR 3/01, NJW 2002, 2036 [2037]). Für die Zulässigkeit einer Mieterhöhung nach § 559 BGB für energieeinsparende Modernisierungsmaßnahmen ist grundsätzlich das Verhältnis der hierdurch bewirkten Energieeinsparung irrelevant (BGH, Urt. v. 03.03.2004 – VIII R 149/03, NJW 2004, 1738 [1739]).

14 BGH, Urt. v. 14.12.2012 – V ZR 224/11, NJW 2013, 1439 Rdnr. 17 stellt auf einen Zeitraum von nur ca. 10 Jahren ab.

baulichen Maßnahmen sichergestellt werden kann, dass die Wärmedurchgangskoeffizienten der „betroffenen Fläche“ die in der Anlage 3 vorgegebenen Höchstwerte nicht überschreiten.

Die Praxis hat gezeigt, dass dies jedenfalls weder Hausverwalter noch Eigentümer anhand des Textes der EnEV entscheiden können.

Die Einhaltung der Vorschriften der EnEV ist einem weit gespannten Personenkreis aufgegeben. Hierzu gehören nicht nur die professionellen Hauseigentümer, Baufirmen und Bauträger, sondern darüber hinaus mehr oder minder alle, die nicht nur neu bauen, sondern auf die Gebäudesubstanz (Bestand) einwirken wollen (§ 27 Abs. 1 EnEV). Sie haben für die Einhaltung einer Verordnung einzustehen, deren erklärtes Ziel ist, Energie einzusparen. Dieses Ergebnis dürfte im Regelfall von der Mehrheit auch unterstützt werden, sofern denn auch die Einsparung der Energie durch zu ergreifende Maßnahmen erreicht wird. Ein leichtfertiger oder vorsätzlicher Verstoß gegen die Vorschriften führt zu einer Ordnungswidrigkeit gem. § 27 EnEV, welche nach § 8 Abs. 3 EnEG zu einem Bußgeld bis zu 50.000 € führen kann. Der „leichtfertige Verstoß“ ist wohl richtiger Weise mit der Begrifflichkeit „grobe Fahrlässigkeit“ zu vergleichen¹⁵, d.h. die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt wurde in „besonders starkem Maße“ verletzt. Eine besonders starke Verletzung soll gegeben sein, wenn ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt wurden und nicht beachtet wurde, was in diesem Fall jedem einleuchten musste.¹⁶

Es hat sich gezeigt, dass Verpflichtete – vor allem im Hinblick auf Bestandsgebäude – aufgrund des Wortlautes der EnEV nicht allein entscheiden können, ob die von ihnen vorgesehene Maßnahme die vorgesehene Umsetzung der Vorgaben der EnEV zur Folge haben oder nicht. Diese sind darauf angewiesen, Juristen oder Bauphysiker zu befragen, die selbst jedoch immer wieder divergierende Auffassungen vertreten. In § 9 Abs. 1 Satz 1 EnEV wurde bereits insoweit eine Klarstellung geschaffen, dass nur die von den Änderungen betroffenen Flächen der in Anlage 3 beschriebenen Bauteile die Höchstwerte des Wärmedurchgangskoeffizienten (was ist das?) einhalten müssen.¹⁷

In dem Zusammenhang mit den Beispielfällen kommt man zwangsweise auf § 9 Abs. 3 EnEV, nach dem der Abs. 1 – Einhaltung des Wärmedurchgangskoeffizienten – nicht auf Änderungen von Außenbauteilen anzuwenden ist, wenn „die Fläche der geänderten Bauteile nicht mehr als 10 von 100 der gesamten Bauteilfläche des Gebäudes betrift“.

Hier stellt sich die Frage, von welcher Bauteilfläche die Rede ist. Bezogen auf eine Fassade kann das Bauteil „Fassade“ als Gesamthülle eines Gebäudes gemeint sein oder das Bauteil „Fassadenansicht“ als Teil der Gesamthülle eines Gebäudes.

2. Der Grundsatz der vertretbaren Wirtschaftlichkeit ist gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 EnEV immer zu beachten. Die Legaldefinition hierfür findet sich in § 5 Abs. 1 EnEG: „Anforderungen gelten als wirtschaftlich vertretbar, wenn generell die erforderlichen Aufwendungen innerhalb der üblichen Nutzungsdauer durch die eintretenden Einsparungen erwirtschaftet werden können.“ In § 25 EnEV findet sich diese Definition in umgekehrter Form wieder: Dort besteht die Möglichkeit, sich auf Antrag von den Anforderungen befreien zu lassen, wenn die Anforderungen zu einem unangemessenen Aufwand oder einer ansonsten unbilligen Härte führen würden. Letzteres liegt dann vor, wenn die erforderlichen Aufwendungen innerhalb der üblichen Nutzungsdauer durch die eintretende Einsparung nicht erwirtschaftet werden können.

Im Gesetz ist weder geregelt, welche Aufwendungen als „erforderlich“ anzusehen sind, noch wie die Einsparungen genau zu berechnen sind, welche Komponenten einzubeziehen und welche Kosten unberücksichtigt zu lassen sind. Auch ist nicht festgelegt, von welcher üblichen Nutzungsdauer auszugehen ist; letzteres lässt sich ohnehin nur im Einzelfall feststellen.

2. These

Es muss ein Berechnungsverfahren für die Ermittlung des Jahres-Primärenergiebedarfes normativ festgelegt werden, dass das nach der Praxis-

15 Frenz/Lülsdorf-Frenz, EnEG/EnEV, § 27 EnEV, Rdnr. 6.

16 Palandt-Heinrichs, § 277 BGB, Rdnr. 2.

17 Das erfolgte nur aufgrund bereits vorherrschender Unsicherheit in der Praxis, vergl. Begründung zur EnEV, Fassung 2014, BR-Drucks. 113/13, S. 84.

erfahrung (und nach Kontrolle über den tatsächlichen Verbrauch) und der Realität (Verbrauch) am nächsten kommende Ergebnis ermittelt.

Es ist klarzustellen, dass für das konkrete Gebäude eine darüber hinausgehende Bedarfsermittlung anhand der lokalen Besonderheiten erforderlich ist, um den Ansprüchen an ein ordnungsgemäß und mangelfrei geplantes Gebäude zu genügen.

Begründung:

Die EnEV eröffnet die Möglichkeit zur Anwendung zweier unterschiedlicher Rechenmodelle zur Ermittlung des Jahres- Primärenergiebedarfs, § 3 Abs. 3 EnEV iVm Anlage 1 Nr. 2 EnEV. Zwischen den Methoden kann der Bauherr (fast) frei wählen. Für beide Verfahren werden bei Verwendung von Materialien oder anlagentechnische Komponenten, für die noch keine gesicherten Erfahrungen vorliegen, zur Ermittlung deren energetisch positiver Auswirkungen „dynamisch-thermische Simulationsrechnungen“ herangezogen (anwendungsorientierte Innovationsklausel). Beide Berechnungsverfahren stellen auf die (berechneten) Bedarfswerte des Gebäudes ab. Den ermittelten Bedarfswerten wird allerdings nicht die finanzielle Wirtschaftlichkeit gegenübergestellt; während bei der Berechnung z.B. die Ausgleichsmaßnahmen für die dichte Gebäudehülle in Form von Anlagentechnik berücksichtigt werden, fehlen Erkenntnisse zu den wirtschaftlich negativen Folgen wie z.B. fehlende Langlebigkeit der Materialien oder dem erforderlichen Energieaufwand für die Herstellung der Materialien und – bei Bestandsgebäuden – der notwendige Energieaufwand für die Beseitigung der Altmaterialien.

Die Praxis hat gezeigt, dass die Anwendung der Rechenmodelle jeweils zu unterschiedlichen Ergebnissen führt; wenn ein Rechenmodell nicht zum gewünschten Ergebnis führt, muss dies nicht für das andere Berechnungsverfahren gelten. Im Hinblick auf die Tatsache, dass für ein Gebäude die Bedarfswerte entweder vorliegen oder nicht vorliegen, wenn bestimmte Materialien und Techniken angewendet werden (beides gleichzeitig sollte sich ausschließen), stellt sich für den Anwender und den Verpflichteten die Frage, mit welchem Rechenmodell das gewünschte Ergebnis (und nicht das ermittelte rechnerische Ergebnis) das richtige ist und ob ein solches „richtiges“ überhaupt existiert.

Durch das Rechenmodell der EnEV kann für Bestandsgebäude rechnerisch ein Ergebnis ermittelt

werden, das nachweist, dass durch Investition in Form unterschiedlicher baulicher Maßnahmen eine positive energetische Entwicklung erreicht wird. Dass dieses Ergebnis tatsächlich erzielt wird, ist nicht gesichert. Mit Umsetzung der Maßnahmen wird eine tatsächlich positive Energiebilanz nicht sichergestellt.

In diesem Zusammenhang steht auch die Tatsache, dass die Berechnung anhand eines durch die Anlage 1 vorgegebenen „Referenzgebäudes“ erfolgen muss; der sich so ergebende U-Wert lässt zwangsläufig die Faktoren für das jeweilige konkrete Bauvorhaben – für die die U-Werte ermittelt werden – unberücksichtigt. Wetter, Verarbeitung der Materialien, und weitere äußere Einflussfaktoren, die Auswirkungen auf das Ergebnis haben können oder sogar müssen, können bei dieser Berechnung zwangsläufig nicht berücksichtigt werden.

Dies wiederum macht für das individuelle Bauvorhaben weitergehende Ermittlungen über die Vorgaben der EnEV hinaus notwendig, um eine vorhabenbezogene Planung zu erreichen.

3. These

Zur Sicherstellung der Umsetzung der Anforderungen der EnEV ist ein entsprechender Fachplaner zu etablieren

Zur Einhaltung der Vorschriften der EnEV ist der Bauherr verpflichtet. Gleichzeitig bedeutet dies eine Verpflichtung für seinen Architekten, der für den Bauherrn ein mangelfreies und ein den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechendes Bauvorhaben zu planen hat. Bei der EnEV handelt es sich um eine Rechtsverordnung, die zwingenden Charakter hat und dementsprechend einzuhalten ist. Ein vertragsrechtlicher Ausschluss der Einhaltung der Vorschriften nach der EnEV wäre nach § 134 BGB nichtig.

Die EnEV stellt hohe Anforderungen an den Planer. Er muss anhand der zulässigen Bedarfsermittlung berechnen, welche bautechnischen und anlagentechnischen Maßnahmen ergriffen werden müssen, um die vorgegebenen Werte der EnEV einzuhalten. Gleichzeitig darf er dies nicht nur auf die Vorgaben nach dem Referenzgebäude beschränken, sondern muss auf das im Einzelvertrag gegenständliche Bauvorhaben eingehen und für dieses die Berechnungen individuell vorneh-

men. Denn der Architekt ist per se verpflichtet, bei der Planung auf die Wirtschaftlichkeit des Baus zu achten.¹⁸ Dazu muss er u.a. sicherstellen, dass er das konkrete Gebäude wirtschaftlich bestmöglich gestaltet; folglich muss er die Einhaltung der Anforderungen der EnEV ebenso sicherstellen wie die wirtschaftlichste Planung. Der Planer hat also im Rahmen seiner Planungsleistung zu berücksichtigen, ob die Anforderungen der EnEV an das von ihm zu planende Gebäude die Zumutbarkeitsgrenze des § 25 EnEV übersteigt – allerdings fehlen ihm hierfür als „Durchschnittsarchitekt“ die erforderlichen Kenntnisse – und er seinem Bauherrn die Antragstellung nahelegt, oder ob die Anforderungen an das wirtschaftliche Planen erst ab der Erfüllung der Anforderungen nach der EnEV beginnen. Aufgrund der fehlenden Definition zu den Voraussetzungen nach § 25 EnEV befindet sich der Architekt jedenfalls derzeit in einer tatsächlich und rechtlich schwierigen Situation.

Stehen dem Bauherrn mehrere bautechnische Alternativen zur Verfügung, müssen ihm die Zusammenhänge erläutert werden, und zwar sinnvoller Weise zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, auch damit der Architekt (Planer) eine Haftung aufgrund ausgebliebener Beratungspflichten ausschließt. Der Architekt kann nicht dafür einstehen, dass mit der Umsetzung der Anforderungen auch ein optimales energetisches (ökologischer Gedanke) und vor allem ein wirtschaftlich günstiges Ergebnis (Einsparungen im Verbrauch) erzielt werden wird. Dies ist – wie dargestellt – nämlich nicht gesichert. Andererseits bestehen darin die Vorstellungen der Bauherren; sie erwarten für die zusätzlichen Ausgaben für energetische Maßnahmen entsprechende Einsparungen im Verbrauch. Dies gilt insbesondere bei Arbeiten im Bestand.

Die Praxis hat gezeigt, dass die Berücksichtigung der Anforderungen der EnEV eine ernsthafte Herausforderung ist und den „durchschnittlichen“ Architekten, der sich nicht ständig mit der EnEV beschäftigt, in der Anwendung dieser Vorschrift überfordert. Zur Absicherung der Architekten, zum Schutze des Bauherren und im Sinne der Umsetzung der EnEV ist es daher notwendig, (z.B. dem Statiker gleich geordnete) Fachplaner auszubilden, die sicherstellen, dass die jeweiligen konkreten Bauvorhaben die Anforderungen der EnEV abbilden. Dafür ist es erforderlich, dass ein einheitliches, differenziertes Anforderungsprofil

gebildet, eine entsprechende Qualifizierung und Zertifizierung vorgegeben und eine Fortbildung sichergestellt wird. Die bisher vorgesehenen Regelungen in § 21 und § 29 EnEV sind hierzu nicht ausreichend, insbesondere deshalb nicht, weil z.B. Fortbildung nicht für alle ausstellungsberechtigten Berufsgruppen vorgegeben ist¹⁹ und vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Qualifikationen und der recht freien Formulierung der Fort- bzw. Weiterbildung keine ausreichend qualifizierten Anforderungen bestehen.

II. Thesen von Prof. Dipl.-Ing. Jens P. Fehrenberg

(I) Energieeinsparverordnung (EnEV)

1. These

Der Ingenieur wird zum reinen Anwender eines hochkomplexen Rechenprogramms, dessen Gesamtzusammenhang er nicht mehr durchschauen kann.

2. These

Bauen wird verwissenschaftlicht. Handwerker müssen hohe theoretische Standards umsetzen. Fehler sind vorprogrammiert.

3. These

Mit der Forderung nach Luftdichtheit und dem damit einhergehenden Erfordernis, kontrolliert zu Lüften, wächst der Zwang, auch normale Wohnungen mechanisch zu be- und entlüften, was mit zusätzlichem Energieeinsatz einhergeht und noch weitgehend unbekannte hygienische Problemlagen birgt.

4. These

Das verordnete Rechenverfahren täuscht Genauigkeit vor. Das Nutzerverhalten ist jedoch nicht normativ erfassbar.

18 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, § 34 HOAI, Rdnr. 47, 58 ff.

19 Z.B. gem. § 21 Abs. 1 Satz 1, 2. HS EnEV; auch soll bei einem Studium mit berufsqualifizierendem Hochschulabschluss reichen, wenn ein Ausbildungsschwerpunkt im Bereich des energieeffizienten Bauens lag – die Fortbildung liegt dann schon in der Studienzeit, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EnEV.

5. These

Die Unterscheidung in Bedarf und Verbrauch schafft Verwirrung. Fehlinvestitionen stellen einen Vermögensschaden dar.

6. These

Für Dämmstoffdicken gibt es eine sinnvolle Obergrenze. Eine Wirtschaftlichkeit bei nachträglichen Dämmmaßnahmen ist fraglich.

7. These

Politische Einflussfaktoren gehören nicht in eine ingenieurtechnische Ermittlung. Sie müssen erkennbar gesondert berücksichtigt werden.

Folgerung: Das gesamte Nachweisverfahren ist damit fragwürdig:

- Es ist für den aufstellenden Ingenieur bestenfalls im Grundsatz, jedoch nicht im Detail verständlich nachvollziehbar.
- Es bringt wissenschaftlich ermittelte Anforderungen in eine handwerkliche Leistung.
- Es täuscht als mathematische Berechnung Exaktheit vor, ist jedoch mit hoher Ungenauigkeit behaftet.
- Es führt durch die unterschiedliche Betrachtung in Bedarf und Verbrauch zu Verwirrung und dadurch zu Missverständnissen.
- Es wird bei Änderungen in der Ausführung gegenüber zuvor getroffenen Annahmen in der Planungsphase obsolet.
- Es führt in vielen Fällen nicht zu einer wirtschaftlichen Lösung.
- Es ist politisch und unterliegt somit Weltanschauungen.
- In der Folge erwächst die Erfordernis zu mechanischer Be- und Entlüftung.

(II) Technische Regeln (Normen)**1. These**

Bauen beruhte auf Erfahrung. Baunormung war rückwärts betrachtend und damit zugleich Vertrauen bildend.

2. These

DIN-Normen geben zunehmend Meinungen interessierter Kreise wieder. Vornormen, die für den

Energieausweis herangezogen werden, haben sich noch gar nicht bewährt.

3. These

Das Interesse an Normung führte zu einer kaum noch zu bewältigenden Flut an Regeln für das Bauen, mit denen der einzelne Bauschaffende überfordert wird.

4. These

Die Verkomplizierung der Normeninhalte führt zu einer Abhängigkeit von Experten oder der Zulieferindustrie, die entsprechende Nachweise anbietet.

Fazit

Insbesondere die mit der EnEV verknüpften Normenwerke, wie z.B.

- DIN 4108 – Wärmeschutz und Energieeinsparung in Gebäuden
- DIN V 4701 – Energetische Bewertung heiz- und raumluftechnischer Anlagen
- DIN V 18599 – Energetische Bewertung von Gebäuden
- DIN EN 13829 – Wärmetechnisches Verhalten von Gebäuden
- DIN EN ISO 13370 – Wärmeübertragung über das Erdreich
- DIN EN ISO 6946 – Wärmedurchlasswiderstand und Wärmedurchgangskoeffizient
- DIN EN ISO 13788 – Raumseitige Oberflächentemperatur zur Vermeidung kritischer Oberflächenfeuchte und Tauwasserbildung im Bauteilinneren
- DIN EN 13053 – Lüftung von Gebäuden
- DIN EN 13779 – Lüftung von Nichtwohngebäuden
- DIN 1946 Teil 6 – Lüftung von Wohnungen
- DIN 18017-3 – Lüftung von Bädern und Toiletten ohne Außenfenster
- DIN EN 12831 – Heizungsanlagen in Gebäuden (Heizlastberechnung)

können für sich nicht in Anspruch nehmen, anerkannten Regeln der Bautechnik zu sein, da sie eben nicht

- allgemein anerkannt,
- praktisch erprobt und
- ausreichend bewährt sind.

Widerspruch: EnEV – Technische Regelwerke

Einen direkten Widerspruch vermag ich nicht zu erkennen.

Die Verordnung unterliegt dem Wahn „allumfassend“ sein zu wollen. Die Forderungen zielen auf eine politische Vorstellung hin, die im Prinzip löblich ist, aber durch überzogene theoretische Vorgehensweisen praxisfremd bleibt. Es werden am Schreibtisch Nachweise errechnet, die vielfach so am Bauwerk nicht umgesetzt werden (können). Das gilt insbesondere für die energetische Ertüchtigung von Bestandsgebäuden.

Die zugrunde liegenden Normen sind zunächst infrage zu stellen, soweit sie den Anspruch „anerkannte Regeln der Bautechnik“ nicht (mehr) erfüllen. Baunormen müssen von denen, die sie anwenden sollen, auch verstanden werden können – Bauen bleibt Handwerk.

Zusammenfassung

1. Von einer derzeit debattierten Verschärfung der EnEV ist vorerst abzusehen. Dies auch unter dem Gesichtspunkt einer preisgünstigen Wohnraumerichtung wegen des steigenden Bedarfs.
2. Die bisherigen Erfahrungen, insbesondere bei der energetischen Bestandsbausanierung, sind zu validieren und allgemein zugänglich zu machen.
3. Es sollten auch andere Nachweise ermöglicht werden, wie energiesparend gebaut resp. saniert werden kann, um das ingenieurtechnische Spektrum nicht vorwiegend auf „dämmen“ einzugrenzen.
4. Es sind auch wohnhygienische Untersuchungen zu initiieren, welche die praktischen Auswirkungen für Wohngebäude aus medizinischer Sicht aufzeigen.
5. Ziel sollte es nicht sein, die (eher wenigen) Neubauten auf einen Niedrigstenergiestandard zu trimmen, sondern die Bestandsbauten handwerklich machbar auf ein deutlich verbessertes Energieverbrauchs-niveau zu bringen.

III. Thesen von Dr. Ing. Hartwig M. Künzel

1. These

Zur Begrenzung der Folgen des Klimawandels muss der CO₂-Ausstoß reduziert werden. Großes

Potential bietet hier der Gebäudebetrieb, der für ca. 30 % aller THG-Emissionen in Deutschland verantwortlich ist. Das gilt sowohl für die Steigerung der Energieeffizienz (EnEV) als auch für den verstärkten Einsatz erneuerbarer Energien für den Betrieb (EEWärmeG). EnEV und EEWärmeG müssen daher ständig weiterentwickelt und dem Stand der Technik angepasst werden. Die EnEV muss außerdem durch eine fortwährende Anpassung der Primärenergiefaktoren dafür sorgen, dass Energieträger mit geringem CO₂-Ausstoß gegenüber solchen mit höherem CO₂-Ausstoß bevorzugt werden.

2. These

Die EnEV basiert und bezieht sich auf technische Regeln, die ihrerseits einer ständigen Anpassung an den Stand der Technik bedürfen. Widersprüche entstehen dabei i.d.R. nicht und falls in einigen Details doch kleine Widersprüche auftreten sind diese schnell zu beseitigen. Ein genereller Widerspruch liegt in keinem Fall vor.

3. These

Die immer wieder zitierten, vereinzelt Abweichungen von Energiebedarfsberechnungen und dem tatsächlichen Verbrauch im Fall einer energetischen Sanierung sind i.d.R. nicht auf Fehler bei der Bedarfsberechnung zurückzuführen. Sie sind meist nutzerbedingt, da entweder vorher das Gebäude nicht gleichmäßig beheizt wurde oder nach der Sanierung mehr gelüftet wird, oder beides. Neben einem Energieausweis sollte dem Nutzer auch eine Handlungsempfehlung zur energiesparenden Nutzung eines wärmedämmten Gebäudes ausgehändigt werden. Dies sollte in die EnEV aufgenommen werden.

4. These

Die genutzte Wohnfläche pro Person steigt in Deutschland stetig an. Deshalb muss die Politik mit einer Verschärfung von EnEV und EEWärmeG reagieren um die CO₂-Senkungsziele zu erreichen.

5. These

Das größte Potential für einen hohen Wirkungsgrad bei der Gebäudeheizung besitzen, laut einer

IEA-Studie, Wärmepumpen. Sie sind bei Nieder-temperaturheizbetrieb besonders energieeffizient. Ihr Einsatz setzt eine gut gedämmte Gebäudehülle voraus. Dies gilt auch für andere effiziente Energiequellen (z.B. Fernwärme, Wärme aus KWK). Dies wird bereits in der EnEV und im EEWärmeG berücksichtigt allerdings sind die Vorteile aber auch die potentiellen Probleme im Betrieb dieser Low-Ex Systeme in der Praxis noch zu wenig bekannt. Wesentlich stärker als bei herkömmlichen Heizsystemen muss hier die Regelung und der Betrieb auf das Gebäude und die Nutzung abgestimmt werden. Dies sollte bei den Vorgaben der EnEV entsprechend berücksichtigt werden.

6. These

Die Erzeugung erneuerbarer Energien (z.B. Sonne, Wind) ist starken Schwankungen unterworfen, die bei einem weiteren Ausbau nicht mehr durch vorhandene Speicher und konventionelle Energieträger kompensiert werden können. Gebäude werden deshalb als potentielle Energiespeicher in Zukunft eine große Rolle spielen. D.h. der Gebäudebetrieb wird sich stark am EE-Angebot orientieren. Die EnEV sollte dieser Entwicklung Rechnung tragen und neben dem Monatsbilanzverfahren auch dynamische Gebäudesimulationsmodelle als Nachweisverfahren zulassen, da nur diese das Speicherverhalten des Gebäudes abbilden können.

7. These

Während der Heizbetrieb früher ausschließlich von der Außenlufttemperatur und dem Bedarf des Nutzers abhing, wird der Gebäudebetrieb der Zukunft auch auf das zeitlich schwankende Energieangebot reagieren müssen. Das erfordert ein abgestimmtes Zusammenspiel von Gebäudehülle, Speichereinheiten und Anlagentechnik. Eine separate Planung der einzelnen Komponenten ist daher nicht zielführend.

8. These

Die Planung und Ausführung sowie der Betrieb von Gebäuden sind in den letzten Jahrzehnten deutlich komplexer geworden. Dieser Trend ist nicht umkehrbar – im Gegenteil er wird weiter zunehmen. Das erfordert eine weitere Spezialisierung

aller Beteiligten. Damit folgt der Bausektor langsam anderen Industriezweigen. Während früher ein Wagner ausreichte um eine Pferdekutsche zu bauen, werden für die Entwicklung heutiger Autos mit all ihren Assistenzsystemen Hundertschaften von Ingenieuren benötigt und keiner stört sich daran.

Das Bauen muss dadurch nicht unbezahlbar werden – auch unsere modernen Autos sind nicht unbezahlbar. Allerdings muss die Effizienz von Planung und Ausführung deutlich gesteigert werden. BIM und moderne Gebäudesimulationsmodelle müssen die Planung unterstützen. Auch die EnEV muss langfristig von den immer komplizierter werdenden Bilanzverfahren auf moderne physikalisch begründete Simulationsmodelle umsteigen, um eine Verbesserung und Effizienzsteigerung des Planungsprozesses zu ermöglichen.

IV. Thesen von Prof. Dr. Matthias Knauff

(I) Die EnEV aus öffentlich-rechtlicher Perspektive

1. Thesen

1. Die Energieeinsparverordnung (EnEV) ist die konkreteste Ausprägung des gebäudebezogenen deutschen Energieeffizienzrechts.

2. Europarechtlicher Hintergrund ist die Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, deren Umsetzung in deutsches Recht die EnEV dient. Diese enthält eine Vielzahl von Anforderungen, die für die deutsche Rechtssetzung verbindlich sind. Ebenso wie die Energieeffizienzrichtlinie 2012/27/EU zeichnet sie sich durch einen weitgehenden Verzicht auf konkrete und zwingend von den Mitgliedstaaten umzusetzende Vorgaben aus, so dass Raum für autonome mitgliedstaatliche Regelungen verbleibt.

3. Dem Bund kommt in Bezug auf Effizienzvorgaben für Gebäude eine Regelungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu. Seine Gestaltungsmöglichkeiten werden durch die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG kaum beschränkt. Den zentralen materiellen Maßstab für die Ausgestaltung des gebäudebezogenen Energieeffizienzrechts durch den Bundesgesetzgeber bildet das Eigentumsgrundrecht, Art. 14

GG, das allerdings seinerseits in erheblichem Maße einer Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zugänglich ist.

4. Das Energieeinspargesetz (EnEG) bildet die zentrale parlamentsgesetzliche Grundlage des gebäudebezogenen deutschen Energieeffizienzrechts. Es weist eine geringe Regulierungsdichte auf und beschränkt sich inhaltlich weitgehend darauf, den Verordnungsgeber zu einer konkretisierenden Rechtsetzung, die in Gestalt der EnEV erfolgt ist, zu ermächtigen. Es trägt den verfassungsrechtlichen Anforderungen für Verordnungsermächtigungen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ebenso Rechnung wie der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten sog. Wesentlichkeitstheorie, nach der der Gesetzgeber alle (insbesondere grundrechts-) wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss und nicht an den Verordnungsgeber delegieren darf. Der in § 5 EnEG vorgesehene allgemeine Erfüllbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsvorbehalt steht jeglichen Anforderungen des Verordnungsgebers entgegen, die als grundrechtswidrig zu qualifizieren wären und dient insoweit der Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit. Der Preis für die damit verbundene uneingeschränkte Verfassungskonformität von gebäudebezogenen Energieeffizienzvorgaben auf Grundlage von EnEG und EnEV liegt in einer erheblichen Einschränkung der Effizienz der Regelungen. Rechtspolitisch wäre diesbezüglich eine Erhöhung der Regelungsgenauigkeit wünschenswert.

5. Die EnEV ist deutlich umfangreicher als das EnEG. Sie enthält die notwendigen Konkretisierungen der gesetzlich vorgesehenen Ziele und Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz von Gebäuden.

6. Aus europarechtlicher Perspektive ist die EnEV grundsätzlich nicht zu beanstanden. Dass das Ziel der Energieeinsparung aus fachlicher Sicht möglicherweise (noch) besser durch eine Anknüpfung der Regelungen am tatsächlichen Verbrauch statt an einem (rechnerischen) Bedarf verwirklicht werden könnte, zeigt Verbesserungsmöglichkeiten auf, führt aber in Anbetracht der Umsetzungsspielräume nicht zur Europarechtswidrigkeit. Defizitär und intransparent ist allerdings in Bezug auf die Bedeutung der Wirtschaftlichkeit von Maßnahmen

die Abstimmung mit der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 244/2012 der Kommission zur Ergänzung der Richtlinie 2010/31/EU. Bei einer Weiterentwicklung der EnEV stehen spezifische Anforderungen des Europarechts, wie diejenigen an Niedrigstenergiegebäude oder Energieausweise, auf nationaler Ebene nicht zur Disposition. Gleiches gilt für die in der Richtlinie angelegte Unterscheidung zwischen neuen und bestehenden Gebäuden, die zudem verfassungsrechtlich geboten ist, und für die europarechtlich vorgegebenen Anforderungen an die erfasste Gebäudetechnik, insbesondere Heizungsanlagen und Kühlsysteme, und deren Wartung. Auch die Verbindung der Betrachtung von Gebäudehülle und -technik ist europarechtlich zwingend.

7. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Regelungen der EnEV den durch das EnEG als Ermächtigungsgrundlage ausgestalteten Rahmen insgesamt in materieller Hinsicht überschreiten. Soweit auf DIN-Normen verwiesen wird, wird den Anforderungen des § 5 Abs. 3 EnEG hinreichend Rechnung getragen.

8. Die EnEV ist selbst für Fachleute nur eingeschränkt verständlich, jedenfalls soweit technische Aspekte in Frage stehen. Gleichwohl richtet sie sich nach § 26 EnEV nicht nur an diese, sondern auch an den Bauherrn, der vielfach technischer Laie ist. Den Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots trägt die EnEV gleichwohl unter Berücksichtigung ihres Gegenstands (gerade noch) Rechnung. Sie ist insoweit mit anderen Normen des Bau-, Umwelt- und Technikrechts vergleichbar, hinsichtlich derer ebenfalls keine Allgemeinverständlichkeit gefordert wird.

9. Die Bestimmungen über Ordnungswidrigkeiten entsprechen insoweit dem Bestimmtheitsgebot, als sich der Tatbestand vollständig aus EnEG und EnEV erschließt. Soweit Verweisungen zu DIN-Normen führen, die nicht allgemein zugänglich sind, dürfen Verstöße dagegen allerdings keine Bebußung von Verpflichteten nach sich ziehen, die nicht von Beruf wegen Kenntnis von diesen Normen haben müssen.

10. In Anbetracht der Vielzahl der durch die EnEV in Bezug genommenen, nicht frei zu-

gänglichen DIN-Normen und die bei deren Erwerb anfallenden hohen Kosten bei gleichzeitigem Ungenügen einer bloßen Einsichtnahme spricht selbst bei einer Qualifikation der EnEV als (faktisches) „Fachleuterecht“ einiges dafür, dass dem rechtsstaatlichen Publizitätsgebot nicht hinreichend Rechnung getragen wird, jedenfalls solange und soweit der Bauherr zum Kreis der Verpflichteten zählt.

11. In Bezug auf das rechtsstaatliche Praktikabilitätsgebot weist die EnEV zweifelsfrei Verbesserungspotentiale auf, die bei einer Novellierung genutzt werden sollten. An der Komplexität der Regelungen wird nachvollziehbar Kritik geäußert und aus fachlicher Sicht werden punktuell andere Vorgaben für sinnvoller erachtet. Auch weisen die zu Berechnungen heranzuziehenden DIN-Normen erhebliche Ungenauigkeiten auf, die die Eindeutigkeit der Ergebnisse in Frage zu stellen geeignet sind. Dennoch steht ihre geltende Fassung einer dem Willen des Ordnungsgebers entsprechenden Anwendung nicht entgegen.

12. Die zahlreichen in der EnEV vorgesehenen Ausnahmen und Befreiungsmöglichkeiten haben zur Folge, dass den zuständigen Behörden erhebliche Entscheidungsspielräume verbleiben und ihnen die Herstellung der Verhältnismäßigkeit einzelfallbezogen im Rahmen der Rechtsanwendung obliegt. Besondere Sensibilität ist dabei im Hinblick auf den in § 10 Abs. 1 EnEV vorgesehenen zwingenden Austausch bestimmter Heizungsanlagen, die älter als 30 Jahre sind, sowie den aus § 9 Abs. 1 i.V.m. Anlage 3 EnEV folgenden Verpflichtungen zur Durchführung energieeinsparender baulicher Maßnahmen anlässlich von Sanierungen und Renovierungen älterer Gebäude geboten.

13. Die EnEV ist in ihrer derzeitigen Fassung keine Ausprägung idealer Rechtsetzung. Ungeachtet ihrer punktuellen rechtsstaatlichen Mängel ist ihre Anwendung schwierig und erfordert ein hohes fachliches Verständnis sowie juristische Sensibilität. Die in der Praxis festzustellenden Vollzugsdefizite sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen. Ob eine Neuregelung diesen Zustand verbessern kann, erscheint insoweit zweifelhaft, als die Komplexität der Regelungen wesentlich in der Komplexität ihres Gegenstandes begründet ist.

2. Begründung

(A) Hintergrund der Ermächtigungsgrundlage der EnEV

Die Energieeinsparverordnung (EnEV) bildet den konkretesten Bestandteil des deutschen Energieeffizienzrechts im Hinblick auf Gebäude. Als Rechtsverordnung kann sie jedoch nicht für sich allein betrachtet werden, sondern ist in ihrem normativen Kontext zu sehen. Dazu zählt neben dem Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden (Energieeinsparungsgesetz – EnEG)²⁰ als Rechtsgrundlage der EnEV insbesondere das europäische Energieeffizienzrecht. Von Bedeutung ist aber auch das Verfassungsrecht.

(I) Europarechtliche Vorgaben

Die Schwerpunkte des europäischen Energieeffizienzrechts liegen zwar in Effizienzanforderungen für Produkte. Es enthält aber auch gebäudebezogene Regelungen. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.05.2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden²¹, deren Umsetzung die EnEV dient. Diese normiert Vorgaben über Methoden zur Berechnung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (Art. 3), verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Festlegung von Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden und zu Maßnahmen zu deren Durchsetzung (Art. 4, 6 f.) sowie im Hinblick auf die Gesamtenergieeffizienz zum Erlass von Vorgaben für gebäudetechnische Systeme, insbesondere Heizungsanlagen, Warmwasseranlagen, Klimaanlage und große Lüftungsanlagen, und zur Unterstützung der Einführung intelligenter Messsysteme (Art. 8). Neue Gebäude sollen bis zum 31.12.2020 ausnahmslos Niedrigstenergiegebäude sein (Art. 9). Als solches gilt nach Art. 2 Nr. 2 ein „Gebäude, das eine sehr hohe, nach Anhang I bestimmte Gesamtenergieeffizienz aufweist. Der fast bei Null liegende oder sehr geringe Energiebedarf sollte zu einem ganz wesentlichen Teil durch Energie aus erneuerbaren Quellen — einschließlich Energie aus erneuerbaren Quellen, die am Standort oder in der Nähe erzeugt wird — gedeckt werden“. Für neue

20 BGBl. 2005 I S. 2684, zuletzt geändert durch Gesetz vom 04.07.2013, BGBl. I S. 2197.

21 ABl. 2010 L 153/13.

Gebäude der öffentlichen Hand gilt dies bereits zwei Jahre zuvor. Des Weiteren sieht die Richtlinie mitgliedstaatliche Förderungsmaßnahmen, insbesondere finanzielle Anreize (Art. 10), sowie die Einführung von Ausweisen über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden – den sog. „Energieausweis“ – auf Basis von Ist-Werten²² vor (Art. 11 ff.). Für Heizungs- und Klimaanlage werden regelmäßige Inspektionen durch unabhängiges Fachpersonal vorgeschrieben, das zudem in den anzufertigenden Berichten Verbesserungsmöglichkeiten aufzeigen soll (Art. 14 ff.). Informationspflichten „über die verschiedenen Methoden und praktischen Verfahren zur Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz“ werden darüber hinaus den Mitgliedstaaten gegenüber Eigentümern und Mietern auferlegt (Art. 20).

Deutlich weniger spezifisch sind die Vorgaben der Energieeffizienzrichtlinie 2012/27/EU. Diese fordert in Bezug auf den Gebäudebestand die Entwicklung mitgliedstaatlicher Renovierungsstrategien (Art. 4) und weist Renovierungen staatlicher Gebäude eine Vorbildfunktion zu (Art. 5).

Nimmt man diese europarechtlichen Vorgaben in den Blick, so ergibt sich nicht nur eine gegenständliche Beschränkung, sondern auch ein weitgehender Verzicht auf konkrete und zwingend von den Mitgliedstaaten umzusetzende Vorgaben. Dies gilt insbesondere im Vergleich mit den europarechtlichen Anforderungen an die Energieeffizienz von Produkten. Diese insgesamt eher zurückhaltende Ausgestaltung des europäischen Energieeffizienzrechts für Gebäude lässt Raum für autonome mitgliedstaatliche Regelungen.

(II). Verfassungsrechtlicher Rahmen

Das deutsche Verfassungsrecht erfasst die Energiewirtschaft kompetenzrechtlich in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und weist dem Bund diesbezüglich eine Gesetzgebungskompetenz zu. Danach ist das Recht der Wirtschaft einschließlich der Energiewirtschaft Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Der Begriff der Energiewirtschaft ist dabei zwar im Ausgangspunkt in einem klassisch energiewirtschaftsrechtlichen Sinne zu verstehen, ohne sich aber darauf zu beschränken.²³ Es besteht Übereinstimmung dahingehend, dass er grundsätzlich weit und entwicklungs offen zu interpretieren sei.²⁴ Er erfasst „die Erzeugung und wirtschaftliche Ausnutzung gespeicherter Kraft“²⁵, mithin alle Aspekte der Energieversorgung von der Strom-

erzeugung über den Netzbetrieb einschließlich des Verkehrs mit Energie bis hin zu Fragen der Versorgungssicherheit wie auch der Fachplanung.²⁶ Insbesondere können Energieverbrauchs-²⁷ und -einsparvorgaben können auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden,²⁸ so dass die Norm die zentrale Kompetenzgrundlage für eine energieeffizienzrechtliche Rechtsetzung des Bundes dient.²⁹ Deren Nutzung wird durch die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, wonach „der Bund das Gesetzgebungsrecht (hat), wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“, auch unter Berücksichtigung der strengen Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)³⁰ kaum beschränkt. Zwar erfasst diese auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und unterwirft die Bundesgesetzgebung damit im Vergleich zu anderen Materien der konkurrierenden Gesetzgebung strengeren Anforderungen. Sie entfaltet für die energiewirtschaftliche Gesetzgebung des Bundes gleichwohl

22 Dies hervorhebend Drasdo, NJW-Spezial 2005, S. 193 (194).

23 Näher Friauf, in: Baur et al., Beharren und Wandel im Energierecht, 1986, S. 11 (15 f.); siehe auch Püttner, BB 1971, 881 (883).

24 Rengeling/Szczekalla, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 2/2015, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rdnr. 123; Hantke, Bundesstaatliche Fragen des Energierechts unter besonderer Berücksichtigung des hessischen Energiespargesetzes, 1990, S. 51 ff.; Schneider, Landesenergierecht und Grundgesetz, 1997, S. 14. Nach Püttner, BB 1971, 881 (882), soll der Begriff jedoch tendenziell eng auszulegen sein und von vornherein nicht auf das zu beziehen, „was typischerweise kommunalwirtschaftliche Regelung ist.“

25 Maunz, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Stand 5/2015, Art. 74 Rdnr. 144.

26 Vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 74 Rdnr. 144; Rengeling/Szczekalla, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 5), Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rdnr. 121 f; Seiler, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Stand 6/2015, Art. 74 Rdnr. 36.

27 Dazu Dannecker/Spoerr, DVBl. 1996, 1094 (1094 ff.).

28 Stettner, in: Dreier, GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 74 Rdnr. 58; vgl. auch zum Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden (EnEG) BT-Drucks. 17/12619, S. 7.

29 Pielow, ZUR 2010, 115 (120); Schulte, in: FS Rengeling, 2008, S. 417 (420). Zu Stand und Entwicklung des Rechtsgebiets Britz/Eifert/Reimer (Hrsg.), Energieeffizienzrecht. Perspektiven und Probleme, 2010; Knauff, Die Verwaltung 47 (2014), S. 407 ff.

30 BVerfGE 106, 62 (143 ff.); ausführlich zu Relevanz und Wirkung der Erforderlichkeitsklausel nach der Föderalismusreform Heitsch, JöR NF 57 (2009), S. 333 (334 ff.). Siehe dazu auch im energierechtlichen Kontext Knauff, ThürVBl. 2015, 257 ff.

kaum limitierende Wirkung. Vielmehr ist eine bundeseinheitliche Regelung zentraler energiewirtschaftsrechtlicher Aspekte sowohl aus Gründen der Rechts- als auch der Wirtschaftseinheit verfassungsrechtlich zulässig³¹ (und politisch geboten³²). Dies gilt nicht nur für die Versorgung mit Energie, sondern auch für deren effiziente Nutzung.³³

Den zentralen materiellen Maßstab für die Ausgestaltung des gebäudebezogenen Energieeffizienzrechts durch den Bundesgesetzgeber bildet das Eigentumsgrundrecht, Art. 14 GG.³⁴ Dieses wird durch energieeffizienzrechtliche Vorgaben insoweit tangiert, als diese einer energieineffizienten Nutzung des Eigentums entgegenstehen. Exemplarisch sei an dieser Stelle bereits auf die Verbote des Betriebs bestimmter alter Heizungsanlagen sowie energetischer Verschlechterungen bei Umbauten und Verpflichtungen zur Vornahme von Dämmungsmaßnahmen nach §§ 10 f. EnEV verwiesen. Diese schränken die Freiheit der Eigentümer über den Umgang mit den betroffenen Gebäuden ein und können durchaus erhebliche wirtschaftliche Belastungen mit sich bringen. Eine Grundrechtsverletzung folgt aus derartigen Vorgaben aber nicht notwendig, da das Eigentumsgrundrecht einer Ausgestaltung durch den Gesetzgeber in erheblichem Maße zugänglich ist. Die relative Schwäche des Eigentumsgrundrechts ermöglicht vielmehr durchaus intensive hoheitliche Zugriffe auf das Eigentum des Grundrechtsträgers, ohne dass diese als grundrechtswidrig zu qualifizieren sind, so dass Art. 14 GG nur in extremen Einzelfällen geeignet ist, dem Regelungswillen des Normgebers Grenzen zu setzen. Ungeachtet dessen ist hervorzuheben, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch für Inhaltsbestimmungen Geltung beansprucht.³⁵ Eine abstrakte Grenze zwischen verfassungsrechtlich unbedenklichen und verfassungswidrigen regulatorischen Maßnahmen lässt sich allerdings kaum bestimmen. Vielmehr bedarf es einer individuellen Prüfung in jedem Einzelfall. Durch Übergangsregelungen, Härtefallklauseln und sonstige Ausnahmebestimmungen ist es den Normgeber in erheblichem Maße möglich, auch ehrgeizige Regelungsziele in Bezug auf die Energieeffizienz von Gebäuden grundrechtskonform zu verfolgen.³⁶ Dies gilt umso mehr, als auch die Existenz von Fördermöglichkeiten in die verfassungsrechtliche Bewertung einzubeziehen ist.

(B). Das EnEG als Ermächtigungsgrundlage

Das in seiner Ursprungsfassung bereits 1976³⁷ erlassene EnEG³⁸ bildet die zentrale parlamentsgesetzliche Grundlage des deutschen Energieeffizienzrechts in Bezug auf Gebäude. Es dient dabei nicht nur der Umsetzung der europarechtlichen Anforderungen an die Energieeffizienz von Gebäuden in nationales Recht, sondern enthält auch die Ermächtigung für den Erlass konkreter Rechtsverordnungen. Das EnEG sieht u.a. einen Wärmeschutz von Gebäuden und ihren Bauteilen in der Weise vor, dass beim Heizen und Kühlen vermeidbare Energieverluste unterbleiben (§ 1). Für Heizungs-, raumluftechnische, Kühl-, Beleuchtungs- sowie Warmwasserversorgungsanlagen oder -einrichtungen gilt, dass nicht mehr Energie verbraucht werden soll, als zur bestimmungsgemäßen Nutzung erforderlich ist (§ 2); diese sind zudem energiesparend zu betreiben (§ 3). Die europarechtliche Vorgabe der Verpflichtung zur ausschließlichen Errichtung von Niedrigstenergiegebäuden³⁹ ab 2021 (§ 2a) wird ebenso aufgegriffen wie die grundlegenden Anforderungen an Energieausweise (§ 5a). Darüber hinaus enthält das EnEG neben einigen Vorschriften, die eher formaler Natur sind, Bestimmungen über die Ahndung von Verstößen gegen seine sowie auf seiner Grundlage erlassener Regelungen als Ordnungswidrigkeiten (§ 8).

Insgesamt weist das EnEG allerdings eine geringe Regulierungsdichte auf.⁴⁰ Seine wenigen Vorschriften beschränken sich inhaltlich weiterhin darauf,

31 Ebenso Schneider (Fn. 5), S. 15.

32 Siehe bereits Friauf, in: Baur et al., *Beharren und Wandel im Energierecht*, 1986, 11 (12).

33 Schulte (Fn. 10), S. 417 (420).

34 Darüber hinaus zu den mit der Dynamik des Rechtsgebiets verbundenen Verfassungsfragen Britz/Eifert/Reimer, in: dies. (Fn. 10), S. 63 (89 ff.); zu gleichheitsrechtlichen Fragestellungen siehe auch Pielow, ZUR 2010, S. 115 (120).

35 BVerfGE 57, 107 (117); 58, 137 (150); 100, 226 (241).

36 Vgl. zur Gesetzesentwicklung Frenz/Lülsdorf, in: Frenz/Lülsdorf (Hrsg.), *EnEG/EnEV*, 2015, Einleitung Rdnr. 1 ff.; Müller-Kulmann/Stock, in: Danner/Theobald, *Energierecht*, Stand 4/2015, Einführung EnEG Rdnr. 17 ff.

37 BGBl I S. 1873.

38 BGBl. 2005 I S. 2684, zuletzt geändert durch Gesetz vom 04.07.2013, BGBl. I S. 2197.

39 Näher dazu Frenz, NZBau 2015, 8 ff.

40 Vgl. auch Müller-Kulmann/Stock, in: Danner/Theobald (Fn. 17), Einführung EnEG Rdnr. 1.

den Verordnungsgeber zu einer konkretisierenden Rechtsetzung zu ermächtigen. Es ist insoweit Gesetzen wie dem Bundesimmissionsschutzgesetz vergleichbar, das sich ebenfalls auf wenige materiellrechtliche Vorgaben beschränkt und heute durch knapp 40 konkretisierende Rechtsverordnungen ergänzt wird. Diese Technik der Rechtsetzung hat den Vorteil, dass sich der parlamentarische Gesetzgeber darauf beschränken kann, einige wenige zentrale Entscheidungen zu treffen. Die inhaltlichen Feinheiten werden dagegen an die Exekutive delegiert. Dies geschieht in der Annahme, dass die Fachbehörden weitaus besser als das Parlament in der Lage sind, die erforderlichen fachlichen Regelungen zu formulieren. Zugleich geht damit eine erhöhte Flexibilität einher, da Änderungen nicht den parlamentarischen Prozess durchlaufen müssen.⁴¹

(I). Beachtung der Anforderungen an Verordnungsermächtigungen

Aus europarechtlicher Perspektive ist diese Form der Umsetzung von Richtlinien nicht zu beanstanden, da auch Rechtsverordnungen über die gebotene Verbindlichkeit verfügen. Das Verfassungsrecht stellt dagegen besondere Anforderungen an die Zulässigkeit des Erlasses von Rechtsverordnungen. Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG „müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden.“ Nach der vom BVerfG darüber hinaus entwickelten sog. Wesentlichkeitstheorie ist der Gesetzgeber zudem verpflichtet, alle wesentlichen, insbesondere grundrechtswesentlichen Aspekte selbst zu regeln.⁴² An diesen Maßstäben sind die Ermächtigungsnormen des EnEG und die darauf gestützte EnEV zu messen.

Bei der Betrachtung der Normen des EnEG fällt auf, dass der Gesetzgeber die wesentlichen politischen Entscheidungen im Hinblick auf die Verbesserung der Energieeffizienz von Gebäuden selbst getroffen und nicht an den Verordnungsgeber delegiert hat. Dies gilt etwa für die Vorgabe in § 1 EnEG, dass bereits bei der Planung und Errichtung von Gebäuden darauf zu achten ist, dass vermeidbare Energieverluste beim Heizen und Kühlen unterbleiben. Entsprechendes gilt nach § 2 EnEG für die Anlagentechnik sowie nach § 3 EnEG für deren Betrieb. Zutreffend werden des Weiteren in § 2a EnEG die wesentlichen Anforderungen an Niedrigstenergiegebäude und an Energieausweise

in § 5a EnEG bestimmt. Auch werden die Ordnungswidrigkeitentatbestände in § 8 EnEG ungeachtet ihrer Bezugnahme auf die zu erlassende Rechtsverordnung hinreichend konkret festgelegt. Sehr deutlich wird das Bemühen des Gesetzgebers um eine den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie vollumfänglich entsprechende Fassung der Ermächtigungsgrundlagen auch in § 4 Abs. 3 Nr. 2 EnEG, wonach die Bundesregierung anzuordnen ermächtigt wird, dass „in bestehenden Gebäuden Heizkessel, die bei bestimmungsgemäßer Nutzung wesentlich mehr Energie verbrauchen als andere marktübliche Anlagen und Einrichtungen gleicher Funktion, außer Betrieb zu nehmen sind, wenn weniger belastende Maßnahmen, wie eine Pflicht zur nachträglichen Anpassung solcher Anlagen und Einrichtungen an den Stand der Technik, nicht zu einer vergleichbaren Energieeinsparung führen, auch wenn ansonsten für das Gebäude, die Anlage oder die Einrichtung keine Änderung durchgeführt würde.“

Auch die Detailgenauigkeit der Verordnungsermächtigungen ist nicht zu beanstanden. Dem Verordnungsgeber wird keine pauschale Regelungsermächtigung übertragen. Vielmehr stellt das EnEG sehr konkret klar, worauf sich die Ermächtigung jeweils bezieht. Exemplarisch verwiesen sei auf § 1 Abs. 2 EnEG, der die Festsetzung von Anforderungen an den Wärmeschutz von Gebäuden und ihren Bauteilen durch den Verordnungsgeber betrifft.⁴³ So verfügt dieser etwa über keinerlei Spielraum im Hinblick auf die Bestimmung des Wärmedurchgangs oder von Lüftungswärmeverlusten. Dass die Vorschrift nicht explizit alle in der Richtlinie 2010/31/EU einschließlich ihres Anhangs I enthaltenen Parameter⁴⁴ explizit aufgreift, ist nicht zu beanstanden, da es gerade Aufgabe des Verordnungsgebers sein soll, derartige Kon-

41 BT-Drucks. 7/4575, S. 7 f.; näher Saurer, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2005, S. 63 ff.

42 Grundlegend BVerfGE 33, 125 (158 f.); siehe dazu auch im Kontext des Technikrechts Battis/Gusy, Technische Normen im Baurecht, 1988, Rdnr. 336 ff.

43 Vgl. auch Müller-Kulmann, in: Danner/Theobald (Fn. 17), § 1 EnEG Rdnr. 7.

44 Genannt werden dort u.a. die Wärmekapazität als thermische Beschaffenheit des Gebäudes, seine Gestaltung, Lage und Ausrichtung einschließlich des Außenklimas, die lokale Sonneneinstrahlung und natürliche Beleuchtung.

ketrisierungen vorzunehmen, die sich auf die Anforderungen an den Wärmeschutz von Gebäuden und ihren Bauteilen beziehen und die Parameter überdies in den konkreten Berechnungsvorgaben im Wesentlichen berücksichtigt werden. Äußerst klar gehalten ist auch die auf Anlagentechnik bezogene Ermächtigungsgrundlage des § 2 Abs. 2 Satz 2 EnEG, die unter Nummer 1 bis 7 konkrete Anforderungen betrifft. Die ergänzende Öffnungsklausel nach Nummer 8 ist nicht zu beanstanden, da sie zum einen auf die Zielsetzungen des Abs. 1 und zum anderen auf die technische Entwicklung rekurriert.⁴⁵

Damit trägt das EnEG den spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verordnungsgebung grundsätzlich zutreffend Rechnung. Ein höherer Konkretisierungsgrad wäre zwar möglich, würde aber die Sinnhaftigkeit einer ergänzenden Verordnungsgebung in Frage stellen.

(II). Kompetenz- und grundrechtliche Aspekte

Im Hinblick auf den Erlass der EnEV auf Grundlage des EnEG ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive zudem hervorzuheben, dass die Bundesregierung als Verordnungsgeber durchgängig der Zustimmung des Bundesrates bedarf. Dies ist ungeachtet der Zuständigkeit des Bundes für den Erlass derartiger Regelungen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG verfassungsrechtlich geboten, da diese aufgrund ihres Gegenstands auch den Kompetenzbereich der Länder, konkret das Bauordnungsrecht⁴⁶, betreffen.

In Anbetracht des Umstandes, dass die Ermächtigungsgrundlagen im EnEG sehr umfassend ausgestaltet sind, kommt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Instrument zur Sicherstellung der Grundrechtskonformität der auf das EnEG gestützten Rechtsverordnung(en) eine zentrale Bedeutung zu. Das EnEG trägt dem in zweierlei Hinsicht Rechnung: zum einen normiert § 4 Abs. 1 EnEG Ausnahmen, die für bestimmte Gebäude vorgesehen werden können. Zum anderen, und vor allem bedeutsam, ist der in § 5 EnEG vorgesehene allgemeine Erfüllbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsvorbehalt. Danach müssen „(1) Die in den Rechtsverordnungen nach den §§ 1 bis 4 aufgestellten Anforderungen ... nach dem Stand der Technik erfüllbar und für Gebäude gleicher Art und Nutzung wirtschaftlich vertretbar sein. Anforderungen

gelten als wirtschaftlich vertretbar, wenn generell die erforderlichen Aufwendungen innerhalb der üblichen Nutzungsdauer durch die eintretenden Einsparungen erwirtschaftet werden können. Bei bestehenden Gebäuden ist die noch zu erwartende Nutzungsdauer zu berücksichtigen. (2) In den Rechtsverordnungen ist vorzusehen, dass auf Antrag von den Anforderungen befreit werden kann,⁴⁷ soweit diese im Einzelfall wegen besonderer Umstände durch einen unangemessenen Aufwand oder in sonstiger Weise zu einer unbilligen Härte führen.“ Diese – mit Art. 4 Abs. 1 UAbs. 5 Richtlinie 2010/31/EU korrespondierende – Vorgabe steht jeglichen Anforderungen des Ordnungsgebers entgegen, die als grundrechtswidrig zu qualifizieren wären. Der Preis für die damit verbundene uneingeschränkte Verfassungskonformität von gebäudebezogenen Energieeffizienzvorgaben auf Grundlage von EnEG und EnEV liegt jedoch in einer erheblichen Einschränkung der Effizienz der Regelungen, da insbesondere der Wirtschaftlichkeitsvorbehalt der Realisierung ehrgeiziger Effizienzziele durch den Ordnungsgeber entgegensteht. Zwar wird dieser im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung nicht an deren Aufstellung gehindert; ihre Verwirklichung ist jedoch von außerrechtlichen Gegebenheiten abhängig, zu denen neben den Eigenarten des jeweiligen Gebäudes nicht zuletzt die prognostizierte Entwicklung der Energiepreise gehört. Rechtspolitisch wäre diesbezüglich eine Erhöhung der Regelungsgenauigkeit wünschenswert.

(C). Ausgestaltung der EnEV

Auf Grundlage der im EnEG enthaltenen Ermächtigungsgrundlagen hat die Bundesregierung im Jahr 2007 die Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden (Energieeinsparverordnung – EnEV)⁴⁸ erlassen, die zuletzt im Jahr 2013 novelliert wurde.⁴⁹ Die Verordnung ist deutlich umfang-

45 Nach Möller, EnEG, 2012, § 2 Rdnr. 10, macht die Ermächtigung die „sehr dynamische Entwicklung in der Haustechnik nutzbar.“

46 Von der EnEV als „materiellem Bauordnungsrecht“ spricht etwa Nusser, ZUR 2014, 67.

47 Vgl. auch Müller-Kulmann/Stock, in: Danner/Theobald (Fn. 17), Einführung EnEG Rdnr. 48.

48 BGBl. 2007 I S. 1519, zuletzt geändert durch Verordnung vom 18.11.2013, BGBl. I S. 3951.

49 Zur Änderungshistorie der EnEV Stock, in: Danner/Theobald (Fn. 17), Einführung EnEV Rdnr. 40 ff.

reicher als das EnEG. Sie enthält die notwendigen Konkretisierungen der gesetzlich vorgesehenen Ziele und Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz von Gebäuden und setzt damit zugleich die materiellen Anforderungen der Richtlinie über die Gesamteffizienz von Gebäuden um.

Die Zwecksetzung der EnEV korrespondiert notwendig und ausweislich ihres § 1 mit den Zielen der Richtlinie über die Gesamteffizienz von Gebäuden und des EnEG. Ihre Regelungen differenzieren zwischen neuen und bestehenden Gebäuden unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Nutzungen sowie einzelnen Anlagentypen. Einen weiteren Regelungsschwerpunkt bildet der Energieausweis. Vielfach wird in Bezug auf technische Standards auf DIN-Normen verwiesen.⁵⁰ In den Anhängen zur EnEV sind zudem konkrete Berechnungsvorgaben enthalten. Ähnlich wie etwa im Immissionsschutzrecht finden sich zudem einzelne Verweise auf die „anerkannten Regeln der Technik“,⁵¹ die zudem ansatzweise⁵² durch § 23 EnEV konkretisiert werden.

Die EnEV muss sich sowohl an den europarechtlichen wie auch den bundesgesetzlichen Vorgaben messen lassen und mit diesen übereinstimmen. Zudem muss sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen, denen jeder Rechtsakt entsprechen muss, genügen. Grundsätzlich keine Rolle für die rechtliche Bewertung kann dagegen die fachliche Angemessenheit der Vorschriften der EnEV spielen, solange sie kein unmögliches oder widersprüchliches Handeln verlangt. Diese Maßstäbe gelten sowohl für das bestehende Recht als auch für seine Weiterentwicklung.

(I). Übereinstimmung mit europarechtlichen Vorgaben

Die Richtlinie über die Gesamteffizienz von Gebäuden enthält zwar zahlreiche Anforderungen, belässt den Mitgliedstaaten jedoch jenseits der verbindlich vorgegebenen Ziele und Begrifflichkeiten sowie einzelner Detailvorgaben, etwa in Bezug auf Niedrigstenergiegebäude und den Energieausweis, erhebliche Umsetzungsspielräume. In Deutschland ist die Übernahme der Ziele im wesentlichen durch das EnEG erfolgt. Die EnEV dient dagegen deren Konkretisierung und ist damit der Regelungsort, an dem nationale Regelungsspielräume zum Tragen kommen. Der Verordnungsgeber hat von diesen in grundsätzlich europarechtlich nicht zu beanstan-

dender Weise Gebrauch gemacht.⁵³ Anknüpfend an die Vorgaben der Richtlinie gestaltet die EnEV die europarechtlichen Anforderungen näher aus und ermöglicht dadurch die Realisierung der auf europäischer Ebene festgelegten Effizienzziele und -maßnahmen für Gebäude. Dass sich das übergeordnete europarechtliche Ziel der Energieeinsparung, vgl. Erwägungsgrund 3 zur Richtlinie 2010/31/EG, aus fachlicher Sicht möglicherweise (noch) besser durch eine Anknüpfung der Regelungen am tatsächlichen Verbrauch statt an einem (rechnerischen) Bedarf verwirklicht werden könnte, zeigt Verbesserungsmöglichkeiten auf, führt aber in Anbetracht der Umsetzungsspielräume nicht zur Europarechtswidrigkeit, zumal die Richtlinie selbst mehrfach auf den Energiebedarf abstellt, vgl. Art. 2 Nr. 1 und 4, Art. 3 i.V.m. Anhang I Nr. 1, Art. 4 Abs. 2 lit. c, Art. 14 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 Richtlinie 2010/31/EG. Aus europarechtlicher Perspektive nicht unzulässig aber gleichwohl tendenziell ungünstig ist allerdings die Bezugnahme der EnEV auf DIN- anstelle von Europäischen Normen, vgl. Nr. 2 Anhang I zur Richtlinie 2010/31/EG. Diese ist jedoch insoweit nicht zu beanstanden, als ihnen infolge der Verweisung durch die EnEV Ordnungscharakter und damit die europarechtlich notwendige⁵⁴ Verbindlichkeit zukommt.⁵⁵

Fragen vor dem Hintergrund des Europarechts werfen allerdings die Vorgaben von EnEG und EnEV zur Bedeutung der Wirtschaftlichkeit auf, die als Einheit zu qualifizieren sind. Nach § 5 EnEG müssen die in der EnEV aufgestellten Anforderungen „für Gebäude gleicher Art und Nutzung wirtschaftlich vertretbar sein. Anforderungen gelten als wirtschaftlich vertretbar, wenn generell die erforderlichen Aufwendungen innerhalb der üblichen Nutzungsdauer durch die eintretenden Einsparungen erwirtschaftet werden können. Bei bestehenden Gebäuden ist die noch zu erwartende

50 Grundsätzlich kritisch zu einer solchen Rechtsetzungstechnik vor dem Hintergrund des Verfassungsrechts Roßnagel/Hentschel, in: Führ (Hrsg.), GK BImSchG, 2016, § 7 Rdnr. 136 ff.

51 Näher, wenn auch nicht mehr uneingeschränkt aktuell Flatow, NZM 2008, 785 (786 ff.); zum Energieausweis Schmidt, ZUR 2008, 463 ff.

52 Vgl. Frenz, in: Frenz/Lülsdorf (Fn. 17), § 23 EnEV Rdnr. 3 ff.

53 Dies gilt insbesondere für die vorgesehenen Ausnahmen, vgl. v. Oppen, in: Frenz/Lülsdorf (Fn. 17), § 24 EnEV Rdnr. 3 f.

54 EuGH Slg. 1991, I-2567 Rdnr. 20 f.; I-2607 Rdnr. 23 f.; I-4983 Rdnr. 14 f. – jeweils Kommission/Deutschland.

55 Siehe nur BVerwGE 147, 100 (114).

Nutzungsdauer zu berücksichtigen.“ In der Gesetzesbegründung heißt es ergänzend: „Mit dem Wort ‚generell‘ wird klargestellt, daß die Bindung des Ordnungsgebers sich nicht auf den Einzelfall, sondern auf Fallgruppen beziehen kann. Die Einsparungen betreffen im Schwerpunkt Energiekosten. Aber auch andere Folgekostensenkungen sind zu berücksichtigen; sie ergeben sich z.B. daraus, daß bei erhöhter Wärmedämmung ein kleinerer Heizkessel gewählt werden kann. Bei bestehenden Gebäuden ist die noch zu erwartende Nutzungsdauer und dabei auch ihr üblicher Verwendungszweck zu berücksichtigen.“⁵⁶ Konkretisierungen jenseits der Einzelfallbefreiungsmöglichkeit nach § 25 EnEV hierzu finden sich in der EnEV nur im Rahmen der Berechnungsmodi für das Referenzgebäude nach Anlage 1 zur EnEV. Der Bundesrat hat zu Recht die fehlende Klarheit dieser Maßstäbe bemängelt,⁵⁷ wengleich der Wirtschaftlichkeitsbegriff als eingeführter unbestimmter Rechtsbegriff zu qualifizieren, der in zahlreichen Rechtsgebieten Verwendung findet⁵⁸ und dessen Verwendung als solcher nicht zu beanstanden ist.⁵⁹ Das Europarecht ist insoweit aussagekräftiger, als Art. 4 Abs. 1 UAbs. 5 Richtlinie 2010/31/EU zwar die Mitgliedstaaten „nicht verpflichtet, Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz festzulegen, die über die geschätzte wirtschaftliche Lebensdauer nicht kosteneffizient sind“, zugleich aber Art. 2 Nr. 14 Richtlinie 2010/31/EU im Rahmen der Legaldefinition des „kostenoptimalen Niveaus“ relevante Elemente vorsieht. Danach werden „a) die niedrigsten Kosten unter Berücksichtigung der energiebezogenen Investitionskosten, der Instandhaltungs- und Betriebskosten (einschließlich der Energiekosten und -einsparungen, der betreffenden Gebäudekategorie und gegebenenfalls der Einnahmen aus der Energieerzeugung) sowie gegebenenfalls der Entsorgungskosten ermittelt werden und b) die geschätzte wirtschaftliche Lebensdauer von jedem Mitgliedstaat bestimmt Sie bezieht sich auf die geschätzte wirtschaftliche Restlebensdauer eines Gebäudes, wenn Gesamtenergieeffizianz Anforderungen für das Gebäude insgesamt festgelegt werden, oder auf die geschätzte wirtschaftliche Lebensdauer einer Gebäudekomponente, wenn Gesamtenergieeffizianz Anforderungen für Gebäudekomponenten festgelegt werden. Das kostenoptimale Niveau liegt in dem Bereich der Gesamtenergieeffizianzniveaus, in denen die über die geschätzte wirtschaftliche

Lebensdauer berechnete Kosten-Nutzen-Analyse positiv ausfällt“. Weitere einschlägige Vorgaben enthält die Delegierte Verordnung (EU) Nr. 244/2012 der Kommission vom 16.01.2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden durch die Schaffung eines Rahmens für eine Vergleichsmethode zur Berechnung kostenoptimaler Niveaus von Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden und Gebäudekomponenten.⁶⁰ Diese Verordnung erstellt gemäß ihrem Art. 1 „ein[en] Rahmen für eine Vergleichsmethode ..., der von den Mitgliedstaaten zur Berechnung kostenoptimaler Niveaus von Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von neuen und bestehenden Gebäuden und Gebäudekomponenten zu verwenden ist. Der Rahmen für die Methode gibt Regeln dafür vor, wie Energieeffizienzmaßnahmen, Maßnahmen, die die Nutzung erneuerbarer Energiequellen einschließen, sowie Bündel und Varianten dieser Maßnahmen auf der Grundlage der Primärenergieeffizienz und der für ihre Durchführung veranschlagten Kosten zu vergleichen sind. Er legt außerdem fest, wie diese Regeln auf ausgewählte Referenzgebäude anzuwenden sind, um die kostenoptimalen Niveaus von Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz zu ermitteln.“ Als Verordnung i.S.v. Art. 288 Abs. 2 AEUV gilt diese Regelung unmittelbar und ist weder umsetzungsbedürftig noch umsetzungsfähig.⁶¹ Zugleich nimmt sie am Vorrang des Europarechts teil und

56 BT-Drucks. 7/4575, S. 11 f.

57 BR-Drucks. 113/13 (B), S. 46: „Die in den §§ 10 Absatz 6, 24 Absatz 1 und 25 Absatz 1 EnEV geregelten Ausnahmen und Befreiungsmöglichkeiten stellen darauf ab, dass die Anforderungen der Energieeinsparverordnung im Einzelfall zu unwirtschaftlichen Lösungen führen. Der Normgeber stellt aber keinerlei Grundsätze oder Regeln auf, wie und insbesondere unter welchen Rahmenbedingungen diese Unwirtschaftlichkeit zu ermitteln oder nachzuweisen wäre. Dies führt beim Anwender, der im Falle der Ausnahmen die Unwirtschaftlichkeit selbst abschließend feststellen muss, aber auch bei den für die Befreiungen nach Landesrecht zuständigen Stellen zu großer Rechtsunsicherheit und ungleichmäßigem Vollzug.“

58 Siehe exemplarisch § 556 Abs. 2 BGB, § 7 BHO, § 97 Abs. 5 GWB, §§ 12, 106 SGB V.

59 Vgl. BVerfGE 115, 25 (45 ff.); BVerfG, NZS 2011, 580 (581).

60 ABl. 2012 L 81/18, geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 312/2013, ABl. 2013 L 95/8.

61 EuGH Slg. 1972, 1055 Rdnr. 12/17 – Cobelex; Slg. 1973, 981, Rdnr. 10f. – Variola; Rs. 94/77, Slg. 1978, 99, Rdnr. 22/27 – Zerbone.

ist daher auch bei der Auslegung und Anwendung der EnEV zu berücksichtigen. Wenngleich eine solche europarechtlich nicht zwingend ist, wirkt sich die fehlende Bezugnahme in der EnEV wegen der damit verbundenen Transparenzdefizite insoweit negativ aus.

Eine Weiterentwicklung der EnEV darf hinter dem status quo nicht zurückbleiben. Die europarechtlichen Vorgaben, insbesondere die Richtlinie über die Gesamteffizienz von Gebäuden, bilden einen vom deutschen Gesetz- und Ordnungsgeber zwingend zu beachtenden Rahmen. Vor diesem Hintergrund stehen spezifische Anforderungen des Europarechts, wie diejenigen an Niedrigstenergiegebäude oder Energieausweise, auf nationaler Ebene nicht zur Disposition. Gleiches gilt für die in der Richtlinie angelegte Unterscheidung zwischen neuen und bestehenden Gebäuden, die zudem verfassungsrechtlich geboten ist, und die europarechtlich vorgegebenen Anforderungen an die erfasste Gebäudetechnik, insbesondere Heizungsanlagen und Kühlsysteme, und deren Wartung. Auch die Verbindung der Betrachtung von Gebäudehülle und -technik ist europarechtlich vorgegeben. Soweit in Bezug auf diese Aspekte eine Änderung aus fachlicher Perspektive für geboten erachtet wird, muss diese auf europäischer Ebene vorgenommen werden. Klarer gefasst werden sollte das Verhältnis zwischen der EnEV und der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 244/2012.

(II). Übereinstimmung mit dem EnEG

Dass die EnEV überdies in Übereinstimmung mit ihrer Ermächtigungsgrundlage, dem EnEG, stehen muss, ist offensichtlich. Es bestehen allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass die Regelungen der EnEV den gesetzlich ausgestalteten Rahmen in materieller Hinsicht überschreiten. Dies gilt insbesondere für die Detailgenauigkeit ihrer Vorschriften. Diese ist vielmehr funktional geboten, da andernfalls die praktische Durchsetzung der Ziele des Gesetzgebers infrage gestellt wäre. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob dies auch auf anderen, möglicherweise leichter verständlichem und damit anwendungsfreundlicherem Wege geschehen könnte. Dabei handelt es sich um eine Frage der Rechtsetzungstechnik, die bei einer Überarbeitung der EnEV unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Rahmens auch durchaus anders gelöst werden könnte.

Fraglich ist aber, ob die EnEV § 5 Abs. 3 EnEG⁶² hinreichend Rechnung trägt. Danach kann in den

Rechtsverordnungen und damit in der EnEV „wegen technischer Anforderungen auf Bekanntmachungen sachverständiger Stellen unter Angabe der Fundstelle verwiesen werden.“ Letzteres geschieht in der EnEV allerdings nicht. Vielmehr werden DIN-Normen nur ohne Angabe der jeweiligen Fundstelle benannt. Allerdings findet sich zur erstmaligen Inbezugnahme einer DIN-Norm in Art. 5 EnEV der amtliche, normativen Vorbildern⁶³ entsprechende Hinweis: „Alle zitierten DIN-Vornormen und Normen sind im Beuth-Verlag GmbH, Berlin, veröffentlicht und beim Deutschen Patent- und Markenamt in München archivmäßig gesichert niedergelegt.“ Wenngleich damit keine uneingeschränkte Publizität geschaffen wird, genügt dies, um den Anforderungen des § 5 Abs. 3 EnEV zu entsprechen, da dadurch die gewollte Auffindbarkeit der Normen sichergestellt ist.⁶⁴ Die zusätzliche Angabe des Datums der Bekanntmachung ist anders als in § 7 Abs. 5 BImSchG gesetzlich nicht vorgesehen und auch nicht sachlich zwingend notwendig.⁶⁵ Der Wortlaut steht einem solchen Verständnis nicht entgegen. Dies gilt aber weniger deshalb, weil es sich insgesamt um eine Kann-Vorschrift handelt. Vielmehr kommt dem Begriff der Fundstelle bei nicht amtlichen Veröffentlichungen, insbesondere wenn diese als eigenständige Werke erscheinen, kein eindeutiger Sinngehalt zu. Die in der EnEV (wie auch in anderen Rechtsverordnungen) enthaltene jeweilige Bezugnahme auf die (Jahres-) Ausgabe der DIN-Normen genügt jedenfalls.⁶⁶

(III). Verfassungskonformität

Ungeachtet der Verfassungskonformität ihrer Rechtsgrundlage muss schließlich auch die EnEV selbst verfassungsrechtlichen Anforderungen ent-

62 Eine wortlautidentische Parallelregelung findet sich in § 68 Abs. 4 BBergG.

63 Parallelregelungen finden sich etwa in § 7 Verordnung über das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA-Verordnung – DPMAV), § 23 Erste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen – 1. BImSchV), § 49 Abs. 1 Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr (Fahrzeug-Zulassungsverordnung – FZV), § 73 Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO).

64 Vgl. auch generell für DIN-Normen Breuer, AöR 1976, 46 (62); Brugger, VerwArch 1987, 1 (14).

65 A.A. tendenziell Möller (Fn. 26), § 5 Rdnr. 4.

66 Die stellt zugleich sicher, dass es sich um eine statische Verweisung handelt, da dynamische Verweisungen auf außerstaatliche Regelungen verfassungsrechtlich ausgeschlossen sind, vgl. BVerfGE 64, 208 (214f.); BVerfG NJW 1984, 1225.

sprechen. Von Bedeutung sind insoweit vor allem die im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Vorgaben für die Verordnungsgebung und wiederum die Grundrechte. Den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG, soweit sie sich auf Rechtsverordnungen und nicht auf deren Ermächtigungsgrundlage beziehen, ist ebenfalls die Rechnung zu tragen. Da diese jedoch vor allem formaler Natur sind,⁶⁷ werfen sie in Bezug auf die geltende Fassung der EnEV keine Probleme auf; auch ist nicht zu erwarten, dass der Verordnungsgeber bei einer Novellierung der EnEV Schwierigkeiten bei der Erfüllung der diesbezüglichen Vorgaben des Verfassungsrechts haben wird.

(1). Rechtsstaatliche Anforderungen

Das Rechtsstaatsprinzip stellt grundlegende Anforderungen an jede Rechtsetzung und damit auch für die Verordnungsgebung auf. Im Kern zielt es auf die Verhinderung von Willkür ab.⁶⁸ Im vorliegenden Kontext sind vor allem die Teilgewährleistungen des Bestimmtheitsgebots, der Widerspruchsfreiheit und der Publizität von Bedeutung.

(a) Bestimmtheit

Das Bestimmtheitsgebot fordert eine inhaltliche Verständlichkeit rechtlicher Anforderungen aus sich selbst heraus.⁶⁹ Es soll Rechtsanwendern, vor allem den jeweiligen Adressaten, ermöglichen, den jeweiligen Regelungsgehalt zu erkennen und ihr Verhalten daran auszurichten.⁷⁰ Dies erfordert vor allem eine eindeutige Festlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einzelner Normen.⁷¹ Der Rechtsanwender muss in die Lage versetzt werden, zu erkennen, ob und unter welchen Voraussetzungen er einer Rechtsnorm unterfällt und welches die Konsequenzen ihrer Anwendung sind. Jenseits von Normen, die potentiell besonders intensive Eingriffswirkungen für den Einzelnen zeitigen, wie etwa diejenigen des materiellen Strafrechts, vgl. auch Art. 103 Abs. 2 GG, und die daher besonders strengen Anforderungen unterliegen,⁷² fordert das Bestimmtheitsgebot allerdings nicht die Erreichung eines Bestimmtheitsmaximums.⁷³ Grundsätzlich genügt die Bestimmbarkeit des Regelungsinhalts von Normen im Wege der Auslegung.⁷⁴ Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe und die Einräumung von Ermessens- oder sonstigen Abwägungsspielräumen werden daher allgemein nicht als Überschreitungen des Bestimmtheitsgebots angesehen.⁷⁵ Auch Verweisungen sind grundsätzlich unproblema-

tisch.⁷⁶ Die EnEV wirft vor diesem Hintergrund verschiedene Fragen auf.

(aa) Verständlichkeit

Kaum ein technischer Laie, wie etwa der private Eigentümer eines Wohngebäudes, dürfte in der Lage sein, die normativen Anforderungen der EnEV uneingeschränkt zutreffend zu erfassen und umzusetzen. Selbst für Architekten stellt ihre richtige Anwendung zumindest eine Herausforderung dar. Wenngleich sich die EnEV in der Praxis keineswegs als mangels Verständnis unanwendbar erwiesen hat, ist zu beobachten, dass ihre Anwendung zunehmend auf technische Experten ausgelagert wird. Für die Übereinstimmung der EnEV mit dem Bestimmtheitsgebot kommt es maßgeblich darauf an, auf welchen Verständnishorizont abzustellen ist.

Ausgangspunkt hierfür ist § 26 EnEV, der explizit die Adressaten der Verordnung benennt. Nach dessen Abs. 1 ist „für die Einhaltung der Vorschriften dieser Verordnung ... der Bauherr verantwortlich, soweit in dieser Verordnung nicht ausdrücklich ein anderer Verantwortlicher bezeichnet ist.“ Darüber hinaus sind nach Abs. 2 „im Rahmen ihres jeweiligen Wirkungskreises auch die Personen verantwortlich, die im Auftrag des Bauherrn bei der Errichtung

67 Siehe nur Remmert, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 80 Rdnr. 121 ff.

68 Hofmann, Die Bindung staatlicher Macht, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, 1996, S. 3; vgl. auch (kritisch) Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 302 ff.

69 Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rdnr. 126; Gassner, ZG 11 (1996), S. 37 (38); zur Verständlichkeit siehe auch Korinek, in: FS Isensee, 2007, S. 277 (insb. 278 f.).

70 v. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 219 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 129; Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 20 Rdnr. VII-58.

71 Näher v. Arnauld, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts, 2006, S. 245 ff.

72 Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 20 Rdnr. VII-65; zur Gradualisierung von Bestimmtheitsanforderungen Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rdnr. 60.

73 Kunig (Fn. 49), S. 401; Schulze-Fielitz (Fn. 51), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 130.

74 Vgl. Sommermann in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Begr./Hrsg.), GG II, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rdnr. 289.

75 Zum Ganzen Schulze-Fielitz (Fn. 51), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 133 ff.

76 Ausführlich insbesondere zu den Grenzen Debus, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 133 ff.

oder Änderung von Gebäuden oder der Anlagentechnik in Gebäuden tätig werden.“ Mithin richtet sich die EnEV an drei Adressatengruppen: (1) in Normen der EnEV explizit sachspezifisch als verantwortlich Bezeichnete, (2) im Auftrag des Bauherrn Tätige und (3) der Bauherr, bezüglich dessen eine „Regelverantwortlichkeit“⁷⁷ besteht. Dies ist bei der Bewertung der EnEV zu berücksichtigen.

Soweit sich die Regelungen der EnEV unmittelbar oder aufgrund Auftragserteilung an technische Fachleute richtet,⁷⁸ ist auf eine Verständlichkeit für diese abzustellen, nicht aber für Personen, die nicht zu dieser Gruppe gehören und denen es daher an den notwendigen Fach- und Vorkenntnissen fehlt. Für den Bereich des Technikrechts, dem auch die EnEV zuzurechnen ist, ist anerkannt, dass das Bestimmtheitsgebot eine Verständlichkeit der Normen aus sich selbst heraus für technische Laien gerade nicht erfordert.⁷⁹ Auch insoweit sind zudem in Anbetracht der fortgeschrittenen Spezialisierung im Bauwesen Differenzierungen möglich und angebracht. So ist keineswegs nötig, dass jeder Architekt oder Bauingenieur gleichsam auf den ersten Blick den Regelungsinhalt zutreffend erfasst. Es genügt, wenn er aufgrund seiner Ausbildung in der Lage ist, sich diesen zu erschließen. Dies scheint⁸⁰ – ungeachtet der bei der Auslegung von Rechtsnormen stets gegebenen Unsicherheiten – bei der EnEV einschließlich der durch Verweisung in Bezug genommenen DIN-Normen der Fall zu sein. Jedenfalls legen die Existenz einer nicht geringen Zahl von Spezialisten sowie von Fortbildungsangeboten für Architekten und Ingenieure nahe, dass eine Verständlichkeit der EnEV (ein entsprechendes Bemühen vorausgesetzt) in den betroffenen Fachkreisen durchaus erreichbar ist, so dass sich die EnEV insoweit als hinreichend bestimmt darstellt.

Weniger eindeutig stellt sich die Vereinbarkeit der EnEV mit dem Bestimmtheitsgebot im Hinblick auf den Bauherrn dar, der typischerweise über keinen spezifisch technischen Sachverstand verfügt und auch nicht verfügen muss. Im Hinblick darauf sind die Regelungen der EnEV differenziert zu bewerten: Diejenigen Regelungen, für deren Verständnis und Anwendung es keines technischen Sachverstandes bedarf, sind unkritisch. Dies betrifft etwa das Verbot der Nutzung bestimmter alter Heizungsanlagen nach § 10 Abs. 1 EnEV, dessen Inhalt sich unmittelbar aus der Normlektüre erschließt. De facto unverständlich für den Bauherrn sind dagegen im Regelfall die

zahlreichen Normen der EnEV, deren Gegenstand technische Anforderungen sind. Insoweit erscheint eine Übereinstimmung mit dem Bestimmtheitsgebot zweifelhaft. Allerdings erscheint ebenso zweifelhaft, ob sich die technischen Regelungen der EnEV in weitem Umfang überhaupt „laiengerecht“ formulieren lassen. Als gegenständliches Fachrecht ist die EnEV insoweit unausweichlich auch (jedemfalls in nicht unerheblichem Umfang) „Fachleuterecht“. Wie § 26 Abs. 2 EnEV verdeutlicht, nimmt auch der Verordnungsgeber realitätsnah an, dass Personen, welche ein Vorhaben durchführen, das den Vorgaben der EnEV unterfällt und daher aufgrund ihrer Bauherreneigenschaft als Verpflichtete erfasst werden, ohnehin zumeist die Hilfe technischer Spezialisten in Anspruch nehmen. Insoweit liegt nahe, trotz § 26 Abs. 1 EnEV deren Verständnishorizont als grundsätzlichen Maßstab für die Bestimmtheit der EnEV heranzuziehen, wie dies unbeanstandet auch in anderen Rechtsmaterien geschieht. So wendet sich etwa das sachlich nahe stehende und ausweislich der Begründung der Norm als Vorbild dienende⁸¹ Bau(ordnungs)recht ebenfalls an den Bauherrn, ohne dass die Formulierung seiner Anforderungen sich umfänglich an dessen Verständnis orientieren würde (und könnte).⁸² Entsprechendes gilt für das Immissionsschutzrecht.⁸³

77 v. Oppen, in: Frenz/Lülsdorf (Fn. 17), § 26 EnEV Rdnr. 2.

78 Deren Einbeziehung dient ausweislich der Begründung, BR-Drucks. 569/08, S. 98, der besseren Durchsetzbarkeit der EnEV.

79 Vgl. grundlegend BVerfGE 49, 89 (134 ff.).

80 Zu den Grenzen am Beispiel des Gefahrstoffrechts Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umweltrecht, 1990, Rdnr. 164.

81 BR-Drucks. 282/07, S. 142.

82 Schmitz, Deregulierung und Privatisierung: Theoretische Steuerungskonzepte oder politische Schlagwörter? Eine Untersuchung am Beispiel des Bauordnungsrechts, 2002, S. 72 ff.

83 Siehe in Bezug auf Schallmessungen von Sportbooten BVerwGE 147, 100 (109): „Danach ist hier von Bedeutung, dass es sich bei Sportbooten um ein technisches Gerät handelt, dessen Inverkehrbringen und Betrieb – wie das auch sonst bei technischen Geräten und technischen Anlagen kleineren oder größeren Umfangs der Fall ist – in aller Regel die Einhaltung bestimmter technischer Vorgaben und Standards voraussetzt. Welche technischen Standards gelten, welchen Regelwerken staatlichen oder nichtstaatlichen Ursprungs sie zu entnehmen sind und ob die jeweiligen Vorgaben dann im konkreten Fall auch eingehalten werden, kann zumeist nur durch die Hinzuziehung von Sachverständigen beurteilt werden. Da diese in aller Regel nicht unentgeltlich tätig werden und auch nichtstaatliche Regelwerke regelmäßig kostenpflichtig sind, muss der Betreiber solcher Geräte und Anlagen entsprechende Kosten einkalkulieren; sie stellen sich als notwendige Folgekosten der Anschaffung und Nutzung eines solchen technischen Geräts dar.“

Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls nicht von einer generellen unzureichenden Bestimmtheit der EnEV auszugehen, deren rechtliche Komplexität mit der technischen Komplexität der betroffenen Vorgänge korrespondiert. Ungeachtet dessen sollte sich der Ordnungsgeber bei einer Weiterentwicklung der EnEV bemühen, deren Verständlichkeit zu verbessern. Dies würde nicht nur ihre Akzeptanz steigern, sondern auch zu einer besseren Realisierung ihre Regelungsinhalte beitragen.

(bb) Insbesondere: Ordnungswidrigkeiten

Besonders in den Blick zu nehmen sind schließlich die Vorschriften der EnEV über Ordnungswidrigkeiten. Insoweit stellt das Bestimmtheitsgebot strengere Maßstäbe auf, zumal Art. 103 Abs. 2 GG auch hierfür gilt.⁸⁴ In Anbetracht der drohenden Sanktionierung muss dem Rechtsanwender unmissverständlich vor Augen geführt werden, welches Verhalten ihm untersagt ist. Dem wird § 27 EnEV nur teilweise gerecht. Zwar ist nicht zu beanstanden, dass die Vorschrift Ordnungswidrigkeitstatbestände unter Verweis auf andere Normen der EnEV definiert. Vielmehr handelt es sich dabei um eine gängige Rechtsetzungstechnik im Ordnungswidrigkeitenrecht. Voraussetzung ist jedoch, dass die in Bezug genommenen Tatbestände ihrerseits hinreichend bestimmt sind. Dabei ist der strengere Bestimmtheitsmaßstab für Normen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts für das normative Gesamtkonstrukt, mithin die ordnungswidrigkeitsbegründende und die in Bezug genommene Regelung, in den Blick zu nehmen. Es ist für das gebotene Maß der Bestimmtheit unerheblich, ob sich der Ordnungswidrigkeitstatbestand aus einer einzigen Norm oder eine Verweisung ergibt. Gemessen daran sind Vorschriften wie § 27 Abs. 1 Nr. 4 EnEG, wonach ordnungswidrig handelt, „wer vorsätzlich oder leichtfertig ... entgegen § 10 Absatz 1 Satz 1, 2 oder Satz 3 einen Heizkessel betreibt“, unproblematisch, da sich aus der in Bezug genommenen Vorschrift eindeutig ergibt, welche Heizkessel betroffen sind, so dass das sanktionierte Verhalten – sogar für den technischen Laien – zweifelsfrei erkennbar ist. Bei den subjektiven Begehungsvoraussetzungen (Vorsatz und Leichtfertigkeit) handelt es sich um eingeführte, vielfach verwendete und daher in ihrer Bedeutung zweifelsfreie Begrifflichkeiten, die die Sanktionierung bloß fahrlässiger Verstöße ausschließen.⁸⁵ Weniger deutlich ist die Übereinstimmung von Ordnungswidrigkeitenvorschriften wie § 27 Abs. 1 Nr. 1 EnEV mit den Anforderungen des

Bestimmtheitsgrundsatzes. Nach dieser Bestimmung handelt ordnungswidrig, „wer vorsätzlich oder leichtfertig ... entgegen § 3 Absatz 1 ein Wohngebäude nicht richtig errichtet“. Die Bezug genommene Vorschrift lautet: „Zu errichtende Wohngebäude sind so auszuführen, dass der Jahres-Primärenergiebedarf für Heizung, Warmwasserbereitung, Lüftung und Kühlung den Wert des Jahres-Primärenergiebedarfs eines Referenzgebäudes gleicher Geometrie, Gebäudenutzfläche und Ausrichtung mit der in Anlage 1 Tabelle 1 angegebenen technischen Referenzausführung nicht überschreitet.“ Aus den in der Tabelle enthaltenen Formeln wiederum ergeben sich für jeden Einzelfall die maßgeblichen Werte.⁸⁶ Unabhängig davon, ob diese Formeln und sich der daraus ergebende U-Wert aus fachlicher Perspektive angemessen sind, ermöglichen sie eine eindeutige Interpretation des für sich betrachtet unbestimmten Rechtsbegriffs der „nicht richtigen“ Errichtung eines Wohngebäudes.⁸⁷ Dies genügt, um dem Rechtsanwender eine Einschätzung dahingehend zu ermöglichen, ob das von ihm errichtete Bauwerk den normativen Anforderungen entspricht oder eine Sanktionierung seines Verhaltens droht. Fehlerhafte Berechnungen gehen dabei grundsätzlich nicht zu seinen Lasten, da die Einschränkung des Ordnungswidrigkeitstatbestands auf vorsätzliches und leichtfertiges Verhalten einer Sanktionierung in derartigen Fällen regelmäßig entgegenstehen. Damit genügen auch § 27 Abs. 1 Nr. 1 EnEV und vergleichbar konstruierte Sanktionsnormen letztlich den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. Einschränkungen sind jedoch insoweit vorzunehmen, als Verweisungen zu DIN-Normen führen, die nicht allgemein zugänglich sind; Verstöße gegen diese dürfen keine Bebußung auf Grundlage von § 27 EnEV nach sich ziehen,⁸⁸ jedenfalls sofern der Verpflichtete nicht von Berufs wegen Kenntnis von diesen Normen haben muss. Dem Bestimmtheitsgebot entsprechen aber ungeachtet der Anwendungsprobleme in der Praxis⁸⁹ auch im Hinblick auf Vorschriften wie § 27 Abs. 3 Nr. 2 EnEV, wonach ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leicht-

84 Siehe nur BVerfGE 38, 348 (371); 71, 108 (114); Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 103 Abs. 2 Rdnr. 195.

85 Näher Frenz/Lülsdorf, in: Frenz/Lülsdorf (Fn. 17), § 27 Rdnr. 6 ff.

86 Vgl. auch BR-Drucks. 569/08, S. 78 f., 103.

87 Zum Begriff des Wohngebäudes in der EnEV ausführlich Frenz/Lülsdorf, DS 2014, 306 ff.

88 Frenz, in: Frenz/Lülsdorf (Fn. 17), § 27 EnEV Rdnr. 9.

89 Näher Nusser, ZUR 2014, 67 (71).

fertig die in § 26a Abs. 1 EnEV vorgesehene Unternehmerklärung gegenüber dem Eigentümer nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig vornimmt. Die mindestens erforderliche Leichtfertigkeit steht dabei einer Sanktionierung bei Irrtümern des Bauunternehmers über die Eigentumsverhältnisse entgegen.

(b) Widerspruchsfreiheit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt des Weiteren das Gebot der Widerspruchsfreiheit der normativen Anforderungen.⁹⁰ Dies gilt sowohl hinsichtlich einzelner Normkomplexe als auch für ihr Zusammenspiel mit Normen anderer Sachbereiche und Normgeber. Die EnEV darf mithin weder intern noch im Verhältnis zu anderen Gesetzen und Verordnungen Widersprüche aufweisen. Erfasst werden insoweit allerdings nur echte Widersprüche. Diese sind von (scheinbaren) Wertungswidersprüchen zu unterscheiden, die in gewissem Umfang als Ausdruck demokratischer Rechtsetzung hinnehmbar und teils auch unvermeidlich sind (z.B. Stichtage, Vergleichbarkeit von Situationen). Anders als echte Normwidersprüche, die an ein und denselben Tatbestand unterschiedliche, sich gegenseitig ausschließende Rechtsfolgen knüpfen, verstoßen bloße Wertungswidersprüche nicht gegen das rechtsstaatliche Gebot der Widerspruchsfreiheit und stellen daher die Wirksamkeit der betroffenen Normen nicht infrage.

Die EnEV trägt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen hinreichend Rechnung. Zwischen den einzelnen Vorschriften der Rechtsverordnung sind keine echten Widersprüche erkennbar. Gleiches gilt im Verhältnis zu Normen, die einen sachlichen Zusammenhang mit der EnEV aufweisen, wie etwa das EEWärmeG⁹¹ oder die Landesbauordnungen. In Bezug auf Letztere ist zudem darauf hinzuweisen, dass die EnEV wegen des Vorrangs des Bundes vor dem Landesrecht gem. Art. 31 GG vorgehen und ein etwaiger Normwiderspruch somit mittels der verfassungsrechtlich vorgesehenen Kollisionsregel⁹² aufgelöst würde. Dies ist insbesondere für die Weiterentwicklung der EnEV von Bedeutung, die daher unabhängig von etwaig entgegenstehenden landesrechtlichen Vorgaben erfolgen kann.

(c) Publizität

Spezifische Fragen stellen sich schließlich in Bezug auf die gebotene Publizität. Dabei ist die EnEV als solche insoweit unproblematisch, als an der Beachtung der verfassungsrechtlichen Verkündungsvor-

aussetzungen nach Art. 82 Abs. 1 GG kein Zweifel besteht. Weniger deutlich ist dagegen, ob auch die vielfach in Bezug genommenen DIN-Normen den Publizitätsanforderungen genügen. Zwar greift insoweit Art. 82 Abs. 1 GG nicht ein. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt aber, dass dem Rechtsanwender jede Vorschrift zugänglich sein muss, an der er sein Verhalten auszurichten hat.⁹³ Der Verordnungsgeber versucht dem durch einen amtlichen Hinweis auf den DIN-Normen veröffentlichen Verlag und deren Zugänglichkeit in amtlichen Archiven zu genügen. Für den Rechtsanwender bedeutet dies, dass er die Vorgaben entweder käuflich erwerben oder kostenfrei an den bundesweit eingerichteten DIN-Norm-Ausgestellen einsehen kann. Letzteres ist im Falle der EnEV in Anbetracht der Vielzahl der durch Verweisung in Bezug genommenen DIN-Normen und deren Komplexität gänzlich unpraktikabel. Ein Erwerb der Regelwerke wiederum überfordert mit knapp 8000 € jährlich jedenfalls private Bauherren finanziell, so dass die Zugänglichkeit der maßgeblichen Bestimmungen de facto eingeschränkt ist. Allerdings haben Fachleute auf einen wesentlichen Teil der Normen (wenn auch nicht auf alle) regelmäßig bereits über das Normenportal des Beuth-Verlags Zugriff, wofür jährlich nur ca. 200 € anfallen. In der Planungspraxis sind die Normen zudem Bestandteil der verwendeten Rechenprogramme, so dass die Belastung für professionelle Adressaten kaum ins Gewicht fällt.

Für Bebauungspläne, die auf DIN-Normen verweisen, hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass diese mangels Publizität unwirksam sind, wenn es an einer freien Zugänglichkeit fehlt, die auch schon durch eine Vorhaltung zu Einsichtnahme bei der Gemeinde hergestellt werden kann.⁹⁴ Allerdings wendet das Gericht diesen recht strengen

90 Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit: Systembildung und Binnendifferenzierungen im öffentlichen Recht*, 2004, S. 38 f.; vgl. auch mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung März, *Bundesrecht bricht Landesrecht. Eine staatsrechtliche Untersuchung zu Art. 31 des Grundgesetzes*, 1989, S. 101 f.

91 Zu dessen Verhältnis zur EnEV Frenz/Lülsdorf, in: Frenz/Lülsdorf (Fn. 17), Einleitung Rdnr. 33 ff.

92 Siehe nur BVerfGE 26, 116 (135); 98, 145 (159); Koriath, in: Maunz/Dürig (Fn. 6), Art. 31 Rdnr. 1, 8 ff.

93 BVerfGE 22, 330 (346 f.); 44, 322 (350); siehe auch Bartis/Gusy (Fn. 23), Rdnr. 415 ff.; Denninger (Fn. 61), Rdnr. 165 ff.; v. Lewinski, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 5), Art. 82 Rdnr. 211.

94 BVerwG, NVwZ 2010, 1567.

Maßstab, dessen Heranziehung es mit der Adressatenschaft der Allgemeinheit begründet,⁹⁵ nicht auf andere Bereiche an. In immissionsschutzrechtlichen Kontext hat es zuletzt ausgeführt: „Es richtet sich ... nach dem jeweils einschlägigen Recht, welche Anforderungen an die Verkündung zu stellen sind. Ob die Möglichkeit, sich vom Norminhalt zuverlässig Kenntnis zu verschaffen, durch die Art und Weise der Veröffentlichung unmittelbar erschwert wird, hängt von den jeweiligen Umständen ab, die sich einer Verallgemeinerung über den konkreten Fall hinaus entziehen ... Jedenfalls bei technischen Regelwerken ... ist bereits eine solche Einsichtnahmemöglichkeit ausreichend, damit das aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Publizitätserfordernis erfüllt ist“. Die alternative Möglichkeit des käuflichen Erwerbs⁹⁶ „bedeutet nicht per se eine unzumutbare Erschwernis des Zugangs. ... Ob das Entgelt für den Zugang zu einem von nichtstaatlichen Normungsgremium erarbeiteten und unter Urheberrechtsschutz stehenden technischen Regelwerk die Kenntnisnahme unzumutbar erschwert, kann nicht allgemein, sondern nur nach den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalles beantwortet werden. Bei dieser Bewertung sind das urheberrechtlich geschützte Interesse des privaten Normgebers am Schutz seines geistigen Eigentums einerseits mit dem Interesse der von einer solchen Regelung Betroffenen an einem Zugang zu dem Regelwerk zu angemessenen Bedingungen andererseits zum Ausgleich zu bringen. Bei dieser Würdigung ist – soweit es um die Erfüllung des Publizitätserfordernisses geht – auf den konkreten Adressatenkreis der Regelung abzustellen, also auf den Kreis der hiervon typischerweise Betroffenen“. ⁹⁷ Dies verweist auf das bereits im Rahmen der Bestimmtheit thematisierte Problem des Adressatenkreises der EnEV zurück. In Anbetracht der Vielzahl der durch die EnEV in Bezug genommenen DIN-Normen und die damit im Erwerbsfall verbundenen hohen Kosten bei gleichzeitigem Ungenügen einer bloßen Einsichtnahme spricht jedoch selbst bei einer Qualifikation der EnEV als faktisches „Fachleuterecht“ einiges dafür, dass dem Publizitätsgebot nicht hinreichend Rechnung getragen wird,⁹⁸ jedenfalls solange und soweit der Bauherr zum Kreis der Verpflichteten zählt.

(d) Sonstige rechtsstaatliche Anforderungen

Über die zentralen Gebote der Bestimmtheit, Widerspruchsfreiheit und Publizität hinaus haben Rechtsprechung und Rechtswissenschaft aus dem

Rechtsstaatsprinzip weitere Anforderungen entwickelt, die auf eine „gute Gesetzgebung“⁹⁹ abzielen. Zu nennen sind diesbezüglich die Gebote der Normenklarheit,¹⁰⁰ der Normenwahrheit¹⁰¹ und der Praktikabilität¹⁰². Ungeachtet der grundsätzlichen, wenn auch nicht unbestrittenen Anerkennung ihrer normativen Qualität kommt diesen Grundsätzen vor allem eine Appellfunktion zu.

Normenklarheit betrifft im Wesentlichen die äußere Fassung von Normen.¹⁰³ Diese darf nicht geeignet sein, dem Rechtsanwender die normativen Anforderungen zu verschleiern. Dementsprechend müssen sachlich zusammengehörige Regelungen auch formal in einem erkennbaren Zusammenhang stehen.¹⁰⁴ Dies in Falle von EnEG und EnEV der Fall.

Das Gebot der Normenwahrheit verbietet dem Gesetzgeber die „normative Lüge“. Normen sind danach so zu fassen, dass ihr tatsächlicher Regelungsgehalt erkennbar aus ihnen hervortritt. Dies soll sowohl für einzelne Vorschriften wie auch für die Bezeichnung von Gesetzen gelten. Für die EnEV ist diesbezüglich anzumerken, dass ihre Bezeichnung, ihre Ziele und die in ihr normierten Anforderungen eine Einheit bilden und nicht geeignet sind, den Rechtsanwender insoweit die Irre zu führen.

95 BVerwG, BauR 2014, 503; ZfBR 2015, 60 (61).

96 Zur grundsätzlichen Verfassungskonformität vgl. BVerfG, NJW 1999, 414.

97 BVerwGE 147, 100 (107 f.).

98 Vgl. auch Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 7 Rdnr. 37.

99 Zu „guter“ und „besserer Gesetzgebung“ Ennuschat, DVBl. 2004, 986 ff.; Schulze-Fielitz, JZ 2004, 862 ff.; Schneider, ZG 19 (2004), 105 ff.; ausführlich Blum, Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle. Gutachten I zum 65. Deutschen Juristentag, 2004; Schuppert, Gute Gesetzgebung, Beiheft zu ZG 18 (2003).

100 Vgl. BVerfGE 108, 52 (75); 110, 33 (52); 112, 304 (315); 113, 348 (375 ff.); 114, 1 (53); 114, 73 (92 ff.); Schulze-Fielitz (Fn. 51), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 141; siehe auch Lücke, ZG 16 (2001), S. 1 (7 ff.).

101 Vgl. BVerfGE 107, 218 (256); 108, 1 (20); 114, 196 (236 f.); 114, 303 (312); Schulze-Fielitz (Fn. 51), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 141 m.w.N.; Driën, ZG 24 (2009), S. 60 ff.

102 Schulze-Fielitz (Fn. 51), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 141 m.w.N.

103 Sachs (Fn. 50), Art. 20 Rdnr. 123; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2006, Kap. 4 Rdnr. 27; vgl. auch v. Arnould (Fn. 52), S. 236.

104 Rechtsaktbezogen Lücke, ZG 16 (2001), S. 1 (12 f.).

Nach dem Praktikabilitätsgebot, dem allerdings nur eine geringe normative Durchschlagskraft zukommt, sollen Normen so gefasst sein, dass ihre sinnvolle Anwendung möglich ist.¹⁰⁵ Diesbezüglich weist die EnEV zweifelsfrei Verbesserungspotentiale auf, die bei einer Novellierung genutzt werden sollten. Auch ihre geltende Fassung steht einer dem Willen des Verordnungsgebers entsprechenden Anwendungen der Praxis jedoch nicht entgegen, wenngleich an der Komplexität der Regelungen nachvollziehbar Kritik geäußert wird und aus fachlicher Sicht punktuell andere Vorgaben für sinnvoller erachtet werden, etwa hinsichtlich der Maßgeblichkeit theoretischer Bedarfswerte anstelle der tatsächlichen Heizkosten. Auch weisen die zu Berechnungen heranzuziehenden DIN-Normen erhebliche Ungenauigkeiten auf,¹⁰⁶ die die Eindeutigkeit der Ergebnisse in Frage zu stellen geeignet sind. Insoweit ist der Verordnungsgeber aufgefordert, bei einer Novellierung der EnEV die vorliegenden praktischen Erfahrungen mit dem bestehenden Rechtsrahmen innerhalb der durch das höherrangige Recht eröffneten Regelungsspielräume zu berücksichtigen.

(2). Grundrechtliche Aspekte

Ebenso wie das EnEG muss auch die darauf gestützte EnEV schließlich grundrechtlichen Anforderungen entsprechen. In Anbetracht der Grundrechtskonformität der Ermächtigungsgrundlage steht insoweit vor allem die Verhältnismäßigkeit der Vorschriften der EnEV im Fokus. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt den Ausgestaltungsspielraum des Verordnungsgebers stellt einen Ausgleich zwischen den Regelungszielen sowie den wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten her.

Indem die EnEV zwischen neuen und bestehenden Gebäuden und ihrer jeweiligen Technik differenziert, trägt sie dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im Ansatz zutreffend Rechnung.¹⁰⁷ Nicht nur bleiben die Anforderungen an bestehende Gebäude hinter diejenigen an zu errichtende Gebäude zurück; auch sieht die EnEV für Erstere spezifische Ausnahmen und Befreiungsmöglichkeiten vor, die in den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls Rechnung tragen. Anknüpfend an § 5 Abs. 1 Satz 1 EnEG wird die wirtschaftliche Zumutbarkeit als Grenze für an sich verpflichtende Maßnahmen der energetischen Sanierung bestimmt, vgl. § 10 Abs. 5 EnEV. Zur Verhältnismäßigkeit tragen darüber hinaus die §§ 24 f. EnEV vorgesehenen

Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten bei,¹⁰⁸ die tatbestandlich überaus weit gefasst sind und auch auf Rechtsfolgenseite eine erhebliche Flexibilität aufweisen. Diese Regelungstechnik¹⁰⁹ hat zur Folge, dass den zuständigen Behörden erhebliche Entscheidungsspielräume verbleiben und ihnen die Herstellung der Verhältnismäßigkeit einzelfallbezogen im Rahmen der Rechtsanwendung obliegt. Soweit es bezüglich § 25 EnEV an einer einheitlichen Handhabung fehlt,¹¹⁰ ist dies im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls insoweit unproblematisch, als es sich um Behörden unterschiedlicher Länder handelt, keine „erhebliche[n] Verschiedenheiten“¹¹¹ gegeben sind und Abweichungen nicht Ausdruck unterschiedlicher politischer Ziele ist.¹¹²

Wenngleich aufgrund dieser normativen Ausgestaltung eine Unverhältnismäßigkeit von Maßnahmen in Bezug auf den Gebäudebestand im Einzelfall jedenfalls bei einer zutreffenden Rechtsanwendung durch die zuständigen Behörden de facto ausgeschlossen ist, ist bei der Anwendung zweier Regelungen der EnEV aus grundrechtlicher Perspektive besondere Sensibilität geboten. Dies betrifft zum einen den in § 10 Abs. 1 EnEV vorgesehenen zwingenden Austausch bestimmter Heizungsanlagen, die älter als 30 Jahre sind, welche die betroffenen Eigentumspositionen erheblich entwertet.¹¹³ Zum

105 BVerfGE 25, 216 (226 f.); 78, 205 (212 f.).

106 Die DIN V 18599 wurde daher von der KfW vorübergehend nicht für die Berechnung der energetischen Niveaus von KfW-Effizienzhäusern anerkannt (<http://www.diearchitekten.org/?id=news&newsidx=2721>, https://www.kfw.de/KfW-Konzern/Newsroom/Aktuelles/News/News-Details_10875.html).

107 Siehe auch näher Böhm/Schwarz, NVwZ 2012, 129 (130 ff.).

108 Vgl. BR-Drucks. 569/08, S. 97.

109 Kritisch dazu Nusser, ZUR 2014, 67 (72).

110 Halstenberg/Nusser, EnWZ 2013, 343 (350).

111 BVerfGE 11, 6 (18).

112 Vgl. Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Aufl. 2015, Art. 3 Rdnr. 49; auch die Bundestreue ist in einem solchen Fall nicht verletzt, BVerfGE 76, 1 (76 f.).

113 Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in diesem Kontext hervorhebend Lülsdorf, in: Frenz/Lülsdorf (Fn. 17), § 10 Rdnr. 16 ff.; das Bemühen um seine Beachtung tritt in der Begründung zu § 4 Abs. 3 Nr. 3 EnEG, BT-Drucks. 16/10290, S. 8 f., deutlich zu Tage. Ausweislich der Begründung von § 10 Abs. 1 EnEV, BR-Drucks. 113/13 (B), S. 7 f., dürfte diese Norm jedenfalls nicht zu wirtschaftlichen Verlusten führen: „Die Erneuerung eines Heizsystems ist nach 30-jähriger Nutzungsdauer als generell wirtschaftlich anzusehen. ... [Es] amortisieren sich die Vollkosten innerhalb des Betrachtungszeitraums ab einem Zinssatz von 2,5 Prozent und innerhalb des Betrachtungszeitraums von 25 Jahren.“

anderen bringen die aus § 9 Abs. 1 i.V.m. Anlage 3 EnEV folgenden Verpflichtungen zur Durchführung energieeinsparender baulicher Maßnahmen anlässlich von Sanierungen und Renovierungen älterer Gebäude für den Bauherrn erhebliche Mehrkosten mit sich. Können diese nicht getragen werden,¹¹⁴ hat dies zur Folge, dass gegebenenfalls notwendige bauliche Maßnahmen unterbleiben¹¹⁵ und die betroffene Eigentumsposition Schaden erleidet. Ob dem durch staatliche Fördermaßnahmen hinreichend effektiv entgegengewirkt werden kann, erscheint zweifelhaft. Dem Vorbehalt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit kommt in beiden Fällen eine zentrale Bedeutung zu.

(D). Fazit

Die EnEV ist in ihrer derzeitigen Fassung sicherlich keine Ausprägung idealer Rechtsetzung. Erhebliche Zweifel bestehen mit Blick auf die eingeschränkte Publizität der in Bezug genommenen DIN-Normen hinsichtlich einer Übereinstimmung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Jenseits dessen entspricht sie allerdings den europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben und überschreitet den durch das EnEG gesetzten Rahmen nicht. Ihre Anwendung ist gleichwohl schwierig und erfordert ein hohes fachliches Verständnis sowie juristische Sensibilität. Die in der Praxis festzustellenden Vollzugsdefizite¹¹⁶ sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen.

Ob eine Neuregelung jenseits der notwendigen Beseitigung der Publizitätsdefizite diesen Zustand verbessern kann, erscheint insoweit zweifelhaft, als die Komplexität der Regelungen wesentlich in der Komplexität ihres Gegenstandes begründet ist. Zwar lässt sich sicherlich mit den Mitteln der Rechtsetzungstechnik eine gewisse Vereinfachung erreichen. Eine Allgemeinverständlichkeit lässt sich jedoch auf diesem Wege nicht herstellen. Dies gilt unabhängig davon, ob die bestehenden technischen Vorgaben der EnEV einschließlich der Berechnungsmodalitäten durch alternative, möglicherweise aus fachlicher Perspektive besser handhabbare und praxisgerechtere Anforderungen ersetzt werden. In jedem Falle muss auch eine Neuregelung sich in das europarechtlich vorgegebene Konzept einfügen und die aus Verfassungsrecht wie auch der Ermächtigungsgrundlage folgenden Grenzen beachten. Dies beschränkt die

Gestaltungsmöglichkeiten des Verordnungsgebers deutlich.

Insgesamt verdeutlichen die EnEV und ihr normativer Kontext die besonderen Schwierigkeiten bei der Schaffung eines Energieeffizienzrechts für Gebäude. Wenngleich seine Notwendigkeit zur Erreichung der Klimaschutzziele außer Frage steht, trägt die Gemengelage aus immensen technischen Herausforderungen, hohen ökonomischen Kosten und unverrückbaren grundrechtlichen Regelungsgrenzen bei einem ohne staatliche Anreizsetzung gleichzeitig nur wenig ausgeprägtem Handlungswillen der Betroffenen¹¹⁷ dazu bei, dass sich die Rechtsmaterie nur langsam entwickeln kann und auf erhebliche Widerstände stößt. Diese Rahmenbedingungen kann der Verordnungsgeber auch bei einer Weiterentwicklung der EnEV nicht überwinden, sondern muss sie seinem Handeln zugrunde legen. Dies steht insbesondere der Verfolgung politisch möglicherweise für richtig erachteter besonders ehrgeiziger Ziele entgegen. Anders als im Produktbereich stellt sich die Verbesserung der Energieeffizienz von Gebäuden auch aus juristischer Perspektive als ausgesprochen langfristige Aufgabe dar. Die am schnellsten erreichbaren Erfolge im Neubaubereich genügen nicht, um innerhalb eines überschaubaren Zeitraums die politisch formulierten Effizienzziele zu erreichen. Es bedarf daher auch und vor allem einer Strategie, um im Gebäudebestand eine effizientere Nutzung von Energie zu erreichen. Diese muss technische, ökonomische und juristische Komponenten aufweisen und zugleich darauf abzielen, die Akzeptanz der Effizienzziele und -regelungen zu fördern.¹¹⁸ Die EnEV kann dabei als wichtiges Instrument dienen.

114 Die Beschränkung auf die für die Maßnahme vorgesehene Fläche oder das betreffende Bauteil, vgl. BR-Drucks. 113/13 (84 f.); Ziaja, in: Frenz/Lülsdorf (Fn. 17), § 9 Rdnr. 6, mildert zwar die finanziellen Folgen ab, beseitigt diese aber nicht.

115 Nusser, ZUR 2014, 67 (70).

116 Nusser, ZUR 2014, 67 (69); ausführlich Ziehm, ZUR 2010, 411 (413 ff.).

117 Vgl. Nusser, ZUR 2014, 67 (73).

118 Kritisch insoweit zur geltenden Rechtslage BR-Drucks. 113/13 (B), S. 45.

Arbeitskreis IX – Bauversicherungsrecht

Arbeitskreisleiter

RA Dr. Florian Krause-Allenstein, Hamburg

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

Stellvertretender Arbeitskreisleiter

Ulrich Langen

Ulrich Langen kann als Justiziar der AIA AG, einem internationalen Unternehmensverbund eines französischen Spezialversicherers der Bauwirtschaft, auf 25 Jahre Bauschadenpraxis zurückgreifen. Er ist gleichzeitig Geschäftsführer der Dienstleistungsgesellschaft für Architekten und Ingenieure mbH, die sich u.a. mit Rechtsdienstleistungen für Architekten und Ingenieure im Bereich des Honorarrechts befasst. Neben diversen Veröffentlichungen ist Herr Langen Co-Autor des *Handbuchs des Fachanwalts für Versicherungsrecht*. Zusätzlich engagiert er sich mit umfangreichen Aktivitäten zur Schadenvermeidung in zahlreichen Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen für Hochschulen, Kammern, Verbänden und Seminaranbietern (u.a. DeutscheAnwaltAkademie)

und steht in Kontakt mit allen führenden Anbietern von Bauversicherungen.

Referenten

RA Michael Halstenberg

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Köln. Rechtsreferendariat beim LG Düsseldorf. Eintritt in die Finanzverwaltung Nordrhein-Westfalen. 1988 Referent im Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr NRW zuständig für die Bereiche: Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes, Wohngeld, Wohnungs- und Mietrecht. 1993 Referatsleiter im Ministerium für Bauen und Wohnen NRW, Referat Wohnungswirtschaft, Kommunale Wohnungspolitik. 1995 Gruppenleiter für die Bereiche Volkswirtschaftliche Grundsatzfragen, Bauwirtschaft, Verwaltungsmodernisierung, Haushalt, Energie, Ökologisches Bauen, Bautechnik. 2002 Leiter der Gruppe „Bauwirtschaft, Koordinierungsstelle für Mittelstandsfragen, Vergaberecht, Europäische Angelegenheiten und Auswärtiges“ im Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen. 1999 bis 2004 EU-Referent der deutschen Bauministerkonferenz. 2004 – 2009 Leiter der Abteilung Bauwesen, Bauwirtschaft und Bundesbauten im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Berlin. Seit 2009 Rechtsanwalt in der Kanzlei HFK Rechtsanwälte LLP in Düsseldorf.

RA Christian Bruch

RA **Christian Bruch** ist Bundesgeschäftsführer des BFW Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e.V.

1991 – 1996 Studium der Rechtswissenschaften; 1996 Erstes juristisches Staatsexamen; 1998 Zweites juristisches Staatsexamen; 1998 – 2008 Rechtsanwalt, in eigener Kanzlei mit baurechtlichem Schwerpunkt; 2008 – 2011 Rechtsreferent beim BFW Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e.V.; 2011 – 2013 Geschäftsführer des GDI Gesamtverband Dämmstoffindustrie; seit 2013 Bundesgeschäftsführer des BFW Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e.V.

A. Thema des Arbeitskreises

Empfeht sich die Einführung einer gesetzlichen Versicherungspflicht für Bauträger? Wenn ja, mit welchem Inhalt?

B. Einführung

von RA Dr. Florian Krause-Allenstein

Da bauwillige Verbraucher die Risiken und den Aufwand bei Einzelbeauftragung von Architekten, Fachingenieuren und ausführenden Unternehmen oftmals scheuen, ist die Beauftragung von Bauträgern im Wohnungsbau zu einem wesentlichen Wirtschaftsfaktor geworden. Dabei wird jedoch die Absicherung des Verbrauchers im Falle einer Insolvenz des Bauträgers zunehmend als unzureichend empfunden. Dazu hat der Arbeitskreis V. anlässlich des 1. Deutschen Baugerichtstages dem Gesetzgeber empfohlen, „beim Bauen aus einer Hand eine Bestellersicherheit für Verbraucher gegen die Folgen der Unternehmerinsolvenz gesetzlich vorzusehen.“

Diesen und weitere Vorschläge der Arbeitsgruppe V anlässlich des 1., 3. und 5. Deutschen Baugerichtstages hat das BMJ inzwischen in der Arbeitsgruppe „Bauträgervertragsrecht“ aufgegriffen und diskutiert. Dabei stehen umfassenden Absicherungsmodellen in Anlehnung an das Reisevertragsrecht erhebliche Bedenken sowohl der Versicherungs-, als auch der Kreditwirtschaft entgegen.

Während beim Bauen mit Einzelbeauftragungen bereits über die für Architekten und Ingenieure landesgesetzlich als Pflichtversicherungen vorgeschriebenen Berufshaftpflichtversicherungen weitreichender Versicherungsschutz besteht, gilt für Bauträger keinerlei Verpflichtung zum Abschluss von Versicherungsschutz. Teilweise werden auf freiwilliger Basis Betriebshaftpflichtversicherungen abgeschlossen, die jedoch wegen des üblichen Ausschlusses von Vertragserfüllungsrisiken keinen wirksamen Schutz des Verbrauchers darstellen. Tritt der Insolvenzfall ein, wenn der Erwerber bereits einen (erheblichen) Teil der Kaufpreistraten gezahlt hat, wird es ihm kaum gelingen, das Objekt gemeinsam mit den beauftragten Firmen oder mit anderen Firmen ohne (erhebliche) Mehrkosten fertig zu stellen. Dies gilt umso mehr, wenn der Erwerber Teil einer Gemeinschaft ist, deren Mitglieder im Insolvenzfall des Bauträgers unterschiedliche Interessen verfolgen. Ein Rücktritt vom Vertrag wäre zwar möglich, hätte jedoch die Konsequenz,

dass gezahlte Kaufpreistraten als Bestandteil der Insolvenzmasse erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens mit einer im Zweifel nur geringen Quote ausgekehrt würden.

Der Arbeitskreis IX will sich daher beim 6. Deutschen Baugerichtstag mit der Frage befassen, ob es sinnvoll ist, auch für Bauträgerunternehmen eine gesetzliche Versicherungspflicht vorzuschreiben, die den Bauträger und damit auch die Erwerber schützt. Zwar bestehen für die vom Bauträger beauftragten Architekten, Ingenieure und Baufirmen zum Teil bereits Versicherungen; jedoch hat der Erwerber mangels unmittelbarer vertraglicher Beziehungen weder Kenntnis von deren Existenz und Deckungsumfang noch unmittelbare Zugriffsmöglichkeiten.

Soweit ein eigenständiger Versicherungsschutz für den Bauträger als gesetzliche Versicherungspflicht für sinnvoll erachtet wird, soll weiterhin diskutiert werden, welche Risiken durch eine derartige Versicherung abgedeckt sein sollen. Hierbei steht zwar das Insolvenzrisiko des Bauträgers im Vordergrund; es soll aber nicht außer Acht gelassen werden, dass Insolvenzen oftmals auf die Realisierung anderer Risiken, wie z.B. unvorhergesehene Beschädigung der Bausubstanz, Feuer, Schadenersatzpflichtungen gegenüber Dritten und Baumängel während der Bauzeit oder nach Baufertigstellung, zurückzuführen sind.

C. Thesen

I. Thesen von RA Michael Halstenberg

Ist die Einführung einer gesetzlichen Absicherung eines Rückzahlungsanspruchs des Verbrauchers im Fall der Insolvenz der Bauunternehmens/Bauträger und/oder einer gesetzlichen Baugewährleistungsversicherung kombiniert mit einer Fertigstellungsversicherung zu empfehlen und sollten auch die im Bereich der Bauträger tätigen (angestellten) Planer einer Haftpflichtversicherungspflicht unterworfen werden?

1. These

Für den Verbraucherbauherrn stehen neben mangelhaften Planungsleistungen vor allem die Risiken aus Vertragserfüllung (vor Abnahme) und mangelhafter Leistung (Gewährleistung) im Vordergrund.

Ein besonders hohes Risiko für den Verbraucher stellt die Insolvenz des Bauunternehmers/Bauträgers während der Bauphase dar. Das gilt erst recht, wenn der Insolvenzverwalter die Fertigstellung des Baus ablehnt. Der Verbraucher kann das Werk in diesem Fall weder nutzen noch ohne weiteres fertigstellen. In jedem Fall entstehen erhebliche zeitliche Verzögerungen und Mehrkosten. Er erhält die geleisteten Zahlungen allenfalls anteilig zurück. In diesem Fall wäre aus Sicht des Verbrauchers daher ein wirtschaftlich und rechtlich realisierbarer Rückzahlungsanspruch vorzugswürdig.

2. These

Die meisten Haftpflichtversicherer, die Versicherungsschutz auf Basis der Allgemeinen Haftpflichtbedingungen (AHB) anbieten, schließen Erfüllungsschäden vom Versicherungsschutz aber regelmäßig aus. Auch eine Gewährleistungs- und Fertigstellungsversicherung ist prinzipiell „systemfremd“, aus Sicht des Verbrauchers als „Sicherungsmittel“ aber wünschenswert.

3. These

Die bestehenden Absicherungen der am Bau Beteiligten über eine gesetzlich verpflichtende Berufshaftpflichtversicherung für die freiberuflich Tätigen und eine freiwillige Betriebshaftpflichtversicherung für die gewerblich Tätigen führt bei Bauprojekten aus Sicht der Beteiligten oft nicht zu wirtschaftlich sinnvollen Ergebnissen.

4. These

Die Berufshaftpflichtversicherung zielt vor allem auf eine Absicherung von Vermögensschäden durch Fehlberatung. Daher stellt diese im Kern (nur) eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung dar. Für Schäden aus einer fehlerhaften Ausführung und mangelhaften Überwachung ist die gesetzliche Berufshaftpflichtversicherung eigentlich nicht gedacht. Eine Betriebshaftpflichtversicherung deckt hingegen nur Personen- und Sachschäden ab, nicht aber das Erfüllungsrisiko, erst recht nicht im Insolvenzfall des Bauunternehmers/Bauträgers.

5. These

Wird ein Planer bzw. seine Haftpflichtversicherung in Anspruch genommen und gelingt ein nachgelagerter gesamtschuldnerischer Ausgleich mit dem Bauunternehmer nicht, wird über die Haftpflichtversicherung des Planers im wirtschaftlichen Ergebnis zudem auch – systemfremd – ein Gewährleistungs- und damit ein Erfüllungsschaden zu Lasten der Versichertengemeinschaft der Planer liquidiert. Das gilt nicht in Bezug auf Schäden aus Insolvenz des Bauunternehmers/Bauträgers. Diese verbleiben beim Bauherrn/Verbraucher.

Daran würde auch eine gesetzliche Haftpflichtversicherungspflicht für die im Bereich eines Bauträgers tätigen Planer nichts ändern. Zudem sind diese Planer nicht Vertragspartner des Bestellers/Verbrauchers. Auch fehlt es insoweit an dem „klassischen“ Anknüpfungspunkt der Haftpflichtversicherungspflicht, nämlich der freiberuflichen Tätigkeit.

6. These

Zur Absicherung von Schäden und/oder des Rückzahlungsanspruchs bei Insolvenz des Bauunternehmers kommt daher prinzipiell eine „Kautionsversicherung“ in Betracht, die der Bürgschaft zuzuordnen ist. Bei einer solchen „Garantie-Lösung“ bestehen aber hohe Anforderungen an die Bonität des Versicherten, zumal im Ergebnis fast das gesamte Bauvorhaben bzw. alle Bauvorhaben des Bauunternehmens abgesichert werden müssen. Das Bauunternehmen muss daher im Ergebnis die in Anspruch genommenen Bürgschaften weitgehend mit Sicherheiten unterlegen. Ansonsten wären die (Risiko-) Prämien wirtschaftlich kaum darstellbar. Die vom Bauunternehmen zu stellenden Sicherheiten dürfen zudem nicht mit der gesetzlichen Absicherung des sog. Baugelds kollidieren. Daraus folgt auch, dass eine gesetzliche Versicherungspflicht hinsichtlich eines Rückzahlungsanspruchs – wenn überhaupt – allenfalls konditioniert erfolgen kann.

7. These

Eine Versicherung zur Absicherung des Fertigstellungsrisikos und der Gewährleistungs-

schäden würde das zu versichernde Risiko zwar soweit reduzieren, dass eine versicherungstechnische Absicherung wirtschaftlich möglich erscheint. Damit würde aber nur das insolvenzbedingte zusätzliche Fertigstellungskostenrisiko abgesichert, in keinem Fall ein Rückzahlungsanspruch.

8. These

Im Falle einer „gesetzlichen“ Baugewährleistungs- und Fertigstellungsversicherung müsste der Gesetzgeber die Kriterien für die Versicherung, also wenigstens Versicherungsnehmer und Gegenstand der Versicherung festlegen. Auch der Versicherungsfall (Eröffnung des Insolvenzverfahrens) muss bestimmt werden. Würde der Bauunternehmer der Versicherungsnehmer sein, muss ein Direktanspruch des Bauherrn gegenüber der Versicherung gegeben sein. Des Weiteren müssen die Konditionen den Interessen des Versicherers ausreichend Rechnung tragen, d.h. eine ausreichende Wahrscheinlichkeit für die ordnungsgemäße Erfüllung der vereinbarten Bauleistung gegeben sein. Dies kann auch durch entsprechende Kontrollen (vor Abnahme) gewährleistet werden.

9. These

Je größer darüber hinaus der Umfang eines abzusichernden Kaufpreises bzw. eines Rückzahlungsanspruchs des Verbrauchers sein soll, desto größer werden auch die Anforderungen an die finanzielle Bonität des Bauunternehmers und/oder die Kosten der Versicherungsprämie, die letztlich vom Bauherrn zu tragen ist. Ein wirtschaftlich sinnvolles Ergebnis wird sich daher nur erreichen lassen, wenn die drei Faktoren angemessen gewichtet werden: das abzusichernde Risiko in Höhe des Rückzahlungsanspruchs, die Anforderungen an die Bonität des Bauunternehmers und die Höhe der zu zahlenden Prämie.

Zu beachten sind dabei auch die Folgen der dadurch verursachten „Marktberreinigung“ zu Lasten wirtschaftlich weniger gut ausgestatteter Bauunternehmen/Bauträger. Diese betreffen auch die wettbewerbliche Situation der Unternehmen und damit das Preisgefüge im Markt.

II. Thesen von RA Christian Bruch

1. These

Insbesondere bei innerstädtischen mehrgeschossigen Wohnungsbauvorhaben überwiegt das Interesse des Verbrauches an der Fertigstellung des Bauvorhabens in den meisten Fällen, da üblicherweise das Bauvorhaben individuell dem Grundstück, also der Lage angepaßt ist und es daher fast ausgeschlossen ist, die gleiche Leistung an anderer Stelle zu erhalten.

2. These

Aufgrund des Ratenzahlungsplanes der MaBV in Verbindung mit § 632a BGB wäre in den überwiegenden Fällen auch bei der Insolvenz des Bauträgers eine Versicherung zur Absicherung des Fertigstellungsrisikos ausreichend und, soweit die versicherten Mehrkosten gedeckelt werden, wirtschaftlich darstellbar.

3. These

Die Fälle, in denen der Verbraucher statt Fertigstellung den Rücktritt vom Vertrag anstrebt, haben ihre Ursache oftmals in drohenden Kosten oder gesetzeswidrigen Handlungen, welche nicht versicherbar erscheinen, wie

- Vertragsstrafen, Schadenersatzansprüche oder Verzugschadensleistungen;
- zu frühe Zahlungen;
- Überzahlungen
- zweckwidrige Baugeldverwendung.

4. These

Ohne eine Modifizierung des Wahlrechtes des Insolvenzverwalters wird auch eine Fertigstellungsversicherung für die Verbraucherbauherren nicht den gewünschten Erfolg bringen.

5. These

Die Absicherung des Rückzahlungsanspruches bei Insolvenz des Bauträgers käme aufgrund der dann notwendigen Bonität des Bauträgers bzw. der Belegung mit Sicherheiten wirtschaftlich einer Zahlung nach Fertigstellung gleich und würde eine deutliche Verringerung der am Markt angebotenen Projekte nach sich ziehen.

Arbeitskreis X – Baubetrieb

Gemeinsame Arbeitskreisleiter:

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

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

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch

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

Referenten

Dipl.-Ing. Thomas Echterhoff

Dipl.-Ing. Thomas Echterhoff leitet in 5. Generation als geschäftsführender Gesellschafter die mittelständische Echterhoff Baugruppe mit Sitz in Westerkappeln, welche mit ca. 550 Mitarbeitern eine jährliche Bauleistung von ca. 125 Mio. € realisiert. Hierbei sind die Echterhoff Baufirmen zu ca. 75 % im Bereich

des Infrastrukturbaus für diverse Bauherren der öffentlichen Hand tätig. Herr Echterhoff verfügt seit Beendigung seines Bauingenieurstudiums an der TU München über vielfältige baupraktische Erfahrungen; insbesondere ist er im Bereich von Public Private Partnership (PPP) beim Hauptverband der deutschen Bauindustrie auf Bundes- sowie auf Landesebene eingebunden. Daneben ist er Vorstandsmitglied in der sozialpolitischen Vertretung des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie und Vorsitzender des Ausschusses für Öffentliches Auftragswesen im Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI).

Dipl.-Ing. Wolfgang Feldmann

Dipl.-Ing. Wolfgang Feldmann ist Leiter der Abteilung Planen und Bauen I in der Niederlassung Dortmund des Bau- und Liegenschaftsbetrieb NRW (BLB NRW). Der BLB NRW ist mit ca. 2.000 Mitarbeitern und einem jährlichem Investitionsvolumen von ca. 1 Mrd. € einer der größten öffentlichen Auftraggeber in Deutschland und darüber hinaus der zweitgrößte Immobilienbetrieb Europas.

Prof. Dr. jur. Marc Oliver Hilgers

Prof. Dr. Marc Oliver Hilgers ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Seniorpartner der bundesweit tätigen Bau- und Vergaberichtssozietät Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen neben der projektbegleitenden Beratung in der Betreuung von vergaberechtlichen, architektenrechtlichen und (schieds-)gerichtlichen Mandaten. Er ist Honorarprofessor für Bauvertragsrecht an der Hochschule Bochum und Autor zahlreicher Veröffentlichungen und hält zudem regelmäßig bundesweit Vorträge und Seminare zu bau- und vergaberechtlichen Themen.

Dr.-Ing. Michael Mechnig

Dr.-Ing. Michael Mechnig ist Geschäftsführer der Prof. Schiffers BauConsult GmbH & Co. KG und Lehrbeauftragter für „Strategisches

Vertragsmanagement“ an der Technischen Universität Dortmund. Er ist Mitautor des „*Kapellmann/Schiffers*“ (Band 1 und 2) sowie Autor zahlreicher Fachaufsätze zu den Themen Nachtragskalkulation und Bauzeitnachträge. Zudem ist er langjähriges, aktives Mitglied des Arbeitskreises Baubetrieb und Baurecht der deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V.

Thema des Arbeitskreises

Empfehlen sich (Regelungs-) Standards für die Bewertung von Einwirkungen bzw. Störungen auf den Bauablauf?

Einführung:

Die (objektive) Bewertung der Auswirkungen aus gestörten Bauabläufen stellt regelmäßig ein großes Streitpotential zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern bei Bauprojekten dar, die nicht selten in einer langjährigen gerichtlichen Auseinandersetzung münden. Leitsätze diverser ober- bzw. höchstrichterlicher Rechtsprechung stellen hierzu seit Jahren immer auf den sogenannten Kausalitätsnachweis ab, also den Nachweis, dass eine Einwirkung – welcher Art auch immer – auf den Bauablauf zu einer konkreten – also im tatsächlichen Bauablauf ablesbaren Auswirkung geführt hat. Dies hat der BGH in seiner Rechtsprechung vom 24.02.2005, VII ZR 141/03 wie folgt zusammengefasst:

„[...] Der Auftragnehmer hat in einem Prozess unter anderem schlüssig darzulegen, dass er durch eine Pflichtverletzung des Auftraggebers behindert worden ist. Der Senat hat bereits in seinem ersten Urteil in dieser Sache darauf hingewiesen, dass es grundsätzlich nicht ausreicht, eine oder mehrere Pflichtverletzungen vorzutragen. Der Auftragnehmer muss vielmehr substantiiert zu den dadurch entstandenen Behinderungen seiner Leistung vortragen. Dazu ist in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung unumgänglich. Demjenigen Auftragnehmer, der sich durch Pflichtverletzungen des Auftraggebers behindert fühlt, ist es zuzumuten, eine aussagekräftige Dokumentation zu erstellen, aus der sich die Behinderung sowie deren Dauer und Umfang ergeben [...]“

Voraussetzung für einen Anspruch ist demnach, dass der Auftragnehmer zunächst darlegen bzw. nachweisen muss,

- dass die Bauzeit mit den kalkulierten und zur Verfügung stehenden Mitteln (Personal, Gerät, Material) bei ungestörtem Bauablauf eingehalten worden wäre,
- er selbst im Zeitpunkt einer Behinderung überhaupt leistungsbereit war,
- keine von ihm selbst verursachten Verzögerungen vorlagen und
- keine Umstände gegeben waren, die gegen eine Behinderung sprechen, z.B. in Form der Umstellung von Bauabläufen oder Inanspruchnahme von Pufferzeiten.

Darauf aufbauend hat der Auftragnehmer den Einfluss jeder einzelnen Einwirkung bzw. Störung auf den Bauablauf nahvollziehbar darzulegen; hierbei sind Dauer und Auswirkung einzeln zu bewerten, gleich aus welcher Risiko- oder Verantwortungssphäre diese stammen. In der Praxis stellt sich vor diesem Hintergrund oftmals die Situation ein, dass

- auf der einen Seite ein Auftraggeber mit einer „weit überzogenen“ Forderung aus Bauablaufstörungen / geänderten Baumständen konfrontiert wird, um ggf. auf dem Vergleichsweg und unter Ausnutzung von „möglichen Drohszenarien“ zu einer aus Sicht des Unternehmens passablen Mehrvergütung zu gelangen
- oder auf der anderen Seite ein Auftragnehmer trotz berechtigter Forderung an der „Hürde des Kausalitätsnachweises“ scheitert und nicht in der Lage ist, „berechtigter“ Forderungen angemessen durchzusetzen.

In diesem Zusammenhang stellen die verschiedenen Leitsätze der Rechtsprechung lediglich allgemein gültige Richtlinien für die Darlegung und Bewertung von Bauablaufstörungen bzw. geänderten Baumständen dar, die im jeweiligen Einzelfall „mit Leben“ zu erfüllen sind.

Ein „Positivkatalog“, wie die von der Rechtsprechung formulierten Vorgaben im Sinne eines möglicherweise standardisierten Leitfadens zu erfüllen sind, existiert derzeit nicht. So wirft z.B. bereits die Forderung nach der vielfach zitierten „bauablaufbezogenen Darstellung“, die der BGH und die Obergerichte in den diversen Leitsätzen immer wieder ansprechen, die Frage auf, welcher Detaillierungsgrad und welche Art der Visualisierung anzuwenden ist.

In Fortführung der bisherigen Diskussion insbesondere auf dem 5. Baugerichtstag 2014, aber auch vor dem Hintergrund der Praxis zum Nachweis gestörter Bauabläufe, stellt sich die Frage, ob und welche (Regelungs-) Standards sinnvoll und notwendig sind, um Einwirkungen bzw. Störungen auf den Bauablauf zu bewerten. Im Rahmen des Arbeitskreises wird die Problematik zunächst anhand von Fachreferaten verschiedener Marktbeteiligter sowie aus wissenschaftlicher Sicht beleuchtet.

Im Zuge einer ergebnisoffenen Diskussion soll mit den Teilnehmern des Arbeitskreises die Frage

erörtert werden, ob sich baubetrieblich normier- und objektivierbare Bewertungsstandards unter Berücksichtigung der rechtlich geltenden Parameter entwerfen lassen, die als Empfehlungen im Sinne einer für beide Vertragsparteien leicht nachvollziehbaren Bewertung von Bauablaufstörungen bzw. von Einflüssen aus Baumstandsänderungen langjährige Auseinandersetzungen schneller zum Ergebnis führen bzw. bereits deren Entstehen verhindern können. Verschiedene Möglichkeiten einer baubetrieblichen Ausgestaltung derartiger Regelungen sind Gegenstand der Diskussion des Arbeitskreises X.

