

TORSTEN SCHWARZE

Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts



Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 49

Torsten Schwarze Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts

49

Juristische Reihe
TENEA / www.jurawelt.com



TENEA

Der Kooperationscharakter des Bauvertrages wird in Deutschland seit einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1999 in der rechtswissenschaftlichen Literatur verstärkt diskutiert. Die Komplexität des Bauens und der zwangsläufig vorgegebene zeitliche Ablauf eines Bauvorhabens machen eine enge Kooperation der am Bau Beteiligten notwendig. Dennoch kommt es aufgrund von Änderungen des Bauplans, von zeitlichen Verzögerungen oder von Mängeln häufig zu Konflikten, die den Bauablauf behindern und zu erheblichen Spannungen zwischen den Beteiligten führen. Die gesetzlichen Regelungen oder spezielle baurechtliche Vertragsordnungen versuchen, diesen Problemen des Bauvertrages Rechnung zu tragen und eine insgesamt ausgewogene Regelung zu schaffen. Für das deutsche Recht sind insbesondere die Regelungen des BGB und der VOB/B für den Bauvertrag relevant. Besonders die VOB/B trägt dem Kooperationscharakter des Bauvertrages Rechnung und etabliert ein dichtes Netz von Informations-, Beratungs- und Mitwirkungsverpflichtungen, das Auftraggeber und Auftragnehmer zu einer engen Zusammenarbeit verpflichtet. Die Effektivität der festgeschriebenen Kooperationsbeziehungen hängt entscheidend von der rechtlichen Einordnung der einzelnen vertraglichen Verpflichtung als Haupt- oder Nebenpflicht oder als Obliegenheit ab, da sich aus dieser Einordnung die jeweiligen Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten ergeben. Aus dem durch die Anforderungen des Bauens vorgegebenen Charakter des Bauvertrages ergibt sich, dass die einzelnen vertraglichen Verpflichtungen durch eine übergeordnete Kooperationspflicht miteinander verknüpft und geprägt werden. Um dem Kooperationscharakter des Bauvertrages gerecht zu werden, sind die einzelnen vertraglichen Verpflichtungen des Bauvertrages in der Regel als echte vertragliche Pflichten einzuordnen. Das Streitvermeidungspotential des Kooperationsprinzips findet seine Grenze in den bestehenden rechtlichen Regelungen. Zahlreiche Störungen des kooperativen Ablaufs einer bauvertraglichen Beziehung resultieren beispielsweise aus der Reduzierung der rechtlichen Regelung auf das bipolare Verhältnis eines Auftraggebers zu einem Auftragnehmer und dem Mangel einer Verknüpfung der vertraglichen Beziehungen mehrerer nebeneinander am Bau beschäftigter Unternehmen. Derartige Verhältnisse erfordern eine Anpassung der bestehenden rechtlichen Regelungen, um die Basis der Kooperation der Bauvertragsparteien zu verbessern.

Torsten Schwarze, geboren 1974. Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Leipzig und Stockholm. Wirtschaftsrechtliches Aufbaustudium an der Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg. Promotion an der Universität Leipzig. Seit 2000 zunächst als Anwalt in Leipzig, ab 2002 in Frankfurt am Main tätig.

TENEA

ISBN 3-86504-024-1

26 Euro



Tenea (ἡ Τενέαι), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

TORSTEN SCHWARZE

Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts

TENEA



Torsten Schwarze:

Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 49)

Zugleich Universität Leipzig
Dissertation 2003

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2003

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Digital-Print-Service · 10119 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2003

ISBN 3-86504-024-1

Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristenfakultät der Universität Leipzig im Sommer 2002 als Dissertation vor. Ich danke Herrn Prof. Dr. Becker-Eberhard für die Betreuung und die kritische Begleitung der Arbeit, sowie den Herren Prof. Dr. Kern und Prof. Dr. Gerhard Ring für die zügige Erstellung ihrer Gutachten. Des weiteren möchte ich Herrn Prof. Dr. Berger, der den Vorsitz der Prüfungskommission übernahm, und Herrn Prof. Dr. Enders, der der Prüfungskommission als weiteres Mitglied angehörte, danken.

Herrn Prof. Dr. von Craushaar und dem Institut für Baurecht Freiburg i. Br. e.V. danke ich für zahlreiche Anregungen sowie die großzügig gewährte Unterstützung.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Rechtsanwalt Dr. Roland Wötzel, dessen Unterstützung weit über diese Arbeit hinaus reicht. Er ist für mich stets ein wertvoller Diskussionspartner und ein guter Freund.

Torsten Schwarze

Frankfurt am Main, Juli 2003

Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
I. Problemdarstellung	1
II. Vorgehensweise	5
III. Begriffsabgrenzungen	6
IV. Definition des Kooperationsbegriffs	7
1. Teil - Arten und Rechtsnatur der Kooperationspflichten	10
I. Kooperationspflichten im Bauvertrag	10
1. Abgrenzung zu den Hauptleistungspflichten	10
a. Leistungspflicht des Auftragnehmers	10
b. Vergütungspflicht	11
c. Verhältnis von Leistungspflicht und Vergütungspflicht	13
d. Abnahmepflicht	13
2. Mitwirkungspflichten und Mitwirkungsrechte des Auftraggebers	18
a. Bereitstellungspflichten	19
aa. Bereitstellung des Baugrundstückes	19
bb. Beschaffung der Genehmigungen	20
cc. Übergabe der Planungsunterlagen	20
dd. Vermessung; Abstecken der Hauptachse	21
b. Abrufpflicht	21

c.	Koordinationspflichten	22
aa.	Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung	22
bb.	Bereitstellung von Arbeitsplätzen	23
d.	Koordinationsrechte	23
aa.	Überwachungs- und Anordnungsrechte	23
bb.	Anordnungsrechte	24
e.	Erstellen des Leistungsverzeichnisses	25
f.	Zustandsfeststellung	26
g.	Verhandlungspflichten	26
h.	Mitteilungspflichten	27
i.	Nicht normierte Mitwirkungspflichten	27
3.	Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers	29
a.	Korrespondierende Auftragnehmerpflichten	29
aa.	Prüfung des Leistungsverzeichnisses	29
bb.	Gemeinsame Niederschrift der örtlichen Begehung	29
cc.	Duldungspflichten	29
dd.	Obhutspflichten	30
b.	Normierte Pflichten des Auftragnehmers	30
aa.	Hinweis- und Auskunftspflichten	31
bb.	Anzeige- und Ankündigungspflichten	36
cc.	Fürsorgepflichten	37
dd.	Förderpflichten	38
ee.	Abrechnungspflichten	39
c.	Nicht normierte Pflichten des Auftragnehmers	40
aa.	Beratungs-, Hinweis- und Aufklärungspflichten	40
bb.	Schutzpflichten	42
cc.	Obhutspflichten	43
4.	Pflichten zwischen verschiedenen am Bau beteiligten Unternehmern	43
a.	Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer	43
b.	Vertragliche Regelung zwischen Unternehmern	44
c.	Verhältnis zwischen nebeneinander tätigen Unternehmern	44

aa.	Pflichten in der Herstellungsphase	44
bb.	Pflichten in der Gewährleistungsphase	47
aaa.	Stellung als Gesamtschuldner	47
bbb.	Qualifizierung als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	50
ccc.	Haftung nur für die jeweilige Teilleistung	54
cc.	Zwischenergebnis	58
5.	Zusammenfassung	59
II.	Rechtsnatur der Kooperationspflichten	60
1.	Rechtsprechung	60
a.	Urteile zur Kooperationspflicht der Vertragsparteien	60
aa.	Entscheidung des BGH, AZ.: VII ZR 245/94 vom 23.05.1996	60
bb.	Entscheidung des BGH, AZ.: VII ZR 393/98 vom 28.10.1999	64
cc.	Entscheidung des OLG Düsseldorf, AZ.: 5 U 184/99 vom 7.06.2000	69
dd.	Zusammenfassung	72
b.	sonstige Rechtsprechung	74
aa.	Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers	77
bb.	Mitwirkungshandlungen des Auftragnehmers	77
2.	Ansichten in der Literatur	78
a.	Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers	79
aa.	Auftraggebermitwirkung nach dem Gesetz	79
bb.	Auftraggebermitwirkung nach der VOB/B	85
cc.	Die Ansicht Nicklischs	88
3.	Eigene Ansicht	90
a.	Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers	91
aa.	Einordnung als Obliegenheit, Nebenpflicht oder Hauptpflicht	92
bb.	Durchsetzbarkeit der Mitwirkungspflichten	100
b.	Nebenpflichten des Auftragnehmers	108

III.	Zusammenfassung des 1. Teils	113
	2. Teil - Ursachen mangelnder Kooperation	117
I.	Konflikträchtigkeit des Bauens	117
II.	Wirtschaftliche Rahmenbedingungen	119
1.	Entwicklungstendenzen	120
2.	Wirtschaftliche Auswirkungen	123
3.	Zusammenfassung	128
	3. Teil - Lösungen anderer Vertragsordnungen	129
I.	GMP Vertrag	129
1.	Vertragsstruktur	130
2.	Optimierungspotential	131
3.	Risiken	133
4.	Zusammenfassung	135
II.	Vertragsrecht der DDR	136
1.	Zielsetzung	136
2.	Anwendungsbereich	137
3.	Struktur und Inhalt des Vertragsgesetzes	137
4.	Struktur und Inhalt des ZGB	142
III.	Vertragsbedingungen des Europäischen Entwicklungsfonds	143
IV.	Schwedische Bauvertragsbedingungen	145
1.	AB 92	146
a.	Planung und Vorbereitung der Bauleistung	146
b.	Leistungsänderungen	147
c.	Organisation des Bauablaufs	149
d.	Lösung von Streitfällen	150

2.	AFU 92	150
3.	ABT 94	151
4.	Zusammenfassung	152
V.	FIDIC Bauvertragsbedingungen	153
1.	Rolle des beratenden Ingenieurs	155
2.	Risikoverteilung	160
3.	Anspruchsdurchsetzung	163
4.	Streitschlichtung	164
5.	Zusammenfassung	166
VI.	Zusammenfassung des 3. Teils	167
4. Teil –	Änderungsmöglichkeiten	169
I.	Notwendigkeit der gesetzlichen Fixierung des Bauvertragsrechts	172
II.	Verringerung des Schnittstellenrisikos	179
1.	Verringerung des Risikos von Vertragsänderungen	179
2.	Leistungsänderungen und Mehrvergütungsansprüche	181
3.	Koordinierung der Zusammenarbeit verschiedener Unternehmer	185
a.	Baurechtliche Literatur	186
b.	Andere Lösungsvorschläge	186
aa.	Trilaterales Synallagma	187
bb.	Netzvertrag	188
cc.	Rahmenvertrag	189
c.	Stellungnahme	191
III.	Streitschlichtung und Streitvorbeugung	195
1.	Staatliche Gerichtsbarkeit	196
2.	Schiedsgerichtsbarkeit	197
3.	Alternativen	199

a.	Schlichtungsverfahren	200
aa.	Zulässigkeit des Verfahrens	202
bb.	Ausgestaltung des Verfahrens	208
b.	Vertragsmanagement	212
Schluß		215
I.	Kooperationspflichten im Recht	215
II.	Kooperationscharakter des BGB und des VOB/B Bauvertrages	216
III.	Ausblick	217

LITERATURVERZEICHNIS

- „Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts“, Verlag Sebald Leipzig, 1910
- Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger Verlag, 1992
- Agh-Ackermann, Ernst; Kuen, Kurt „Akute Probleme des zeitgemäßen Bauvertrages“, Werner Verlag Düsseldorf 1993
- Altschwager, Eckart „Das Schiedsgutachtenverfahren nach § 18 Nr. 3 VOB/B – ein vergessenes Verfahren?“, in BauR 1991, S. 157 ff
- Anders, Holm „Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht des Entwurfs für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“, in ZIP 2001, S. 184 ff
- Anker, Axel; Zumschlingen, Andreas „Die VOB/B als Ganzes eine unpraktikable Rechtsfigur?“, in BauR 1995, S. 323 ff
- Baden, Eberhard „Nochmals: Hat der Bauherr im Verhältnis zum Unternehmer die Verspätung oder Mangelhaftigkeit der Arbeiten des Vorunternehmers zu vertreten?“, in BauR 1991, S. 30 ff
- Bateson, David „FIDIC – New 1999 Edition of the Red Book, Impartiality of the Engineer“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts/bateson_aug00.asp (Stand 03.04.2002)
- Bauer, Miklos „Spezielle Probleme der Mehrparteien Schiedsgerichtsbarkeit und die Rolle des Ingenieurs bei Subunternehmerverträgen“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandgeschäft“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1986, S. 179 ff
- Bender, Rolf „Bauprozesse in der Praxis“, in DRiZ 1969, S. 105 ff
- Berger, Klaus Peter „Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit“, in RIW 1994, S. 12 ff
- Berger, Klaus Peter „Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit“, Verlag Walter de Gruyter Berlin, 1992
- Bethke, Friedrich „Das Schlichtungsverfahren in Bayern – eine Möglichkeit der außergerichtlichen Beilegung von bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten“, in NJW 1993, S. 2728 ff
- Biebelheimer; Wazlawik „Der GMP-Vertrag – Der Versuch einer rechtlichen Einordnung“, in BauR 2001, S. 1639 ff

- Biesterfeld, Andreas „Nachträge systematisch und logisch“, in BW 2001, Heft 7 – 8, S. 34 ff
- Blum, Ulrich „Volkswirtschaftslehre“, Oldenbourg Verlag München, 3. Auflage 2000
- Boecken, Tobias; von Sonntag, Albrecht „Zur Gleichstufigkeit der Schuldner als Voraussetzung einer Gesamtschuld“, in Jura 1997, S. 1 ff
- Booen, Peter L. „FIDIC`s Conditions of Contract for the next Century: 1998 Test Editions“, in ICLR 1 (1999), S. 5 ff
- Booen, Peter L., Jaynes, Gordon L. „FIDIC´s Assessment Panel for Adjudicators“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts_booen.asp (Stand 15.07.2001)
- Börner, Achim-Rüdiger „Netzwerke komplexer Langzeitverträge: Möglichkeiten des multilateralen Interessenausgleiches“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Netzwerke komplexer Langzeitverträge“, C. H. Beck Verlag München, 2000, S. 53 ff
- Bowcock, John „What FIDIC has to offer and plans for the Future“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts_bowcock.asp (Stand 15.07.2001)
- Boysen, Uwe; Haltermann, Britta „Außergerichtliche Streitbeilegung – Deutschland ein Entwicklungsland“, in ZRP 1995, S. 28 ff
- Boysen, Uwe; Plett, Konstanze „Bauschlichtung in der Praxis“, Werner Verlag Düsseldorf, 2000
- Breidenbach, Stephan „Mediation – Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung“, in Breidenbach, Stephan; Henssler, Martin (Hrsg.) „Mediation für Juristen“, Dr. Otto Schmidt Verlag Köln, 1997, S. 1 ff
- Breidenbach, Stephan „Mediation“, Dr. Otto Schmidt Verlag Köln, 1995
- Brüggemeier, Gert; Reich, Norbert „Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform? Stellungnahme zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“, in BB 2001, S. 213 ff
- Bunni, Nael G. „FIDIC´s new Suite of Contracts –Clauses 17 to 19“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts/bunni_0601.asp (Stand 03.04.2002)
- Cadez, Ivan „Bauverträge mit Garantierter Maximum-Preis-Vergütung“, in BW Heft 1/2000, S. 20 ff
- Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.) „Schuldrechtsmodernisierung 2002“, C. H. Beck Verlag München, 2002
- Canaris, Claus-Wilhelm „Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzzweck für Dritte bei nichtigen Verträgen“, in JZ 1965, S. 475 ff

- Canaris, Claus-Wilhelm „Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen“, in JZ 2001, S. 499 ff
- Casper, Matthias; Risse Jörg „Mediation von Beschlussmängelstreitigkeiten“, in ZIP 2000, S. 437 ff
- Clemm, Nils „Abgrenzung zwischen (kostenloser) Nachbesserung und (endgültigen) Werkvertrag“, in BB 1986, S. 616 ff
- Clemm, Nils „Die rechtliche Einordnung der Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers im Bauvertrag und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung“, in BauR 1987, S.609 ff
- Coing, Helmut „Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem“, in Festschrift für Hans Dölle, J.C.B. Mohr Tübingen, 1963, S. 25 ff
- Corbett, Edward „FIDIC’s New Rainbow – An overview of the Red, Yellow, Silver and Green Test Editions“, in ICLR 1999, 39 ff
- Craushaar, Götz v. „Abgrenzungsprobleme im Vergütungsrecht der VOB/B bei Vereinbarung von Einheitspreisen“, in BauR 1984, S. 311 ff
- Craushaar, Götz v. „Konkurrierende Gewährleistung von Vor- und Nachunternehmer?“, in Jahrbuch Baurecht, Werner Verlag Düsseldorf, 1999, S. 115 ff
- Craushaar, Götz von „Risikotragung bei mangelhafter Mitwirkung des Bauherrn“, in BauR 1987, S. 14 ff
- Cuypers, Manfred „Leistungsbeschreibung und Verstöße gegen die VOB/A“, in BauR 1994, S. 426 ff
- Cuypers, Manfred „Leistungsbeschreibung, Ausschreibung und Bauvertrag“, in BauR 1997, S. 27 ff
- Cziesielski, Erich „Ausführungsmängel während der Bauphase vermeiden“, in BIS 2000, S. 74 ff
- Dähne, Horst „Einige Einzelprobleme des § 4 Nr. 3 VOB/B“, in BauR 1976, S. 225 ff
- Dauner-Lieb, Barbara „Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuß ?“, in JZ 2001, S. 8 ff
- Denzer, Wilhelm „Stellung und Bedeutung des Engineers in den FIDIC – Bauvertragsbedingungen“, Verlag Peter Lang Frankfurt am Main, 1988
- Deutsches Rechtslexikon, C. H. Beck Verlag München, 2. Auflage 1992
- Diehl, Heinz „Gesamtschuld und Gesamtschuldausgleich im Baurecht“, in Festschrift für Wolfgang Heierman, Bauverlag Wiesbaden, 1995, S. 37 ff

- Döring, Christian „Die funktionale Leistungsbeschreibung – Ein Vertrag ohne Risiko?“, in Festschrift für Klaus Vygen, Werner Verlag Düsseldorf, 1999, S. 175 ff
- Dünnweber, Inge „Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr“, Verlag Walter de Gruyter Berlin, 1984
- Ebenroth, Carsten Thomas „Herausforderungen für das internationale Wirtschaftsrecht“, in RIW 1995, S. 1 ff
- Ebenroth, Carsten Thomas „Visionen für das internationale Wirtschaftsrecht“, in RIW 1995, S. 1 ff
- Ebert, Sabine „Nebenpflichten des Unternehmers im Werkvertrag“, Bonn, 1999
- Egner, Marcus „Außerprozeßuale Streiterledigung im Baurecht auf der Grundlage der VOB – Vertragsbestimmungen“, Peter Lang Verlag Frankfurt am Main, 2000
- Ehmann, Horst „Die Gesamtschuld“, Duncker & Humblot Berlin, 1972
- Eidenmüller, Horst „Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation“, in Breidenbach, Stephan; Henssler, Martin (Hrsg.) „Mediation für Juristen“, Dr. Otto Schmidt Verlag Köln, 1997, S. 31 ff
- Emmerich, Volker „Der finanzierte Abzahlungskauf“, in JuS 1971, S. 271 ff
- Enders, Christian „VOB/B und BGB Bauvertrag im Rechtsvergleich“, Werner Verlag Düsseldorf, 1986
- Enneccerus, Ludwig; Lehmann, Heinrich „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Das Recht der Schuldverhältnisse“, Band 2 Marburg, 11. Auflage 1930
- Enneccerus, Ludwig; Lehmann, Heinrich „Recht der Schuldverhältnisse“ J.C.B.Mohr Tübingen, 1958
- Erkelenz, Peter „Wieder einmal: Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“, in ZfBR 2000, S. 435 ff
- Erman „Bürgerliches Gesetzbuch“, Dr. Otto Schmidt Verlag Köln, 10. Auflage 2000
- Ernst, Wolfgang; Gsell, Beate „Nochmals für die kleine Lösung“, in ZIP 2000, S. 1812 ff
- Eschenbruch, Klaus „Construction Management“, in NZBau 2001, S. 585 ff
- Esser, Josef; Schmidt, Eike „Schuldrecht Band I“ 8. Auflage, C.F.Müller Verlag Heidelberg, 1995
- Esser, Josef; Weyers, Hans-Leo „Schuldrecht Band II, Teilband 1“, C.F.Müller Verlag Heidelberg, 8. Auflage 1998

- Fahrenschon, Otto „Die Schenkungsvermutung der deutschen Bauwirtschaft“, in BauR 1977, S. 172 ff
- Feltes, Thomas „Gesellschaftliche Gerichte, Schlichtungs- und Schiedskommissionen“, in ZRP 1992, S. 94 ff
- Fikentscher, Wolfgang „Schuldrecht“, Walter de Gruyter Berlin, 7. Auflage 1985
- Fikentscher, Wolfgang „Schuldrecht“, Walter de Gruyter Berlin, 9. Auflage 1997
- Fischer, Rudolf „Die Regeln der Technik im Bauvertragsrecht“, Werner Verlag Düsseldorf, 1985
- Fisher, Roger; Ury, William; Patton, Bruce „Das Harvard-Konzept“, Campus-Verlag Frankfurt am Main, 2000
- Flach, Peter „Die VOB/B und das Leitbild des gesetzlichen Werkvertragsrechts“, Verlag Wilfer Spardorf, 1984
- Franckenstein, Georg v. u. z. „Pauschalpreis, Leistungsverzeichnis, c.i.c. und deren Ungereimtheiten am Beispiel von Mengenänderungen am Bau“, in BauR 1997, S. 551 ff
- Friedman, David D. „What Economics has to do with Law and why it matters“, Princeton University Press, 2000
- Friedman, Milton „Capitalism and Freedom“, The University of Chicago Press Chicago, 1982
- Frikell, Michael „Mögliche Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Rechtsprechung zur VOB als Ganzes“ in BauR 2002, S. 671 ff
- Frommel, Monika „Entlastung der Gerichte durch Alternativen zum zivilen Justizverfahren“, in ZRP 1983, S. 31 ff
- Funke, Gabriele „Kurzdarstellung der Änderungen im Werkvertragsrecht im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in der vom Bundestag am 11. Oktober 2001 beschlossenen Fassung“, in Jahrbuch Baurecht 2002, Werner Verlag Düsseldorf, 2002, S. 217 ff
- Ganten, Hans „Pflichtverletzung und Schadensrisiko im privaten Baurecht“, Bielefeld, 1974
- Ganten/Jagenburg/Motzke (Hrsg.) „Beckscher VOB-Kommentar“, C. H. Beck Verlag München, 1997
- Gehlen, Hans v. „Haftung des Auftraggebers bei einem durch seinen Vorunternehmer verursachten Baustillstand“, in ZfBR 2000, S. 291 ff
- Genton, Pierre M. „The DRB/DAB: An attractive procedure if one takes certain precautions“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts/genton.asp (Stand 03.04.2002)

- Gernhuber, Joachim „Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund“, in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, C. H. Beck Verlag München, 1973, S. 455 ff
- Gernhuber, Joachim „Das Schuldverhältnis“, Handbuch des Schuldrechts Band 8, J.C.B.Mohr Tübingen, 1989
- Gessner, Karl „Schlichtung oder Mediation – Streitbeilegung statt Instanzenzug“, in Jahrbuch Baurecht, Werner Verlag Düsseldorf, 2001, S. 115 ff
- Goedel, Joachim „Die FIDIC-Bauvertragsbestimmungen im Internationalen Baurecht“, in RIW 1982, S. 81 ff
- Goedel, Joachim „Die Neufassung der FIDIC Bauvertragsbedingungen vom März 1977“, in ZfBR 1978, S. 10 ff, und S. 41 ff
- Goll, Ulrich „Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozeß“, in ZRP 1998, S. 314 ff
- Gottwald, Walter „Modelle der freiwilligen Streitschlichtung unter besonderer Berücksichtigung der Mediation“, in WM 1998, S. 1257 ff
- Gottwald, Walter; Plett, Konstanze; Schmidt v. Rhein, Georg „Streitbeilegung in Bausachen: Die Bau Schlichtungsstelle“, in NJW 1983, S. 665 ff
- Gottwald, Walther „Modelle der freiwilligen Streitschlichtung unter besonderer Berücksichtigung der Mediation“, in WM 1998, S. 1257 ff
- Götz, Heinrich „Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung – BGHZ 11, 80“, in JuS 1961, S. 56 ff
- Gralla, Mike „Neue Wettbewerbs- und Vertragsformen für die deutsche Bauwirtschaft“, WIB-Kolleg Berlin, 1999
- Grieger, Winfried „Die Kooperationspflicht der Bauvertragspartner im Bauvertrag: Anmerkung zu BGH BauR 2000, 409ff“, in BauR 2000, S. 969 ff
- Grünhoff, Lutz „Die Konzeption des GMP-Vertrags – Mediation und value engineering“, in NZBau 2000, S. 313 ff
- Gsell, Beate; Rübner, Thomas „Symposium Schuldrechtsmodernisierung 2001“, in NJW 2001, S. 424 ff
- Gude, Hans Harald Otto „Der Ombudsmann der privaten Banken in Deutschland, Großbritannien und der Schweiz“, Bonn, 1998
- Gusy, Christoph „Kooperation als staatlicher Steuerungsmodus“, in ZUR 2001, S. 1 ff
- Hacke, Andreas „Der ADR-Vertrag“, Verlag Recht und Wirtschaft Heidelberg, 2001

- Hager, Günter „Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten“, in Weyers, Hans-Leo (Hrsg.) „Die Verflechtung von Verträgen“, Nomos Verlag Baden Baden, 1991, S. 65 ff
- Hanhart, Werner „Prüfungs- und Hinweispflichten des Bieters bei lückenhafter und unklarer Leistungsbeschreibung“, in Festschrift für Wolfgang Heiermann, Bauverlag Wiesbaden, 1995, S. 111 ff
- Haupt, Günter „Über faktische Vertragsverhältnisse“, Leipzig, 1941
- Hauschka, Christoph „Die Baubegleitende Einigungsstelle (BEST) – eine deutsche Version des Dispute Adjudication Board“, in Jahrbuch Baurecht 2002, Werner Verlag Düsseldorf, 2002, S. 297 ff
- Hautkappe, Bernhard „Unternehmereinsatzformen im Industriebau“, Verlag Recht und Wirtschaft Heidelberg, 1986
- Heck, Philipp „Grundriß des Schuldrechts“, Tübingen, 1929
- Hedberg, Stig „Kommentarer till AB 92“, Svensk Byggtjänst Stockholm, Utgåva 3 2000
- Hedemann, Justus Wilhelm „Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches“, Walter de Gruyter Leipzig, 2. Auflage 1931
- Heermann, Peter W. „Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte“, J.C.B. Mohr Tübingen, 1998
- Heiermann, Wolfgang „Der neue Kooperationsgedanke am Bau im Lichte der aktuellen Rechtsprechung“, in Baumarkt + Bauwirtschaft 2002, Heft 1, S. 28 – 29, und Heft 3/2002, S. 28 f
- Heiermann, Wolfgang; Riedl, Richard; Rusam, Martin „Handkommentar zur VOB Teile A und B“, Bauverlag GmbH Wiesbaden und Berlin, 9. Auflage 2000
- Heinrich, Martin „Die Einwirkung der VOB auf den BGB Bauvertrag im Bereich des Mängelrechts“, in BauR 1982, S. 224 ff
- Hippel, Thomas von „Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen“, J. C. B. Mohr Tübingen, 2000
- Hippel, Thomas von „Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen“, J. C. B. Mohr Tübingen, 2000
- Hobeck, Paul A. „Möglichkeiten des multilateralen Interessenausgleichs“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Netzwerke komplexer Langzeitverträge“, C. H. Beck Verlag München, 2000, S. 160 ff
- Hochstein, Reiner „Zur Systematik der Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers im VOB Bauvertrag“, in FS für Hermann Korbion, Werner Verlag Düsseldorf, 1986, S. 165 ff

- Hoeren, Thomas „Das neue Verfahren für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe“, in NJW 1992, S. 2727 ff
- Hofmann, Gerhard „Rechtliche Einordnung der Mitwirkungspflichten beim Bauvertrag“, in FS für Götz von Craushaar, Werner Verlag Düsseldorf, 1997, S. 219 ff
- Hök, Götz-Sebastian „Das Schiedsverfahren in Bausachen nach neuem Recht: Ein Vergleich des Schiedsverfahrens mit dem gerichtlichen Verfahren im Baurecht“, in BauR 1998, S. 835 ff
- Honsell, Heinrich „Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“, in JZ 2001, S. 18 ff
- Horn, Norbert „Neuverhandlungspflicht“, in AcP 181 (1981), S. 255 ff
- Horsch, Rainer; Oberhauser, Iris „Bauvertragsrecht im Umbruch – Vorschläge für eine Neukonzeption“, in Jahrbuch des Baurechts, Werner Verlag Düsseldorf, 1999, S. 136 ff
- Huber, Ullrich „Leistungsstörungen“, Band II, Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, J. C. B. Mohr Tübingen, 1999
- Hüffer, Uwe „Die Haftung gegenüber dem ersten Auftraggeber im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr“, in ZHR 151 (1987) S. 93 ff
- Hüffer, Uwe „Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln“, Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 29, Duncker & Humblot Berlin, 1976
- Huse, Joseph A., Hoyle, Jonathan Kay „FIDIC Design Built, Turnkey and EPC Contracts“, in ICLR 1999, S. 27 ff
- Ingenstau, Heinz; Korbion, Hermann „VOB – Verdingungsordnung für Bauleistungen“, Werner Verlag Düsseldorf, 13. Auflage 1996
- Jacob, Dieter „Die Bauwirtschaft im Jahr 2010“, in BW 2001, Heft 5 S. 26 ff
- Jacob, Dieter; Ring, Gerhard; Wolf, Rainer „Freiberger Handbuch zum Baurecht“, Deutscher Anwalt Verlag Bonn, 2001
- Jakobs, H. H. „Die Annahme beim Werkvertrag“, in AcP 183 (1983), S. 160 ff
- Jasper, Jens "Kardinalpflichten im Bauvertrag", Baurechtliche Schriften, Band 48, Werner Verlag Düsseldorf, 1999
- Jauernig „Bürgerliches Gesetzbuch“, C. H. Beck München, 9. Auflage 1999
- Jaynes, Gordon L. „Claims, Disputes and Arbitration“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts/jaynes_H.asp (Stand 03.04.2002)

- Jaynes, Gordon L. „FIDIC`s 1999 Edition of Conditions of Contract for Plant and Design-Build and EPC Turnkey Contract: Is the DAB still a star?“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/contracts/jaynes_00.asp (Stand 03.04.2002)
- Jebe, Hans „Baubetriebswirtschaft und Baurecht“, in FS für Hermann Korbion, Werner Verlag Düsseldorf, 1986, S. 189 ff
- Joerges, Christian „Franchise Verträge und europäisches Wirtschaftsrecht“, in ZHR 151 (1987), S. 195 ff
- Jung Martin; Steding, Ralf „Mediation am Bau – Konfliktfelder baulicher Streitigkeiten als Chance für alternative Streitbeilegung“ in BB 2001, Supplement Mediation & Recht, S. 9 ff
- Kaiser, Gisbert „Das allgemeine Leistungsstörungenrecht als Kernpunkt des Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“, in ZfBR 2001, S. 147 ff
- Kaiser, Gisbert „Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 7. Auflage 1992
- Kaiser, Gisbert „Die konkurrierende Haftung von Vor- und Nachunternehmer“, in BauR 2000, S. 175 ff
- Kaiser, Gisbert „Die Prüfungs- und Anzeigepflichten des Auftragnehmers nach § 4 VOB“, in BauR 1981, S. 311 ff
- Kapellmann, Klaus „§ 645 BGB und die Behinderungshaftung für Vorunternehmer“, in BauR 1992, 433 ff
- Kapellmann, Klaus D. „Ein Construction Management Vertragsmodell“, in NZBau 2001, S. 592 ff
- Kapellmann, Klaus; Schiffers, Karl-Heinz „Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag“, Band 1, Werner Verlag Düsseldorf, 4. Auflage 2000
- Kattenbusch, Markus; Kuhne, Volker „Nachtragsbearbeitung in Bauunternehmen“, in Baumarkt + Bauwirtschaft 2002, S. 42 ff
- Kehlenbach, Frank „Die neuen FIDIC-Musterbauverträge“, in BW Heft 11/1999, S. 19 ff
- Kehlenbach, Frank „Die neuen FIDIC-Musterbauverträge“, in ZfBR 1999, S. 291 ff
- Keilholz, Kurt „Gutachten zum Baurecht“, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band III, Bundesanzeiger Verlag, 1983, S. 241 ff
- Keilholz, Kurt „Zur Neukonzeption des Werkvertragsrechts“, in Festschrift für Hermann Korbion, Werner Verlag Düsseldorf, 1986, S. 207 ff

- Kemper, Ralf „Nachträge und ihre mittelbaren Bauzeitauswirkungen“, in NZBau 2001, S. 238 ff
- Kern, Hans-Günther „Ökonomische Theorie der Langzeitverträge“, in JuS 1992, S. 13 ff
- Klaus, Georg; Buhr, Manfred (Hrsg.) „Philosophisches Wörterbuch“, 2 Bände, VEB Bibliographisches Institut Leipzig, 11. Auflage 1975
- Kleine-Möller, Nils „Die Haftung des Auftraggebers gegenüber dem behinderten Nachfolge-Unternehmer“, in NZBau 2000, S.401 ff
- Kleine-Möller, Nils; Merl, Heinrich; Oelmaier, Winfried „Handbuch des privaten Baurechts“, C. H. Beck München, 1992
- Kniffka, Rolf „Anmerkung zu OLG Düsseldorf, 21 U 127/98, v. 29.06.1999“, in BauR 1999, S. 1312 ff
- Kniffka, Rolf „Die Kooperationspflichten der Bauvertragspartner im Bauvertrag“, in Jahrbuch Baurecht, Werner Verlag Düsseldorf, 2001, S. 1 ff
- Kniffka, Rolf; Quack, Friedrich „Die VOB/B in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Entwicklung und Tendenzen“, in Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim BGH, Carl Heymanns Verlag Köln, 2000, S. 17 ff
- Kohl, Berthold „Baubegleitende Mediation und die Rolle des Sachverständigen“, in BIS 2000, 137 ff
- Kohl, Berthold „Konflikte früh erkennen, Baustillstand vermeiden“, in Berliner Anwaltsblatt 1999, S. 472 ff
- Kohler, Josef „Der Gläubigerverzug“, in Archiv des Bürgerlichen Rechts 13 (1897) S. 149 ff
- Kohler, Josef „Annahme und Annahmeverzug“, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Hrsg. Rudolf v. Jhering, Band 17 (1879) S. 261 ff
- Kohler, Josef „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“, Band 2 Vermögensrecht 1. Teil Schuldrecht, C. Heymanns Verlag Berlin, 1906
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Walter de Gruyter Berlin, 12. Auflage 1978
- Kommentar zum Kooperationsrecht, Staatsverlag der DDR Berlin, 1970
- Kommentar zum ZGB, Staatsverlag der DDR Berlin, 1985

- Kommentar zur Verordnung über die Aufgaben und die Arbeitsweise des Staatlichen Vertragsgerichts, Autorenkollektiv um Gerhard Walter, Staatsverlag der DDR Berlin, 1971
- Korbion, Hermann „Gedanken eines Entwicklungshelfers zum deutschen Bauvertragsrecht“, in Festschrift für Craushaar, Werner Verlag Düsseldorf, 1997 S. 125 ff
- Kraus, Steffen „Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Instituts für Baurecht Freiburg e.V.“, in ZfBR 2001, S. 513 ff
- Kraus, Steffen „Da wird sich noch mancher die Augen reiben . . .“, in BauR 2002, S. 524 ff
- Kraus, Steffen „Der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“, in BauR 2001, S. 1 ff
- Kraus, Steffen „Die VOB/B – ein nachbesserungsbedürftiges Werk“, in BauR 1997, Beilage zu Heft 4
- Kraus, Steffen „Rational-kooperatives Verhandeln“, in Jahrbuch Baurecht, Werner Verlag Düsseldorf, 1998, S. 137 ff
- Kraus, Steffen; Vygen, Klaus; Oppler, Michael „Ergänzungsentwurf Kraus/Vygen/Oppler zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“, in BauR 1999, S. 964 ff
- Kraus; Steffen „Bauverzögerung durch Vorunternehmer“, in BauR 2000, S. 1105 ff
- Kullack, Andrea „Der GMP-Vertrag“, in BW Heft 4/2001, S. 17 ff
- Kus, Alexander; Markus, Jochen; Steding, Ralf „Die neuen FIDIC-Verträge: Auftragnehmerlastige Risikoverteilung?“, in Jahrbuch Baurecht 2002, Werner Verlag Düsseldorf, 2002, S. 237 ff
- Lachmann, Jens-Peter „Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis“, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 1998
- Lachmann, Ulrike „Die Rechtsfolgen unterlassener Mitwirkungshandlungen des Werkbestellers“, in BauR 1990, S.409 ff
- Lambrecht, Peter „Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis“, J.C.B. Mohr Tübingen, 1994
- Lampe-Helbig, Gudrun „Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) und der Bauvertrag“, in Festschrift für Hermann Korbion, Werner Verlag Düsseldorf, 1986, S. 253 ff
- Lang, Arno „Bauvertragsrecht im Wandel“, in NJW 1995, S. 2063 ff

- Lange, Ingo „Zur Bedeutung des Anspruches aus culpa in contrahendo bei unvollständiger Leistungsbeschreibung“, in Festschrift für Götz von Craushaar, Werner Verlag Düsseldorf, 1997, S.271 ff
- Lange, Knut Werner „Das Recht der Netzverträge“, Verlag Recht und Wirtschaft Heidelberg, 1998
- Larenz, Karl „Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts“, C. H. Beck Verlag München, 7. Auflage 1989
- Larenz, Karl „Lehrbuch des Schuldrechts“, Allgemeiner Teil, 1. Band, C. H. Beck München, 14. Auflage 1987
- Larenz, Karl „Lehrbuch des Schuldrechts“, Band II, 1. Halbband, C. H. Beck München, 13. Auflage 1986
- Larenz, Karl; Wolf Manfred „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts“, C. H. Beck München, 8. Auflage 1997
- Le Goff, Pierrick „A new Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts/legoff.asp (Stand 03.04.2002)
- Lehmann, Heinrich „Anmerkung zu BGHZ 11, 80“, in JZ 1954, S. 240
- Lehning, Heinrich „Vergütungsanspruch für zusätzliche Leistungen trotz Verletzung der Ankündigungspflicht nach dem VOB Vertrag“, in NJW 1977, S. 422 ff
- Leinemann, Ralf „VOB Bauvertrag: Leistungsverweigerungsrecht des Bauunternehmers wegen fehlender Nachtragsbeauftragung“, in NJW 1998, S. 3672 ff
- Leineweber, Anke „Handbuch des Bauvertragsrechts“, Nomos Verlag Baden Baden, 2000
- Lenkeit, Olaf „Das modernisierte Verjährungsrecht“, in BauR 2002, Sonderheft 1a, S. 196 ff
- Lenzen, Elmar „Ansprüche gegen den Besteller, dem Mitwirkungspflichten unmöglich werden“, in BauR 1997, S. 210 ff
- Leonhard, Marc „Internationaler Industrieanlagenvertrag: Konfliktvermeidung und Konflikterledigung“, in BB 1999, Beilage 9, S. 13 ff
- Lionnet, Klaus „Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation – Alternativen oder Gegensätze“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1987, S. 543 ff
- Locher, Horst „Das private Baurecht“, C. H. Beck München, 6. Auflage 1996
- Losert, Hugo „Nebenpflichten im bürgerlichen Recht“, Würzburg, 1961

- Ludwigs, Kurt; Ludwigs, Jürgen „Das Baugewerbe“, Carl Heymanns Verlag Köln, 1960
- Luhmann, Niklas „Das Recht der Gesellschaft“, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1995
- Macneil, Ian R. „Barriers to the Idea of Relational Contracts“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1987, S. 31 ff
- Mähler, Hans-Georg; Mähler, Giesela „Streitschlichtung – Anwaltssache; hier: Mediation“, in NJW 1997, S. 1262 ff
- Mandelkow, Dieter „Schiedsgerichtsverfahren in Bausachen“, in BauR 1997, S. 785 ff
- Mankin, Gregory N. „Principles of Microeconomics“, The Dryden Press, Fort Worth, 1998
- Marx, Karl „Das Kapital“, Band 1, Dietz Verlag Berlin, 1953
- Medicus, Dieter „Der Regierungsentwurf zum Recht der Leistungsstörungen“, in ZfBR 2001, S. 507 ff
- Melis, Werner „Praktische und prozedurale Probleme mit Mehrparteienschiedsgerichten bei komplexen Langzeitverträgen“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1987, S. 569 ff
- Michalski, Lutz „Kurzkomentar zu AG Singen vom 6.11.1990“, in EwiR 1991, S. 31 ff
- Moecke, Hans-Jürgen „Vertragsgestaltung bei Zusammenarbeit auf Dritten Märkten – Konsortialverträge – Joint Ventures – Kooperation“, in RIW/AWD 1978, S. ff
- Moeser, Ekkehard „Der Generalunternehmervertrag mit einer GMP-Preisabrede“, in ZfBR 1997, S. 113 ff
- Moos, Peter „Sachmängelhaftung bei Zusammenwirken mehrerer Unternehmer“, in NJW 1961, S. 157 ff
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich“, Band II Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Verlag J. Guttentag Berlin und Leipzig, 1888
- Motzer, Stefan „Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit“, in JZ 1983, S. 884 ff
- Motzke, Gerd „Abgrenzung der Verantwortlichkeit zwischen Bauherrn, Architekt, Ingenieur und Sonderfachleuten“, in BauR 1994, S. 47 ff
- Motzke, Gerd „Prüfungs-, Aufklärungs- und Überwachungspflichten des Unternehmers“, in ZfBR 1988, S. 244 ff

- Mueller-Foell, Christoph "Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag",
Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 69, Duncker & Humblot Berlin, 1982
- Mugdan, B. „Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, Band II
Recht der Schuldverhältnisse, R v. Decker Verlag, 1899
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. H. Beck München, 3.
Auflage 1997
- Murswiek, Dietrich „Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des
Umweltschutzes“, in ZUR 2001, S. 7 ff
- Myers, James J. „Why Conventional Arbitration is not effective in Complex Long
Term Contracts“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“,
C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1987, S. 503 ff
- Nefiodow, Leo A. „Der sechste Kondratieff – Wege zur Produktivität und
Vollbeschäftigung im Zeitalter der Information“, Rhein-Sieg Verlag Sankt
Augustin, 4. Auflage 2000
- Nelle, Andreas „Mediation bei Neuverhandlungen im Privatrecht“, in Breidenbach,
Stephan; Henssler, Martin (Hrsg.) „Mediation für Juristen“, Dr. Otto Schmidt
Verlag Köln, 1997, S. 195 ff
- Neuhaus, Kai-Jochen „Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum privaten
Baurecht – 1. Halbjahr 2001“, in ZAP 2001, S. 1321 ff
- Neumann, Manfred „Zur außergerichtlichen Schlichtung“, in ZRP 1986, S. 286 ff
- Nicklisch, Arthur „Über faktische Vertragsverhältnisse“ J. C. B. Mohr Tübingen, 1963
- Nicklisch, Fritz "Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag,
insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag", in BB 1979, 533 ff
- Nicklisch, Fritz „Ansprüche des Subunternehmers bei Projektänderungen und –
störungen aus juristischer Sicht“, in Nicklisch, Fritz (Hrs.) „Der
Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und
Auslandsgeschäft“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1986, S.109 ff
- Nicklisch, Fritz „Der Ingenieur als Schiedsgutachter und quasi Schiedsrichter bei
Internationalen Bau- und Anlageprojekten“, in FS für Habscheid, 1989,
S. 217 ff
- Nicklisch, Fritz „Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojektes
aus juristischer Sicht“ in Nicklisch (Hrsg.) „Der Subunternehmer bei Bau- und
Anlageverträgen im In- und Auslandsgeschäft“, C. F. Müller Verlag
Heidelberg, 1986, S. 29 ff
- Nicklisch, Fritz „Empfiehl sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts?“, in JZ
1984, S. 757 ff

- Nicklisch, Fritz „Gutachter-, Schieds- und Schlichtungsstelle – rechtliche Einordnung und erforderliche Verfahrensgarantie“, in Festschrift für Arthur Bülow, C. Heymanns Verlag Köln, 1981, S. 159 ff
- Nicklisch, Fritz „Instrumente der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen“, in RIW 1978, S. 633 ff
- Nicklisch, Fritz „Mehrvergütung und Schadenersatz bei Projektänderungen und Behinderungen – Rechtliche Voraussetzungen“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Leistungsstörungen bei Bau- und Anlageverträgen“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1985, S. 83 ff
- Nicklisch, Fritz „Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlageprojekten im In- und Ausland“, in NJW 1985, S. 2361 ff
- Nicklisch, Fritz „Umfang der Mängelhaftung – Ergebnis von Vertragsgestaltung und Kooperation während der Vertragsdurchführung“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Leistungsstörungen bei Bau- und Anlageverträgen“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1985, S. 25 ff
- Nicklisch, Fritz „Vertragsgestaltung und Risikoverteilung bei neuen Technologien“, in FS für Rudolf Lukes, 1989, S. 143 ff
- Nicklisch, Fritz „Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, Heidelberger Kolloquium, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1987, S. 17 ff
- Nicklisch, Fritz; Weick, Günter „Verdingungsordnung für Bauleistungen“, C. H. Beck Verlag München, 3. Auflage 2001
- Nöcker, Klaus „Finanzierter Abzahlungskauf und Betrugstatbestand“, in DB 1972, S. 370 ff
- Oberhauser, Iris "Bauvertragsrecht im Umbruch", Baurechtliche Schriften, Band 52, Werner Verlag Düsseldorf, 2000
- Oberhauser, Iris „Der Bauvertrag mit GMP-Abrede – Struktur und Vertragsgestaltung“, in BauR 2000, S. 1397 ff
- Oberhauser, Iris „Formelle Pflichten des Auftragnehmers bei Behinderungen“, in BauR 2001, S. 1177 ff
- Oechsler, Jürgen „Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag“, in RabelsZ 60 (1996), S. 91 ff
- Oertmann, Paul „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen“, Carl Heymanns Verlag Berlin, 5. Auflage 1929
- Olshausen, Hans Gustav „Planung und Steuerung als Grundlage für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch bei gestörtem Bauablauf“, in Festschrift für Hermann Korbion, Werner Verlag Düsseldorf, 1986, S. 349 ff

- Oppen, Andreas von „Der internationale Industrieanlagenvertrag, Konfliktvermeidung und -erledigung durch alternative Streitbeilegungsverfahren“, Verlag Recht und Wirtschaft Heidelberg, 2001
- Ott, Stefanie Katrin „Außergerichtliche Konfliktbeilegung in Zivilsachen“, Köhler Druck Tübingen, 2000
- Palandt „Bürgerliches Gesetzbuch“, C.H.Beck München, 60. Auflage 2001
- Pauly, Horst „Zum Verhältnis von VOB/B und AGBG“, in BauR 1996, S. 328 ff
- Pfeiffer, Peter; Neumann, Dietrich; Malkwitz, Alexander; Horvath, Stephan „Partnerschaften am Bau – Wer kann sich das leisten ?“, in Baumarkt und Bauwirtschaft 2002, S. 42 ff
- Piel, Rudolf „Zur Abgrenzung zwischen Leistungsänderungen (§§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB) und Behinderungen (§ 6 VOB)“, in Festschrift für Hermann Korbion, Werner Verlag Düsseldorf, 1986, S. 349 ff
- Pietsch, Matthias „Die Abnahme im Werkvertragsrecht – geschichtliche Entwicklung und geltendes Recht“, Dissertation Hamburg, 1977
- Planck, B. „Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz“, Gattentag Verlagsbuchhandlung Berlin, 1900
- Posner, Richard A. „Economic Analysis of Law“, Aspen Law & Business New York, 5th edition 1998
- Preibisch, Wolfgang „Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit“, Duncker & Humblot Berlin, 1982
- Prütting, Hanns „Schlichtung statt Richter“, in JZ 1985, S. 261 ff
- Prütting, Hans „Mediation und gerichtliches Verfahren – ein nur scheinbar überraschender Vergleich“, in BB1999, Beilage 9, S. 7 ff
- Prütting, Hans „Verfahrensrecht und Mediation“, in Breidenbach, Stephan; Henssler, Martin (Hrsg.) „Mediation für Juristen“, Dr. Otto Schmidt Verlag Köln, 1997, S. 57 ff
- Putzier, Dieter „Der Leistungsbegriff der VOB“, in Festschrift für Wolfgang Heiermann, Bauverlag Wiesbaden, 1995, S. 299 ff
- Putzier, Dieter „Vorleistungslast und Vorleistungsrisiko bei streitigen Nachträgen – die Lösung mit Hilfe der einstweiligen Verfügung“, in Jahrbuch Baurecht, Werner Verlag Düsseldorf, 2001, S. 89 ff
- Quack, Friedrich "Grundlagen des privaten Baurechts", RWS Skripten Köln, 2. Auflage 1994
- Quack, Friedrich „Ein Architektenvertrag für die Praxis“, in BauR 1995, S. 143 ff

- Raeschke-Kessler, Hilmar; Bergner, Klaus Peter „Recht und Praxis des Schiedsverfahrens“, RWS-Verlag Kommunikationsforum GmbH Köln, 3. Auflage 1999
- Raiser, Gottfried „Das Werkvertragsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“, in NZBau 2001, S. 598 ff
- Reese, Moritz „Das Kooperationsprinzip im Abfallrecht“, in ZUR 2001, S. 14 ff
- Refisch, Bruno „Die Bauwirtschaft in den 90er Jahren“, in BWI-Bau 1992, S. 1 ff
- Refisch, Bruno „Leistungsprofile der Bauunternehmen im Wandel“, in BWI-Bau 1993, S. 1 ff
- Reihe Alternativkommentare, (Hrsg. Wassermann), „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, 1979
- Riedl, Richard „Einige Fragen der Risikozurechnung bei Bauverträgen im Verhältnis Auftraggeber – Auftragnehmer, sowie bei verschiedenen Unternehmereinsatzformen“, in FS für Wolfgang Heiermann, Bauverlag Wiesbaden, 1995, S. 269 ff
- Risse, Jörg „Die Rolle des Rechts in der Wirtschaftsmediation“ in BB 1999, Beilage 9, S. 1 ff
- Rohe, Matthias „Netzverträge“, J.C.B.Mohr Tübingen, 1998
- Röhl, Klaus F. „Erfahrungen mit Güteverfahren“, in DRiZ 1983, S. 90 ff
- Roquette, Andreas J. „Praktische Erwägungen zur Bauzeit bei Vertragsgestaltung und baubegleitender Beratung“, in Jahrbuch Baurecht 2002, Werner Verlag Düsseldorf, 2002, S.33 ff
- Roth, Herbert „Die Reform des Werkvertragsrechts“, in JZ 2001, S. 543 ff
- Rudolph, Kurt „Schiedsgutachten und Beweissicherungsgutachten als Wege zur Beilegung von Baustreitigkeiten“, in Festschrift für Horst Locher, Werner Verlag Düsseldorf, 1990, S. 215 ff
- Rüfner, Thomas „Verjährung bei Mängeln eines Bauwerks nach dem Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“, in ZfIR 2001, S. 16 ff
- Ruhig, Hubert „Die Nebenpflichten im Schuldrecht“, Hamburg, 1963
- Säcker, Franz Jürgen „Die konkludente Netzverbundgesellschaft als Irrweg oder als Ausweg zu mehr Wettbewerb auf den Märkten für Energie“ in WuW 2002, S. 241 ff
- Schäfer, Hans-Bernd; Ott, Claus „Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts“, Springer Verlag Berlin, 3. Auflage 2000

- Schapp, Jan „Empfiehl sich die Pflichtverletzung als Generalatbestand des Leistungsstörungenrechts“, in JZ 2001, S. 583 ff
- Schaub, Bernhard „Der Konsortialvertrag“, Verlag Recht und Wirtschaft Heidelberg, 1991
- Schellhammer, Kurt „Zivilrecht nach Anspruchsgrundlagen“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1994
- Schlapka, Franz-Josef „Kooperationsmodell – ein Weg aus der Krise“, in BauR 2001, S. 1646 ff
- Schlechtriem, Peter „Schuldrecht Allgemeiner Teil“, J.C.B.Mohr Tübingen, 3. Auflage 1997
- Schlotke, Helmut „Mitwirkungspflichten bei Langzeitverträgen“, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1987, S. 377 ff
- Schmidt v. Rhein, Georg „Neue Ansätze in der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“, in ZRP 1984, S. 119 ff
- Schmidt, Friedrich „VOB – Credo des Gesetzgebers“, in ZfBR 1984, S. 57 ff
- Schmidt, Reimer „Die Obliegenheiten“, Verlag Versicherungswirtschaft Karlsruhe, 1953
- Schmidt-Salzer, Joachim „Die Bedeutung der Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bauunternehmer, Architekten, Bauherren und insbesondere für die Öffentliche Hand“, in BB Beilage 1/1973 zu Heft 3/1973
- Schröter, Jürgen „Bankenhaftung im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr“, in ZHR 151 (1987), S. 118 ff
- Schulze, Reinhold „Die Verletzung der Nebenleistungspflichten im gegenseitigen Vertrag und ihre Auswirkung auf das Synallagma“, Tübingen, 1954
- Schütze, Rolf A. „Schiedsgericht und Schiedsverfahren“, C. H. Beck München, 3. Auflage 1999
- Schwark, Eberhard „100 Bände BGHZ: Bank- und Wertpapierrecht“, in ZHR 151 (1987), S. 325 ff
- Schwintowski, Hans-Peter „Der Netzvertrag“, in WuW 2001, S. 1042 ff
- Sepalla, Christopher R. „International Construction Contract Disputes – Commentary on ICC Awards dealing with the FIDIC International Conditions of Contract“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts/sepalla98.asp (Stand 03.04.2002), Nachdruck aus International Court of Arbitration Bulletin Vol. 9/No.2, November 1998

- Seppala, Christopher R. „FIDIC`s New Standard Forms of Construction Contract: an Introduction“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/contracts/sepalla.asp (Stand 03.04.2002)
- Siber, Heinrich „Schuldrecht“ Felix Meiner Verlag Leipzig, 1931
- Sieburg, Peter „Baumängel aufgrund fehlerhafter Vorgaben des Bauherrn“, in FS für Hermann Korbion, Werner Verlag Düsseldorf, 1986, S. 411 ff
- Sieburg, Peter „Handbuch der Gewährleistung beim Bauvertrag“, RWS Kommunikationsforum GmbH Köln, 4. Auflage 2000
- Sieburg, Peter „VOB/B und AGB-Gesetz“, in Festschrift für Horst Locher, Werner Verlag Düsseldorf, 1990, S. 169 ff
- Sieburg, Peter „Vorunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers?“, in BauR 2000, S. 176 ff
- Sieburg, Peter „Zum AGB-Charakter der VOB/B und deren Privilegierung durch das AGB Gesetz“, in BauR 1993, S. 9 ff
- Sienz, Christian „Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“, in BauR, Sonderausgabe 1a, 2002, S. 181 ff
- Sievers, Nadja „Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit auch in Deutschland“, Verlag Peter Lang Frankfurt am Main, 2001
- Soergel, Carl „Die quotenmäßige Mangelverantwortung der Bauvertragsparteien“, in ZfBR 1995, S.165 ff
- Spitzner, Osmar (Hrsg.) „Kommentar zum Vertragsgesetz“, Staatsverlag Berlin, 1967
- Stadler, Astrid „Außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung – Chance oder Illusion“, in NJW 1998, S. 2479 ff
- Stamm, Jürgen „Die Frage nach der Eigenschaft des Vorunternehmers als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn im Verhältnis zum Nachunternehmer: Ein Problem der Abgrenzung von Schuldner- und Annahmeverzug“, in BauR 2002, S. 1 ff
- Staudinger, J.v. „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze“, Sellier de Gruyter Berlin, 13. Auflage 1994
- Stein, Günter „Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 24.01.1985 – 1 U 291/83“, in ZfBR 1986, S. 210 ff
- Stickan, Edgar; Martin, Christoph „Die neue Bauabzugsbesteuerung“, in Der Betrieb 2001, S. 1441 ff
- Stoll, Heinrich „Die Lehre von den Leistungsstörungen“, J. C. B. Mohr Tübingen, 1936

- Stempel, Dieter „Außergerichtliche Konfliktlösung“, in ZRP 1998, S. 319 ff
- Stumpf, Herbert „Vor- und Nachteile der Verfahren vor Schiedsgerichten gegenüber den Verfahren vor ordentlichen Gerichten“, in Festschrift für Arthur Bülow, C. Heymanns Verlag Köln, 1981, S. 217 ff
- Stürner, Rolf „Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten“, in JZ 1976, S. 384 ff
- Suresh, W. „FIDIC Global Conditions of Contract for the Construction Industry“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts/suresh.asp (Stand 15.07.2001)
- Teichmann, Arndt „Kauf- und Werkvertrag in der Schuldrechtsreform“, in ZfBR 2002, S. 13 ff
- Teubner, Günther „Verbund, Verband oder Verkehr?“, in ZHR 154 (1990), S. 295 ff
- Thiele, Wolfgang „Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung“, in JZ 1967, S. 649 ff
- Thierau, Thomas „Neue Formen des Bauvertrages, insbesondere der GMP-Vertrag“, Seminarmaterialien zur 16. Baurechtstagung vom 10./11. November 2000 Hamburg
- Thomas, Heinz; Putzo, Hans; u.a. „Zivilprozeßordnung“, C. H. Beck Verlag München, 22. Auflage 1999
- Trapp, Gerhard „Die Aufrechnung mit ausgeschlossenen Gegenforderungen nach vorbehaltloser Annahme der Schlußzahlung“, in BauR 1979, S. 271 ff
- Vogel, Peter „Wesen und Aufgabe der Staatlichen Vertragsgerichtsbarkeit in der SBZ“ Dissertation Münster, 1966
- Vollkommer, Max „Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft des finanzierten Abzahlungskaufs“, in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, C. H. Beck Verlag München, 1973, S. 703 ff
- Voppel, Reinhard „Abschlagszahlungen im Baurecht und § 632 a BGB“, in BauR 2001, S. ff
- Voßkuhle, Andreas „Das Kooperationsprinzip im Immissionsschutzrecht“, in ZUR 2001, S. ff
- Voth, Berthold „30 Jahre Gerichtsgutachter – ein Erfahrungsbericht“, in BauR 1988, S. 666 ff
- Vygen, Klaus "Bauvertragsrecht nach VOB und BGB", Bauverlag Wiesbaden, 3. Auflage 1997
- Vygen, Klaus „Behinderung des Auftragnehmers durch verspätete oder mangelhafte Vorunternehmerleistung“, in BauR 1989, S. 387 ff

- Vygen, Klaus „Der Vergütungsanspruch beim Pauschalvertrag“, in BauR 1979, S. 375 ff
- Wade, C. „The Silver Book: The Reality“, veröffentlicht im Internet unter: www.fidic.org/resources/contracts/wade_mar01.asp (Stand 03.04.2002)
- Wagner, Gerhard „Alternative Streitbeilegung und Verjährung“ in NJW 2001, S. 182 ff
- Wagner, Volkmar „Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachten, Schlichtung, Dispute Adjudication, Mediation – Möglichkeiten der alternativen Konfliktlösung im Baurecht“, in NZBau 2001, S. 169 ff
- Walter „Die gesamtschuldnerische Haftung der Baubeteiligten gegenüber dem Bauherrn – und die Regelung im Innenverhältnis“, in BauR 1976, S. 383 ff
- Warneyer, Otto „Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich“, J.C.B Mohr Tübingen, 1923
- Weick, Günther „Allgemeine Geschäftsbedingungen als Verkörperung von Treu und Glauben ? Zum Bild der VOB in Rechtsprechung und Literatur“, in Festschrift für Hermann Korbion, Werner Verlag Düsseldorf ,1986, S. 451 ff
- Weick, Günther „Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht“, C. H. Beck München, 1977
- Weick, Günther „Vorbeugung und Beilegung von Konflikten in Internationalen Verträgen“, in Festschrift für Helmut Coing, Band II, C. H. Beck Verlag München, 1982, S. 543 ff
- Weigand, Frank-Bernd „Alternative Streiterledigung“, in BB 1996, S. 2106 ff
- Weigert, Martin; Pepels, Werner „WiSo-Lexikon“, Oldenbourg Verlag München, 1999
- Weise, Stefan „Regreß zwischen Bauunternehmern und Regreßbehinderung durch den Auftraggeber“, in BauR 1992, S. 685 ff
- Weißenfels, Georg „Nachteilige Verträge als Mitursache für die Krise der deutschen Bauindustrie“, in Baumarkt + Bauwirtschaft 2002, S. 21 ff
- Wernecke, Frauke „Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzessystematik“, Duncker & Humblot Berlin, 1990
- Werner, Ullrich; Pastor „Der Bauprozess“, Werner Verlag Düsseldorf, 9. Auflage 1999
- Wetzel, Thomas „Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – der große Wurf zum 1.1.2002 ?“, in ZRP 2001, S. 117 ff

- Weyer, Friedhelm „Bauzeitverlängerungen aufgrund von Änderungen des Bauentwurfs durch den Auftraggeber“, in BauR 1990, S. 138 ff
- Weyers, Hans Leo „Gutachten zum Werkvertrag“, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band II, Bundesanzeiger Verlag, 1981, S. 1115 ff
- Weyers, Hans Leo „Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht“, in AcP 182 (1982) S. 60 ff
- Wiegand, Christoph „Adjudication – beschleunigte außergerichtliche Streiterledigungsverfahren im englischen Baurecht und im internationalen FIDIC-Standardvertragsrecht“, in RIW 2000, S. 197 ff
- Wieland, Joachim „Das Kooperationsprinzip im Atomrecht“, in ZUR 2001, S. 20 ff
- Wieling, Hans Josef „Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst“, in AcP 176 (1976) S. 334 ff
- Winter, Henry „Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld“, Verlag Peter Lang Frankfurt am Main, 1985
- Wirth, Axel „Das Problem der Nachträge besteht weiter“, in Jahrbuch Baurecht 2002, Werner Verlag Düsseldorf, 2002, S. 87 ff
- Wirth, Axel „Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht“, Band 1 Privates Baurecht, Werner Verlag Düsseldorf, 2001
- Wirtschaftslexikon, Gabler Verlag, 13. Auflage 1992
- Wüst, Günther „Die Interessengemeinschaft – ein Ordnungsprinzip des Privatrechts“, Metzner Verlag Berlin, 1958
- Zietsch, Udo; Roschmann, Kristin „Die Regelung des vorprozessualen Güteverfahrens“, in NJW 2001, Beilage zu Heft 51, S. 3 ff
- Zimmer, Gerald „Außergerichtliche Streitbeilegung in Deutschland“, Verlag Peter Lang Frankfurt am Main, 2001
- Zimmermann, Reinhard „Schuldrechtsmodernisierung ?“, in JZ 2001, S. 171 ff
- Zöller, Richard; u.a. „Zivilprozeßordnung“, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 23. Auflage 2002

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abl.	Ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
ATV	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIS	Der Bau- und Immobiliensachverständige
BR/Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
BT/Drucks.	Drucksachen des Bundestages
BW	Bauwirtschaft
BWI-Bau	Bauwirtschaftliche Informationen
DAB	Dispute Adjudication Board
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DIN	Norm des Deutschen Instituts für Normung e.V.

DRB	Dispute Review Board
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EPC	Engineering, Procurement, Construction
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
FN	Fußnote
FS	Festschrift
Gbl.	Gesetzblatt
GMP	Guaranteed Maximum Price
HGCR Act	The Housing Grants, Construction and Regeneration Act (England and Wales) 1998
IBR	Immobilien- & Baurecht
ICLR	International Construction Law Review
JehringJhb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Rudolf von Jhering
Jhb.	Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht Berlin
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier/Möhring (Hrsg.) Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen

n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs – Report
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG Report
Q.B.	Queens Bench
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabels
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RIW/AWD	siehe RIW
Rn.	Randnummer
SFH	Schäfer/Finnern/Hochstein, Rechtsprechung zum privaten Baurecht
SVG-VO	Verordnung über die Aufgaben und die Arbeitsweise des Staatlichen Vertragsgerichts vom 18. April 1963, GBl. II S. 293, in der Fassung der ÄndVO vom 9. September 1965, GBl. II, S. 711
VersR	Versicherungsrecht
Vgl.	vergleiche
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
WM	Wertpapiermitteilungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZAP	Zeitschrift für Anwaltspraxis
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
Zust.	Zustimmend

Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts

Einleitung

I. Problemdarstellung

Vertragliche Regelungen bilden die rechtliche Grundlage des Funktionierens einer auf dem Austausch von Waren- und Leistungen basierenden Wirtschaftsordnung¹. Entsprechend der Vielseitigkeit des Wirtschaftslebens ist die Anzahl der verschiedenen Vertragstypen hoch². Das Vertragsrecht ermöglicht dem Einzelnen im Wirtschaftsleben die individuelle Entfaltung seiner Person durch den Abschluß von Verträgen, da vertragliche Regelungen gewöhnlich auf freier Willenseinigung beruhen³. Aus diesem Grundsatz folgt, daß die vertragliche Regelung eine Angelegenheit ist, die grundsätzlich nur die Vertragsparteien betrifft⁴. Gesetzliche Regelungen für den Vertrag sind neben den Vereinbarungen der Parteien nur dann notwendig, wenn der Vertrag selbst keine vollständige Ausgestaltung des Verhältnisses der Parteien enthält⁵. Ist im Vertrag eine Regelung über die Zuordnung des jeweiligen Risikos getroffen worden, könnten sich Juristen regelmäßig auf die Ansicht des Richters in *Eckersley v Mersey Docks and Harbour Board*⁶ beschränken, der ausführte: „... *No doubt that is a position which, prima facie, raises some surprise in a judicial mind; but that is the contract of the parties.*“ Selbst wenn diese Aussage in ihrer liberalistischen Grundhaltung heute nicht mehr dem modernen Rechtsdenken entspricht, weil die Vertragsfreiheit ihre Grenzen in den Bestimmungen des zwingenden Gesetzesrechts und den nach § 138 BGB zu beachtenden sittlichen Geboten findet⁷, ist auch heute noch die Parteivereinbarung der gesetzlichen Regelung im Regelfall vorrangig. Da ein vollständiger Vertrag, d.h. ein Vertrag, der sämtliche Risiken vorhersieht und

¹ Schäfer/Ott, S. 372.

² Vgl. Weyers AcP 182 (1982), S. 67 ff, der allein für den Werkvertrag über 200 verschiedene Anwendungsformen fand.

³ Weick, Standardbedingungen S. 1.

⁴ Weick, aaO.

⁵ Schäfer/Ott S. 373; Posner Chapter 4.1, p. 101, Friedman p. 147.

⁶ *Eckersley v. Mersey Docks and Harbour Board* (1894) 2 Q.B. 667.

⁷ BGH ZIP 1984, S. 71.

einer der Vertragsparteien zuordnet, kaum vorstellbar ist⁸, muß diese Vollständigkeit durch das Vertragsrecht hergestellt werden, indem es eine Regelung für die Konfliktfälle trifft, die durch die Parteien nicht geregelt worden sind⁹.

Die vorhandenen gesetzlichen Regelungen werden wegen ihres hohen Abstraktionsgrades nicht immer den Eigenarten der im Wirtschaftsleben gebräuchlichen Vertragstypen gerecht. Insbesondere das Werkvertragsrecht des BGB, das gleichermaßen für die Herstellung eines Maßanzuges wie für den Bau einer komplexen technischen Anlage Anwendung findet¹⁰, trägt den Unterschieden der einzelnen Vertragstypen und den Bedürfnissen der Praxis nicht ausreichend Rechnung.

Die vorstehende Feststellung gilt in besonderem Maße für den Bauvertrag, der ein typisches Anwendungsbeispiel des Werkvertragsrechts darstellt. Aufgrund der Unzulänglichkeiten des BGB Werkvertragsrechts für die praktischen Bedürfnisse des Bauens wurde durch den Deutschen Verdingungsausschuß (DVA) die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) entwickelt¹¹. Diese ursprünglich für das öffentliche Submissionswesen gedachten Standardvertragsbedingungen haben heute eine überragende Bedeutung für das deutsche Bauvertragsrecht erlangt, da sie auch von privaten Auftraggebern, bzw. von Bauunternehmern den Bauverträgen zugrunde gelegt werden¹².

Die Besonderheit des Bauvertrages gegenüber anderen Werkverträgen besteht darin, daß die am Bau Beteiligten durch den Vertrag auf längere Zeit rechtlich miteinander verbunden werden. Der Charakter des Bauvertrages ist nicht durch einen rein punktuellen Leistungsaustausch gekennzeichnet, wie es für einen Kaufvertrag oder einen einfachen Werkvertrag typisch ist¹³, sondern die Vertragsparteien werden in der Vorbereitungs-, Leistungs- und

⁸ Schäfer/Ott S. 373; Friedman p. 147.

⁹ Schäfer/Ott S. 373.

¹⁰ Nicklisch JZ 1984, S. 757; ders. in FS für Habscheid S. 221.

¹¹ Zur Geschichte der VOB z.B. Ingenstau/Korbion Einl. Rn. 6 ff mwN.

¹² Horsch/Oberhauser Jahrbuch Baurecht 1999, S. 136 (140) gehen davon aus, daß die VOB bei 94 von 100 Verträgen vereinbart wird.

¹³ Nicklisch BB 1979, S. 533; ders. in JZ 1984, S. 757; ders. in FS für Habscheid S. 221; ders. in NJW 1985, S. 2363; Schlotke in „Der komplexe Langzeitvertrag“ S. 377.

Gewährleistungsphase auf längere Zeit miteinander rechtlich verbunden¹⁴. Um diesem Zeitmoment sprachlich gerecht zu werden, wird der Bauvertrag in Abgrenzung zu einem auf punktuellen Leistungsaustausch ausgerichteten Werkvertrag einerseits und einem Dauerschuldverhältnis andererseits als ein (komplexer) Langzeitvertrag bezeichnet¹⁵.

Ein weiterer offensichtlicher Unterschied zu sonstigen Verträgen besteht beim Bauvertrag darin, daß es sich häufig um mehr als ein reines Zweipersonenverhältnis handelt. Es sind am Zustandekommen eines Bauwerkes mehrere Personen, wie der Bauherr, der Planer, die Sonderfachleute und die verschiedenen Bauhandwerker, beteiligt, deren Aufgabenkreise miteinander verknüpft sind¹⁶.

Aufgrund der komplexen Anforderungen und der während der Bauausführung regelmäßig notwendig werdenden Änderungen des Projektes, können im Vertrag nicht alle auftretenden Probleme vorausschauend geregelt werden. Der Inhalt des Bauvertrages knüpft nicht an einen fixen Zeitpunkt an, sondern wird im Laufe der Vertragsdurchführung konkretisiert und angepaßt. Häufig stellt sich erst in der Durchführungsphase heraus, daß die ursprüngliche Planung nicht oder nur verändert realisiert werden kann. Eine Anpassung des Vertrages aufgrund der geänderten Bedürfnisse wird dann notwendig. Der Bauvertrag ist daher ein unvollständiger Vertrag, dem nur Rahmencharakter zukommt¹⁷.

Wegen der langen Dauer der Herstellungsphase und der technischen Komplexität des einzelnen Vorhabens sind die Bauvertragsparteien während der Vertragsausführung faktisch zu einer Kooperation gezwungen. Der Unternehmer wäre sonst kaum in der Lage, die geschuldete Bauleistung zu erbringen, und auch der Bauherr wird bei Auftragserteilung nicht überblicken können, welche Probleme im Verlaufe der Bauarbeiten auftreten können. Aus

¹⁴ Nicklisch FS für Habscheid S. 221.

¹⁵ Nicklisch BB 1979, S. 533; ders. in „Der komplexe Langzeitvertrag“, S. 17 ff; Schlotke in Nicklisch (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“ S. 377 ff; vgl. auch Macneil in Nicklisch (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, S. 31 ff.

¹⁶ Nicklisch, in „Der komplexe Langzeitvertrag“ S. 18.

¹⁷ Nicklisch FS für Habscheid S. 222; ders. in BB 1979, S. 533; ders. in FS für Lukes S. 144 f; Oberhauser S. 335; Leonhard BB 1999, Beilage 9, S. 15.

diesem Grund hat der VII. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 28.10.1999¹⁸ im Leitsatz formuliert:

„Die Vertragsparteien eines VOB/B Vertrages sind während der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet“.

Die Qualifizierung des VOB/B Vertrages als ein Kooperationsmodell stellt einen neuen Trend der Rechtsprechung des BGH dar¹⁹, der einen früher in der Literatur geäußerten Gedanken von Nicklisch²⁰ aufgreift und für die Praxis zu nutzen versucht.

Die Entscheidung, ist in der Literatur mit der Begründung kritisiert worden, der BGH habe lediglich Selbstverständlichkeiten in Leitsätze gefaßt, die keine Folgen für die rechtsanwendende Praxis haben werden²¹. Das Bedürfnis, vermeintlich selbstverständlich bestehende Kooperationspflichten rechtlich zu fixieren und durchsetzen zu können, wird jedoch durch die tatsächlichen Verhältnisse am Bau und die hohe Zahl der anhängigen Streitverfahren²² deutlich. Die Kritik ist insofern berechtigt, als die Formulierung einer Kooperationspflicht im Leitsatz eines Urteils nur dann rechtliche Auswirkungen auf die Baupraxis haben kann, wenn der Bauvertrag nach der VOB/B tatsächlich durch Rechtspflichten gekennzeichnet ist, aus denen die Vertragsparteien über die reine Leistungserbringung hinaus zu einem Zusammenarbeiten verpflichtet werden. Die Vertragsparteien müssen in der Lage sein, diese Pflichten durchzusetzen, bzw. deren Nichterfüllung zu sanktionieren. Zusätzlich müssen wirksame Mechanismen zur Streitbeilegung existieren. Die Kooperationspflichten müßten dabei so im Bauvertragsrecht angelegt sein, daß eine möglichst gerichtsfreie Durchsetzung möglich ist²³,

¹⁸ BGH BauR 2000, S. 409 = BGHZ 143, 89.

¹⁹ So Kniffka auf den Leipziger Baurechtstagen Juni 2000; vgl. auch Quack IBR 2000, S. 198.

²⁰ Nicklisch BB 1979, S. 533 ff. Bereits Hedemann, S. 359, bezeichnete 1931 das zwischen den Parteien des Werkvertrages bestehende Verhältnis als „Kameradschaftsverhältnis“, obwohl er die primäre Ausrichtung auf den geschuldeten Erfolg hervorhob. Das „Kameradschaftsverhältnis“ wollte Hedemann vor allem daran festmachen, daß der Auftraggeber schon vor der Abnahme gegen Mängel vorgehen könne.

²¹ Grieger BauR 2000, S. 696 f.

²² Gessner Jhb. Baurecht 2001, S. 119; Kniffka formulierte auf den Freiburger Baurechtstagen 2000: „Die Praxis entfernt sich zunehmend von diesem Kooperationsmodell. Die Konfliktbereitschaft der Vertragsparteien steigt. Die Kooperationsbereitschaft sinkt.“

²³ Erkelenz ZfBR 2000, S. 435 ff; aA offenbar Quack IBR 2000, S. 199.

denn die Kooperation der Parteien ist beendet, wenn der Vertrag vor dem Richter landet. Bei derartigen Pflichten kann es sich nur um neben den Hauptleistungspflichten bestehende oder den Hauptleistungspflichten beigeordnete Pflichten des Bauherrn gegenüber dem oder den Unternehmern, des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn oder des Unternehmers gegenüber anderen Unternehmern handeln.

Ein Blick in die baurechtliche Literatur zeigt, daß keine Klarheit über rechtliche Einordnung der hier zu diskutierenden Pflichten besteht²⁴. Eine grundlegende rechtliche Untersuchung des im Bauvertragsrecht angelegten Kooperationsmodells wurde bislang nicht unternommen.

II. Vorgehensweise

Die Arbeit beginnt damit, den Begriff der Kooperation im Recht zu definieren. Es sollen die im VOB/B Vertrag normierten oder durch die Rechtsprechung und Literatur entwickelten Pflichten, die zur Durchführung des Vertrages notwendig sind und die zur Absicherung der Hauptleistungspflichten der Parteien dienen, in ihrem rechtlichen Zusammenwirken systematisch aufgearbeitet und ihrer bisherigen rechtlichen Anwendung analysiert werden. Es soll untersucht werden, ob im Bauvertragsrecht Kooperationspflichten existieren, ob diese in ihrem rechtlichen Umfang erkannt werden und ob diesen Pflichten von der Rechtsprechung ausreichend Geltung verschafft wird. Grundlage der Untersuchung ist der Bauvertrag nach der VOB/B. Auf besondere Formen der unternehmerischen Zusammenarbeit bei der Errichtung von Bauwerken, wie die ARGE, das Außen- oder Innenkonsortium oder die Bildung von Joint Venture Unternehmen, die aus einem Bedürfnis nach verstärkter Kooperation entstanden sind, soll nicht vertiefend eingegangen werden²⁵. Vielmehr wird die Untersuchung auf das im Gesetz oder in

²⁴ Unklar ist insbesondere die Einordnung als Hauptleistungs-, Nebenleistungs-, Nebenpflicht oder Obliegenheit, ausführlicher mit Teilbereichen des Themas haben sich befaßt: Hüffer „Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln“ 1976; Müller-Foell „Die Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag“ 1982; Ebert „Nebenpflichten des Unternehmers im Werkvertrag“ 1999, ohne allerdings Aspekte des Kooperationsgedankens rechtlich näher zu beleuchten. Vgl. Kniffka in Jhb. Baurecht 2001, S. 1 ff.

²⁵ Vgl. dazu Hartkappe „Unternehmereinsatzformen“; Schaub „Kooperationsvertrag“; Moecke RIW 1978, S. 73; Riedl FS für Heiermann S. 269 ff.

standardisierten Vertragsbedingungen für Bauleistungen angelegte Vertragsmodell beschränkt. Ziel dieses Teils der Arbeit ist es herauszufinden, ob es die derzeitige Rechtslage rechtfertigt, vom VOB/B Vertrag als Kooperationsmodell zu sprechen. Es soll also eine Antwort auf die Frage gefunden werden, ob Kooperation eine rechtliche Kategorie ist, oder ob sich die Notwendigkeit zur Kooperation nicht vielmehr aus betriebswirtschaftlichen und sozialen Gründen ergibt, so daß rechtliche Regelungen lediglich Rahmenbedingungen kooperativer Beziehungen sind. Da sich die Rechtsprechung des BGH bisher darauf beschränkt hat, die Kooperationspflichten auf den VOB/B Bauvertrag zu beziehen²⁶, soll darauf eingegangen werden, ob die gleiche Rechtslage für den BGB Werkvertrag gilt. Die Regelungen der VOB/B sollen mit anderen Standardbedingungen für Bauverträge verglichen werden, um daraus Vorschläge für eine Ergänzung des Kooperationsverhältnisses im Bauvertragsrecht abzuleiten.

III. Begriffsabgrenzungen

Eine einheitliche Terminologie besteht im Werkvertragsrecht bedauerlicherweise nicht. So wird in der VOB/B vom „Auftragnehmer“²⁷ im Werkvertragsrecht des BGB hingegen vom „Unternehmer“²⁸ gesprochen. Der Gläubiger der Werkleistung heißt in der VOB/B „Auftraggeber“²⁹ im BGB dagegen „Besteller“³⁰. Durch die unterschiedliche Terminologie werden keine inhaltlichen Unterschiede zum Ausdruck gebracht. In dieser Arbeit wird durchgehend von Auftraggeber und Auftragnehmer gesprochen.

Gegenstand des BGB Werkvertrages ist die Herstellung des Werkes³¹. Dagegen ist im Bauvertrag nach der VOB/B als Vertragsgegenstand nur von der Leistung die Rede³². Diese Begriffe beschreiben Bauleistungen, d.h. Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt,

²⁶ BGH BauR 1996, S. 542; BauR 2000, S. 409.

²⁷ Vgl. etwa §§ 1 Nr. 4; 2 Nr. 3 Abs. 3; Nr. 4; Nr. 6 Abs. 1; 3 Nr. 1; 4 Nr. 1 Abs. 4.

²⁸ § 631 BGB.

²⁹ Vgl. §§ 1 Nr. 3; Nr. 4; 2 Nr. 4; Nr. 6 Abs. 1; 9 Abs. 1; 3 Nr. 2.

³⁰ § 631 BGB.

³¹ § 631 BGB.

³² § 1 Nr. 1 VOB/B.

instandgehalten oder beseitigt wird³³. Die Terminologie der VOB/B ist speziell auf den Bauvertrag zugeschnitten und soll deshalb in dieser Arbeit benutzt werden.

IV. Definition des Kooperationsbegriffs

Der Begriff der Kooperation wird sprachlich vom lateinischen „cooperatio“ abgeleitet und bedeutet Zusammenwirken oder Zusammenarbeit. Ausgedrückt wird der Prozeß einer gemeinsamen Zielverfolgung.

Kooperation ist nicht allein eine rechtliche Kategorie. Der Kooperationsgedanke spielt vor allem in der Soziologie und in den Wirtschaftswissenschaften eine wichtige Rolle. In den Rechtswissenschaften wird der Kooperationsbegriff für verschiedene Rechtsgebiete, wie dem Umwelt-, Kartell- und dem Gesellschaftsrecht, diskutiert.

Im Kartellrecht wird unter Kooperation die Zusammenarbeit zwischen meist wenigen rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen zur Steigerung der gemeinsamen Wettbewerbsfähigkeit verstanden, wobei verschiedene Stufen der Kooperationsintensität unterschieden werden. Die Kooperation reicht vom bloßen Informationsaustausch über Erfahrungsaustausch, Absprachen, Gemeinschaftsarbeiten bis hin zur Bildung eines Kooperationsmanagements und zur Gemeinschaftsgründung³⁴. Den gleichen Inhalt hat der Kooperationsbegriff in den Wirtschaftswissenschaften. Hier ist beabsichtigt, unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Dispositionsfreiheit der einzelnen Unternehmen durch Zusammenarbeit auf einzelnen Gebieten technischen und wirtschaftlichen Fortschritt zu erzielen³⁵. Es handelt sich dabei um Formen unternehmerischer Zusammenarbeit, die auch im Baugewerbe, insbesondere bei der Bildung von

³³ Heiermann/Riedl/Rusam B § 1.1 Rn. 11; vgl. auch BGH NJW 1973, S. 368.

³⁴ Gabler Wirtschaftslexikon 1992, Suchbegriff „Kooperation“.

³⁵ Weigert/Pepels WiSo-Lexikon, Suchbegriff „Kooperation“; vgl. Marx, Kapital Band 1, S. 340 „Die Form der Arbeit vieler, die in demselben Produktionsprozeß oder in verschiedenen, aber zusammenhängenden Produktionsprozessen, planmäßig neben- und miteinander arbeiten, heißt Kooperation.“

ARGEn und Konsortien beträchtliche Bedeutung besitzen und in der Regel gesellschaftsrechtlichen Charakter haben³⁶.

Im Umweltrecht dient der Kooperationsbegriff dazu, daß Zusammenwirken von Staat und Gesellschaft bezogen auf den Umweltschutz rechtlich zu erfassen³⁷. Das Kooperationsprinzip in der Umweltpolitik soll verdeutlichen, daß der Umweltschutz ein gemeinsames Anliegen aller gesellschaftlichen Kräfte ist³⁸. Das Umweltrecht versucht, dieses Prinzip gesetzlich umzusetzen und eine Zusammenarbeit von Bürgern und Staat, bzw. von Verursachern und Betroffenen nach Möglichkeit zu fördern. Es findet seinen Ausdruck in verschiedenen umweltrechtlichen Vorschriften.

Sogenannte Kooperationen finden sich daneben im landwirtschaftlichen Bereich, wo aus arbeits-, markt- und betriebswirtschaftlichen Gründen Inventar gemeinsam angeschafft und genutzt wird³⁹. Die Kooperation hat dort gesellschaftsrechtlichen Charakter.

Im Vertragsrecht ist der Begriff der Kooperation bislang nicht definiert, so daß zunächst vom Wortsinn ausgegangen werden muß. Kooperation bedeutet im Vertragsrecht das Zusammenwirken der Vertragsparteien zur Erreichung des Vertragszwecks. Voraussetzung der Kooperation ist die Anerkennung der Verschiedenheit der an dem Kooperationsverhältnis Beteiligten und deren unterschiedlicher Interessenlage, die durch das Kooperationsverhältnis, d.h. durch den Vertrag, organisiert und strukturiert werden, so daß ein Verhältnis der gemeinsamen Aufgabenerfüllung entsteht. Der Kooperationsbegriff im Vertragsrecht setzt voraus, daß über die ausschließliche Abgrenzung gegenseitiger Rechtspositionen hinausgegangen wird⁴⁰.

³⁶ Vgl. dazu Hartkappe aaO; Schaub aaO.

³⁷ Gusy ZUR 2001, S. 1 ff; Murswiek ZUR 2001, S. 7 ff; Reese ZUR 2001, S. 14 ff; Wieland ZUR 2001, S. 20 ff; Voßkuhle ZUR 2001, S. 23 ff.

³⁸ Deutsches Rechtslexikon 1992, Suchbegriff „Kooperationsprinzip“; vgl. auch Blum S. 514.

³⁹ Deutsches Rechtslexikon 1992, Suchbegriff „Kooperation“.

⁴⁰ Coing in FS für Dölle Bd. I S. 34.

Im Gegensatz zum heutigen Vertragsrecht wurde dem Kooperationsbegriff im Recht der DDR eine herausgehobene Bedeutung beigemessen, die sich in ihrer ideologischen Zielsetzung deutlich von dem eben dargestellten Ansatz unterschied. § 14 ZGB geht von einer grundsätzlichen Verpflichtung zur Zusammenarbeit im Zivilrecht aus. In § 44 ZGB war die Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit der Vertragsparteien als Grundsatz des Vertragsrechts normiert. Verstöße gegen diese Verpflichtung konnten die materiell rechtliche Verantwortlichkeit auslösen⁴¹. Für Verträge im Wirtschaftsleben waren Kooperationspflichten im Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft angelegt⁴². Gesellschaftspolitischer Hintergrund der Ausrichtung des DDR-Rechts auf die verstärkte Kooperationsverpflichtung war, die planmäßige Zusammenarbeit der Betriebe sicherzustellen. Dabei ging es eher um die Koordinierung der Zusammenarbeit von Rechtssubjekten mit grundsätzlich gleichen Interessen⁴³ als um die Kanalisierung verschiedener Interessen zur gemeinsamen Zweckerreichung. Die Anerkennung der Verschiedenheit der beteiligten Interessen und damit der Grundsatz der Trennung in den Kooperationsbeziehungen sollte aufgehoben und durch die Anerkennung eines gemeinsamen Interesses ersetzt werden⁴⁴. Dennoch können die damals gewonnenen Erkenntnisse für das heutige Vertragsrecht fruchtbar gemacht werden, soweit sich die rechtlichen Regelungen von ihrem ideologischen Hintergrund lösen lassen.

⁴¹ § 14 Nr. 4 ZGB-Kommentar.

⁴² Vertragsgesetz vom 25.02.1965, GBl. I S. 107, vgl. dazu Kommentar zum Kooperationsrecht 1970.

⁴³ Kommentar zum Vertragsgesetz, Vorb. §§ 1,2 unter 1.

⁴⁴ Philosophisches Wörterbuch, Bd. 1, S. 299 „Einheit und Kampf der Gegensätze“.

1. Teil – Arten und Rechtsnatur der Kooperationspflichten

I. Kooperationspflichten im VOB/Bauvertrag

1. Abgrenzung zu den anerkannten Hauptleistungspflichten

a. Leistungspflicht des Auftragnehmers

Hauptleistungspflicht des Auftragnehmers im Bauvertrag ist die Ausführung der geschuldeten Leistung, d.h. die Errichtung des versprochenen Bauwerkes⁴⁵. Die Herstellung hat entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen, die sich beim Bauvertrag in der Regel aus dem Leistungsverzeichnis⁴⁶ ergeben, zu erfolgen. Der Gegenstand der vertraglichen Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers wird bei Vertragsschluß festgelegt. Ein Änderungsrecht des Auftraggebers besteht beim BGB Bauvertrag nicht. Für Änderungen des Leistungsumfanges bedarf es der Anpassung des Vertrages oder des Abschlusses eines neuen Vertrages über die geänderte oder zusätzliche Leistung.

Dieser werkvertragliche Grundsatz wird in der VOB/B durch verschiedene Regelungen modifiziert und ergänzt. Nach § 1 Nr. 3 VOB/B kann der Auftraggeber der Bauentwurf ändern. Das Änderungsrecht des Auftraggebers wird extensiv ausgelegt und umfaßt den gesamten Inhalt der bauvertraglichen Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers⁴⁷. Gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B ist der Auftragnehmer verpflichtet, auf Verlangen des Auftraggebers nicht vereinbarte Leistungen, die für die vertragliche Leistung erforderlich werden, mit auszuführen. Die Leistungspflicht des Auftragnehmers wird damit über die vertraglich vereinbarte Leistung erweitert, soweit es sich um

⁴⁵ Jasper S. 86; Palandt/Sprau § 631 Rn. 12; Der Auftragnehmer hat dafür einzustehen, daß seine Leistung die zugesicherten Eigenschaften besitzt, nach den anerkannten Regeln der Technik ausgeführt wurde und im Zeitpunkt der Abnahme nicht mit Mängeln behaftet ist. Nach § 4 Nr. 7 VOB/B ist der Auftragnehmer verpflichtet, Mängel schon vor der Abnahme zu beseitigen, sofern diese in der Ausführungsphase erkannt werden. Vgl. BGH NJW 1969, S. 653; 1971, S. 838; Locher, S. 94; Larenz, Schuldrecht II. Halbband S. 346.

⁴⁶ Cuypers BauR 1997, S. 27.

⁴⁷ Weyer BauR 1990, S. 140; Ingenstau/Korbion B § 1 Rn. 35; Nicklisch/Weick § 1 Rn. 25.

erforderliche Zusatzleistungen handelt. Es handelt sich um eine in der VOB/B angelegte Form des Kontrahierungszwanges. Begrenzt wird die Ausführungspflicht des Auftragnehmers durch § 1 Nr. 4 VOB/B dahingehend, daß der Auftragnehmer nicht verpflichtet ist, Leistungen auszuführen, auf die sein Betrieb nicht eingerichtet ist. Diese Einschränkung muß auch für das Änderungsrecht des Auftraggebers aus § 1 Nr. 3 VOB/B gelten⁴⁸.

b. Vergütungspflicht

Der Herstellungspflicht des Auftragnehmers steht die Vergütungspflicht des Auftraggebers gegenüber, der verpflichtet ist, nach Abnahme der Werkleistung den vereinbarten Werklohn zu bezahlen⁴⁹. Durch das am 1. Mai 2000 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wurde durch § 632 a BGB ein Anspruch des Auftragnehmers auf Abschlagszahlungen für in sich abgeschlossene Teile der Werkleistung eingeführt, so daß die generelle Vorleistungspflicht des Auftragnehmers beim BGB Werkvertrag gemildert wurde⁵⁰. In der VOB/B besteht der Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B. Einen Anspruch auf Vorauszahlungen sieht das BGB Werkvertragsrecht nicht vor. Die VOB/B gewährt diesen Anspruch gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 1 nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung.

Besondere, auf den Bauvertrag zugeschnittene Ergänzungen des Vergütungsanspruches sind in der VOB/B geregelt.

Bei Mengenänderungen ab 10% gegenüber der vertraglichen Leistung soll im Einheitspreisvertrag entsprechend der Regelung des § 2 Nr. 3 VOB/B eine Vereinbarung über die Anpassung der Vergütung getroffen werden.

Nach § 2 Nr. 5 VOB/B ist ein neuer Preis zu vereinbaren, sofern durch Änderungen des Bauentwurfes oder anderer Anordnungen des

⁴⁸ Egner S. 30f.

⁴⁹ Heiermann/Riedl/Rusam B § 2 Rn. 1; Palandt/Sprau § 631 Rn. 15; Jasper S. 96.

⁵⁰ Voppel BauR 2001, S. 1165.

Auftraggebers die Grundlagen des Vertragspreises geändert werden. Die Preisanpassungspflicht ist unmittelbare Folge des Änderungsrechts des Auftraggebers aus § 1 Nr. 3 VOB/B. Die Verantwortung für die Vertragsänderung muß eindeutig beim Auftraggeber liegen⁵¹, so daß bei ohnehin vertraglich geschuldeten Leistungen kein Anspruch auf Preisanpassung besteht. Insbesondere bei Erschwernissen innerhalb der geschuldeten Leistung und bei erkennbar unrichtiger oder unvollständiger Leistungsbeschreibung ist § 2 Nr. 5 VOB/B nicht anwendbar⁵². § 2 Nr. 5 VOB/B ist als eine Regelung im Spannungsverhältnis der Planungsverantwortung des Auftraggebers und der Sorgfalts- und Prüfungspflichten des Auftragnehmers zu sehen. Die Höhe des neuen Preises ist unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu bilden. Treten keine derartigen Kosten auf, ist der bisherige Vertragspreis einzusetzen. Einen genauen Preisbildungsmaßstab für Fälle, in denen sich die Parteien nicht auf einen neuen Preis einigen können, enthält die Regelung nicht, sondern es wird lediglich auf anerkannte Kalkulationsmethoden verwiesen⁵³.

§ 2 Nr. 6 VOB/B gewährt dem Auftragnehmer einen besonderen Vergütungsanspruch für zusätzlich geforderte Leistungen und stellt die unmittelbare Folgeregelung zu § 1 Nr. 4 VOB/B dar. Auch diese Regelung greift nur bei echten Zusatzleistungen ein, die im Vertrag weder vereinbart noch aus dem Vertrag ersichtlich notwendig sind⁵⁴. Bei der Preisbildung nach § 2 Nr. 6 VOB/B ist auf die Grundlagen der Preisermittlung unter Berücksichtigung der Kostenlage abzustellen. Eine Kalkulationsmethode unter Berücksichtigung bestimmter Kosten wird nicht vorgegeben, sondern es wird auf eine vergleichende Kalkulation nach anerkannten Methoden verwiesen.

§ 2 Nr. 7 VOB/B trifft unter Verweis auf § 242 BGB eine Regelung für die Preisanpassung im Pauschalpreisvertrag für den Fall einer erheblichen Abweichung zwischen ausgeführter und vorgesehener Leistung.

⁵¹ BGHZ 95, 128.

⁵² Ganten/Jagenburg/Motzke § 2 Nr. 5 Rn. 11 mwN, zu den Prüfungspflichten des Auftragnehmers bei unvollständiger Leistungsbeschreibung.

⁵³ Ingenstau/Korbion B § 2 Nr. 5 Rn. 278; vgl. zu bauwirtschaftlichen Kalkulationsmethoden, Freiberger Handbuch – Jacob/Winter/Stuhr § 13.

c. Verhältnis von Leistungspflicht und Vergütungspflicht

Diese beiden, zueinander in dem für einen gegenseitigen Vertrag typischen Synallagma stehenden Hauptleistungspflichten bilden den rechtlichen Rahmen des Bauvertrages⁵⁵. Der Auftragnehmer erbringt die Leistung, um im Gegenzug den Werklohn zu erhalten. Ebenso verpflichtet sich der Auftraggeber nur deshalb zur Bezahlung, weil er die Bauleistung erhalten will. Um diesen rechtlichen Rahmen auszugestalten, bzw. um die Erfüllung dieser Hauptleistungspflichten zu ermöglichen und abzusichern, ist die Erfüllung einer Vielzahl weiterer Pflichten notwendig.

d. Abnahmepflicht

Von diesen weiteren Pflichten ist lediglich die in § 640 BGB geregelte und durch § 12 VOB/B für den VOB/B Vertrag modifizierte Abnahmepflicht als Hauptleistungspflicht des Auftraggebers anerkannt⁵⁶. Die Pflicht des Auftraggebers, die Werkleistung abzunehmen, ist eine der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers im Bauvertragsrecht⁵⁷. Die Abnahmeverpflichtung ist nach herrschender Meinung selbständig einklagbar⁵⁸ und dem Auftragnehmer stehen bei einer vertragswidrigen Verletzung der Abnahmeverpflichtung die Ansprüche aus §§ 320 ff BGB gegen den Auftraggeber zu⁵⁹. Die Abnahmeverpflichtung wird in das Synallagma des Werkvertrages aufgenommen⁶⁰. Es wird davon ausgegangen, daß der

⁵⁴ Ganten/Jagenburg/Motzke § 2 Nr. 6 Rn. 13 ff; Heiermann/Riedl/Rusam §2.6 Rn. 126; BGH BauR 1984, S. 395; BauR 1988, S. 338.

⁵⁵ Friedman, p. 145; Posner p. 101.

⁵⁶ RGZ 171, 297 (300); BGH NJW 1972, S. 99; BGH BauR 1989, S. 322; BGH BauR 1996, S. 386; Siegburg ZfBR 2000, S. 507; Heiermann/Riedl/Rusam B § 12 Rn. 4; Palandt/Sprau § 640 Rn. 1; Jasper S. 99; Locher Rn. 40; Merl, Handbuch des priv. Baurechts § 11 Rn. 5; Pietsch „Abnahme im Werkvertrag“ S. 207; aA nur noch Erman § 640 Rn. 16; Esser/Weyers § 33 II; vgl. auch Ennecerus/ Lehmann, S. 504; Schulze S. 86; früher auch Kohler in JheringJhb 17 (1879) S. 261 ff, der eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers ganz ablehnte.

⁵⁷ Weyers, Gutachten, S. 1150.

⁵⁸ BGH BauR 1996, S. 386; BGH BauR 1981, S. 284.

⁵⁹ RGZ 171, 297 (300); AK (Derleder) § 640 Rn. 2; Ingenstau/Korbion § 12 Rn. 2; Locher Rn. 40.

⁶⁰ So die herrschende Meinung, vgl. FN 56; aA insoweit Schulze S. 86, der die Entscheidung vom Einzelfall, also vom Interesse des Unternehmers an der körperlichen Hinnahme der Werkleistung, abhängig machen wollte. Schulze übersieht dabei aber, daß sich das Interesse des Unternehmers an der Abnahme nicht wesentlich auf die Übergabe der Werkleistung, sondern vielmehr auf die übrigen mit der Abnahme verbundenen Folgen, insbesondere die Fälligkeit des Werklohnes, bezieht.

Auftragnehmer die Leistung nur deshalb erbringt, weil er den Werklohn und die Abnahme dafür erhält.

Dies wird heute selbstverständlich hingenommen und nur selten wird eine dogmatische Begründung für diese Ansicht gegeben. Die Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers soll deshalb eine Hauptpflicht des Werkvertrages sein, weil mit der Abnahme vielfältige Folgen verbunden sind, die weit über die reine körperliche Entgegennahme der Bauleistung hinausgehen⁶¹. Mit der Abnahme tritt der Werkvertrag in das Erfüllungsstadium ein. Die Ansprüche des Auftraggebers reduzieren sich auf die Gewährleistung. Ansprüche wegen bekannter aber zum Zeitpunkt der Abnahme nicht gerügter Ansprüche gehen verloren. Die Abnahme markiert den Verjährungsbeginn. Der Werklohn des Auftragnehmer wird fällig und die Leistungsgefahr geht auf den Auftraggeber über⁶². Auch in älteren Arbeiten wurden vor allem diese Besonderheiten herausgestellt, um zu begründen, daß es sich bei der Abnahmeverpflichtung im Werkvertragsrecht gegenüber der Abnahme im Kaufrecht um eine Hauptleistungspflicht des Auftraggebers handelt⁶³. Doch ergibt sich auch aus diesen älteren Arbeiten und den Materialien zur Gesetzgebung des BGB nicht, weshalb die Abnahmeverpflichtung eine im Synallagma des Werkvertrages stehende Hauptleistungspflicht ist⁶⁴. Gerade damals war umstritten, ob der Abnahme neben der rein körperlichen Hinnahme der Werkleistung, wie es die Funktion der Abnahme im Kaufrecht ist, auch noch die Erfüllungswirkung zukommt, die ihr nach dem heute anerkannten zweigliedrigen Abnahmebegriff beigemessen wird⁶⁵.

Sämtliche mit der Abnahme eintretenden Rechtsfolgen liegen vor allem im unmittelbaren Interesse des Auftragnehmers⁶⁶, der auf die Abnahme des Auftraggebers zur Durchsetzung des Werklohnanspruches und zur Befreiung von der Leistungsverpflichtung angewiesen ist. Dennoch handelt es

⁶¹ BGH NJW 1972, S. 99; Larenz Schuldrecht II/1 § 53 III.

⁶² Esser/Weyers § 33 II.

⁶³ Oertmann § 640 1.; Warneyer § 640 Anm. II; Planck § 640 2., der insbesondere auf das Gesetzgebungsverfahren eingeht.

⁶⁴ Nachweise bei Pietsch S. 205 f; Mugdan II S. 923.

⁶⁵ Nachweise bei Pietsch S. 205 f; Heck S. 117; Siber S. 337, die nur die körperliche Hinnahme für maßgeblich hielten; dagegen RGZ 117, 297 (300); Planck § 640 2; zur Abnahme im Kaufrecht heute Palandt/Putzo § 433 Rn. 38.

sich nach der herrschenden Ansicht bei der Abnahmeverpflichtung um eine im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Hauptleistungspflicht handelt⁶⁷. Ein ebenso großes Interesse des Auftraggebers an der Abnahme ist nicht erkennbar. Ihm geht der Erfüllungsanspruch mit der Abnahme verloren und seine Ansprüche beschränken sich auf die Gewährleistungsrechte, die der kurzen Verjährung des § 638 BGB unterliegen. Der Werklohnanspruch des Auftraggebers wird mit der Abnahme fällig und der Auftraggeber trägt die Leistungsgefahr. Zwar kommt der Auftraggeber durch die Abnahme in den rechtlich geschützten Besitz der Werkleistung. Dies hat praktisch allerdings kaum Relevanz, da der Auftraggeber beim Bauvertrag regelmäßig bereits vor der Abnahme durch den Einbau der Sache auf dem Grundstück im Besitz der Sache sein wird⁶⁸, so daß die Abnahme für den Auftraggeber keine notwendige Voraussetzung ist, um in den Genuß der Werkleistung zu kommen. Vor diesem Hintergrund werden auch zahlreiche Gerichtsentscheidungen verständlich, in denen sich der im Besitz des Bauwerkes befindliche Auftraggeber, der auf Werklohn verklagt wird, damit verteidigt, die Bauleistung sei nicht abgenommen worden⁶⁹. Die Abnahmeverpflichtung ist eine Mitwirkungspflicht des Auftraggebers bei der Erfüllung des Werkvertrages.

Der Standpunkt der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, daß es sich bei der Abnahmeverpflichtung um eine Hauptleistungspflicht des Auftraggebers handelt, wird nur verständlich, weil die vertraglichen Leistungspflichten grundsätzlich durch den erklärten Willen der Parteien festgelegt werden⁷⁰. Es können somit Pflichten, die grundsätzlich nicht notwendig sind, um das vertragliche Synallagma zu begründen und den Vertrag zu typisieren, in das Gegenseitigkeitsverhältnis einbezogen werden⁷¹. Aufgrund der vielfältigen Bedeutung der Abnahme für den Werkvertrag und der Tatsache, daß der Auftragnehmer auf die Vornahme der Abnahme durch den Auftraggeber angewiesen ist, kann auf einen Willen der Parteien geschlossen

⁶⁶ Jakobs AcP 183 (1983) S. 162; Larenz Schuldrecht II/1 § 53 III.

⁶⁷ Esser/Weyers § 33 II; Kohler in JheringJhb. 17 (1879), S. 261.

⁶⁸ Sieburg ZfBR 2000, S. 507.

⁶⁹ Nachweise bei Werner/Pastor Rn. 1350 f; Erman § 640 Rn. 1 ff.

⁷⁰ BGH NJW 1972, S. 99; RGZ 101, 429; RG DRiZ 1925, Nr. 417; OLG MDR 1960, S. 758; Gernhuber § 2 III 4, und § 13 III; Esser/Schmidt Schuldrecht AT § 12 III; Larenz Schuldrecht I/1 § 2; Ruhig S. 337; jede Nebenpflicht kann daher Hauptpflicht werden.

⁷¹ Gernhuber aaO; Larenz aaO.

werden, die Abnahmeverpflichtung in das Synallagma des Werkvertrages einzubeziehen. Insbesondere die Verknüpfung der Fälligkeit des Werklohnes mit der Abnahme dürfte für die Charakterisierung der Abnahmeverpflichtung als Teil der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Pflichten ausschlaggebend sein, da sich der Werkvertrag dadurch vom Kaufvertrag unterscheidet, daß Entstehung und Fälligkeit des Werklohnanspruches auseinanderfallen. Die Abnahme ist aufgrund der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers ein derart wesentlicher Bestandteil des Werkvertrages, daß sie in das vertragliche Synallagma einbezogen werden muß. Es kann dann offen bleiben, ob es sich bei der Abnahmeverpflichtung um eine den Werkvertrag typisierende Hauptleistungspflicht⁷² oder eine aufgrund ihrer Bedeutung für den Vertrag in das Synallagma einbezogene Nebenleistungspflicht handelt⁷³. Die §§ 320 ff BGB wären auch anwendbar, wenn die Abnahmepflicht als eine in das vertragliche Synallagma einbezogene Nebenleistungspflicht qualifiziert werden würde.

Es handelt sich bei der Abnahmeverpflichtung, um eine Mitwirkungspflicht des Auftraggebers, die aufgrund ihrer Bedeutung für die Abwicklung des Bauvertrages in dessen Gegenseitigkeitsverhältnis einbezogen ist.

Angesichts des am 1. Mai 2000 in Kraft getretenen Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen⁷⁴ und des Entwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes⁷⁵ war zweifelhaft, ob der Abnahme auch weiterhin eine unverändert große Bedeutung im Bauvertragsrecht zukommen würde. Bereits durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wurde die Abnahmeverpflichtung nach § 640 BGB dahingehend modifiziert, daß die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht mehr verweigert werden darf. Das BGB wurde damit der Regelung des § 12 Nr. 3 VOB/B angepaßt. Die Abnahmewirkungen können gemäß § 641 a BGB nunmehr auch durch die

⁷² Zum Begriff der Hauptleistungspflicht Larenz Schuldrecht I/1 § 2 I.

⁷³ Gernhuber § 2 III 4; MK-Emmerich Vor § 320 Rn. 17; vgl. auch Ruhig S. 337 ff.

⁷⁴ BGBl. I 330 v. 30. März 2000.

⁷⁵ Der Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist bei Canaris „Schuldrechtsmodernisierung 2002“, S. 3 ff veröffentlicht. Nach heftiger Kritik aus dem

Vorlage einer Fertigstellungsbescheinigung, die durch einen Sachverständigen auszustellen ist, ersetzt werden. Der Gutachter, der durch den Auftragnehmer beauftragt wird, ist verpflichtet, bei einem Ortstermin unparteiisch zu bestätigen, daß das versprochene Werk hergestellt und frei von bei einer Besichtigung feststellbaren Mängeln ist. Ob sich die gutachterliche Fertigstellungsbescheinigung in der Praxis tatsächlich als ein Instrument der Beschleunigung der Vertragsabwicklung durchsetzen wird, muß abgewartet werden. Aufgrund des aufwendigen Verfahrens und der mit der Ausstellung der Fertigstellungsbescheinigung verbundenen Haftungsrisiken für den Gutachter, die ihn zu sehr umfangreichen und genauen Prüfungen veranlassen könnten, werden die Beschleunigungs- und Vereinfachungseffekte dieser Regelung mit hoher Wahrscheinlichkeit gering ausfallen. Für Vorhaben kleineren und mittleren Umfangs eignet sich die Fertigstellungsbescheinigung daher nicht.

Reformen des Werkvertragsrechts in größerem Umfang waren mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geplant⁷⁶. Insbesondere der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes der Bundesregierung vom 4. August 2000 sah sehr weitgehende Eingriffe in das System des Werkvertragsrechts vor. Ein großer Teil des bisherigen Anwendungsbereiches des Werkvertragsrechts sollte nach der Konzeption des Diskussionsentwurfes zukünftig dem Kaufrecht unterstellt werden, bei dem die Abnahme nicht die gleiche Bedeutung wie im Werkvertragsrecht hat⁷⁷. Der

Schrifttum wurde der Entwurf geändert. Vgl. auch Siegburg „Handbuch der Gewährleistung beim Bauvertrag“ S. 8 ff.

⁷⁶ Vgl. Teichmann ZfBR 2002, S. 18.

⁷⁷ Vgl. § 631 Abs. 3 des Diskussionsentwurfes; Die Fälligkeit des Werklohnes sollte mit der Fertigstellung des Werkes verknüpft werden. Vgl. § 639 des Diskussionsentwurfes, vgl. auch das Informationspapier zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4. August 2000; das bis Mai 2001 auf den Internetseiten des Bundesjustizministeriums (www.bundesjustizministerium.de) veröffentlicht war. Die Abnahme sollte nur noch erforderlich sein, wenn sie vereinbart oder nach der Beschaffenheit des Werkes üblich ist. Zwar wäre danach die Abnahme beim Bauvertrag weiterhin notwendig geblieben, da sie als üblich anzusehen gewesen wäre. Der Verjährungsbeginn sollte nicht mehr mit der Abnahme sondern mit dem Zeitpunkt verknüpft werden, in dem das Werk dem anderen Teil zur Verfügung gestellt wird (§ 198 Abs. 4 DE). Der Verjährungsbeginn wurde danach mit der Fertigstellung verknüpft, da der Gefahrübergang nach der Neuregelung auch bei abnahmepflichtigen Werken auf den Zeitpunkt der Fertigstellung vorverlegt werden sollte (§ 641 des Entwurfes, vgl. S. 589 der Begründung, Siegburg „Handbuch des Gewährleistungsrechts“ S. 14). Mit der Fertigstellung wandeln sich die Erfüllungsansprüche des Auftraggebers in Gewährleistungsansprüche um. Die Abhängigkeit von der Abnahme sollte aufgegeben werden. Hätten sich diese Regelungsvorschläge durchgesetzt, wäre die Konzeption der Abnahme als Hauptleistungspflicht kaum noch aufrechtzuerhalten gewesen, da die Rechtsfolgen der Abnahme wesentlich geringer geworden wären (zwar schien die Begründung des

Diskussionsentwurf erfuhr in der Literatur nicht nur wegen der vorgesehenen Änderungen des Werkvertragsrechts massive Kritik⁷⁸, die dazu geführt haben, daß der Entwurf einer grundlegenden Überarbeitung unterzogen wurde. Zahlreiche Regelungen des Diskussionsentwurfes waren im Regierungsentwurf⁷⁹ deshalb nicht mehr enthalten. Aufgrund des Regierungsentwurfes wurde letztendlich das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 verabschiedet⁸⁰. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz läßt die Abnahmeregelungen, insbesondere für das Bauvertragsrecht, unberührt⁸¹. Es bleibt nun abzuwarten, ob zu einem späteren Zeitpunkt eine spezielle gesetzliche Regelung für das Bauvertragsrecht geschaffen wird, die trotz entsprechender Vorschläge aus der Literatur⁸² keinen Eingang in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gefunden hat.

2. Mitwirkungspflichten und Mitwirkungsrechte des Auftraggebers

Der Bauvertrag ist durch eine Vielzahl von Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers gekennzeichnet, deren Nichtvornahme den Auftragnehmer vielfach außer Stande setzt, seine Leistung zu erbringen. In der VOB/B sind zahlreiche Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im Einzelnen aufgezählt. Im BGB fehlt eine vergleichbare Auflistung dieser Mitwirkungshandlungen. Rechtsprechung und Literatur wenden die in der VOB/B geregelten Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers häufig auch zur Ausgestaltung der

Gesetzesentwurfes, S. 582, davon auszugehen, daß die Abnahmepflicht auch zukünftig als Hauptleistungspflicht anzusehen ist; so auch Siegburg „Handbuch des Gewährleistungsrechts“ S. 9. Die vorgesehene Neuregelung ging von einer wesentlich geringeren Bedeutung der Abnahmepflicht für den Werkvertrag aus, die es nicht mehr rechtfertigt, ihr die Bedeutung einer Hauptleistungspflicht beizumessen. Die veränderte Konzeption der Abnahmepflicht wurde damit begründet, daß die Abnahme in der bisherigen Regelung stark überbetont wurde, S. 582 der Begründung. In der Realität sei die Abnahme eher die Ausnahme.). Die Schwäche des Diskussionsentwurfes lag darin, daß er keine Unterschiede zwischen den verschiedenen Werkvertragstypen machte und insbesondere den Besonderheiten des Bauvertrages, bei dem die Abnahmepflicht eine überragende Rolle für die Vertragsabwicklung spielt, nicht berücksichtigt hat.

⁷⁸ Vgl. Roth JZ 2001, S. 543 ff; Kraus, BauR 2001, S. 1 ff; Wetzlar, ZRP 2001, S. 117 ff; Zimmermann JZ 2001, S. 171 ff; Gsell/Rüfner NJW 2001, S. 424 ff; Brüggemeier/Reich BB 2001, S. 213 ff; Dauner-Lieb JZ 2001, S. 8 ff; Honsell JZ 2001, S. 18 ff; Schapp JZ 2001, S. 538 ff; Rüfner ZfIR 2001, S. 16 ff; Ernst/Gsell ZIP 2000, S. 1812 ff; Medicus ZfBR 2001, S. 507 ff.

⁷⁹ BR/Drucks. 338/01; BT/Drucks. 14/6040.

⁸⁰ BGBI I 2001, S. 3138 ff, v. 29.11.2001.

⁸¹ Roth JZ 2001, S. 550.

⁸² Ergänzungsentwurf zum Diskussionsentwurf des Instituts für Baurecht Freiburg i. Br., BauR 2001, Sonderheft zu Heft 4.

Pflichten des Auftraggebers im BGB Werkvertrag an⁸³. In der VOB/B seien allgemeingültige Grundsätze von Treu und Glauben speziell für den Bauvertrag konkretisiert. Für den BGB Werkvertrag würden sich diese Mitwirkungspflichten des Auftraggebers aus § 242 BGB, bzw. aus § 642 BGB ergeben, wenn eine gewisse Notwendigkeit zur Vornahme der Mitwirkungshandlung erreicht ist⁸⁴.

a. Bereitstellungspflichten

aa. Bereitstellung des Baugrundstücks

Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer ein Baugrundstück zur Verfügung zu stellen⁸⁵. Diese Verpflichtung ist weder in der VOB/B noch im BGB ausdrücklich geregelt. Sie ergibt sich jedoch aus der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses. Die Verpflichtung beinhaltet die Bereitstellung eines bebauungsreifen Grundstückes mit mängelfrei hergestellter Vorleistung, so daß der Auftragnehmer unbehindert mit der Bebauung beginnen kann⁸⁶. Umstritten ist in diesem Zusammenhang, in welchem Umfang der Auftraggeber dem Auftragnehmer für eine mangelhafte Vorleistung eines anderen Auftragnehmers haften muß. Der Streit wird vor allem unter dem Stichwort der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vorunternehmers ausgetragen. Das Problem ist aber bereits beim Umfang der Bereitstellungspflichten des Auftraggebers angesiedelt⁸⁷. Ist das Baugrundstück nicht rechtzeitig bereit gestellt, ist der Auftragnehmer nach § 6 VOB/B behindert⁸⁸. Das gleiche gilt für die Fertigstellung der Vorleistung. Ist diese nicht rechtzeitig erbracht, wird der Auftragnehmer behindert, was ihn zu Schadenersatz- oder Mehrvergütungsforderungen berechtigen kann⁸⁹.

⁸³ BGH BauR 1987, S. 79; BGH BauR 1987, S. 86; OLG Bremen BauR 2001, S. 1600; Ingenstau/Korbion B § 4 Nr. 3 Rn. 183; B § 3 Nr. 1 Rn. 16.

⁸⁴ OLG Celle, OLGR 2001, S. 147.

⁸⁵ OLG Stuttgart BauR 1973, S. 385; OLG München BauR 1992, S. 74; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.1 Rn. 4.

⁸⁶ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 4 mwN.

⁸⁷ OLG Düsseldorf BauR 1999, S. 1309; Vygen BauR 1989, S. 387 ff; v Craushaar in Jhb. des Baurechts 1999, S. 131.

⁸⁸ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 4.

⁸⁹ BGH BauR 2000, S. 722.

bb. Beschaffung der Genehmigungen

Der Auftraggeber hat gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B die für das Bauvorhaben notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen zu besorgen, da nur dieser die dazu erforderliche Legitimation und Einwirkungsmöglichkeit als Grundeigentümer, Bauherr oder Nutzungsberechtigter besitzt⁹⁰. Die Regel des § 4 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B wird teilweise als bloße Zuständigkeitszuweisung an den Auftraggeber begriffen⁹¹. Aufgrund des obligatorischen Wortlautes der Vorschrift gehen andere von einer Vertragspflicht des Auftraggebers aus⁹². Erst mit dem Vorliegen der erforderlichen Genehmigungen wird der Auftragnehmer zur Leistung verpflichtet⁹³. Verbunden mit der Verpflichtung des Auftraggebers, notwendige Genehmigungen einzuholen, ist auch die Pflicht zur rechtzeitigen Antragstellung, um einen planmäßigen Ablauf der Bauarbeiten zu gewährleisten⁹⁴.

cc. Übergabe der Planungsunterlagen

Der Auftraggeber hat gemäß § 3 Nr. 1 VOB/B dem Auftragnehmer die notwendigen Unterlagen zu übergeben. Unter Ausführungsunterlagen sind alle Hilfsmittel zu verstehen, die außer Arbeit, Material oder Boden zur Durchführung der Bauleistung benötigt werden⁹⁵. Diese Übergabepflicht umfaßt sämtliche Zeichnungen, Pläne und Anleitungen, die objektiv notwendig sind, so daß der Auftragnehmer die Bauleistung erbringen kann⁹⁶. Die Übergabe hat unentgeltlich und so rechtzeitig zu erfolgen, daß dem Auftragnehmer ausreichend Vorbereitungs- und Einarbeitungszeit bleibt⁹⁷.

⁹⁰ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 65.

⁹¹ BGH BauR 1974, S. 274; 1976, S. 128; Heiermann/Riedl/Rusam § 4.1 Rn. 8; Stein ZfBR 1986, S. 210.

⁹² OLG München BauR 1980, S. 274; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 66; Ingenstau/Korbion § 4 Nr. 1 Rn. 17; Nicklisch/Weick § 4 Nr. 1 Rn. 18.

⁹³ BGH BauR 1974, S. 274; BGH BauR 1976, S. 128.

⁹⁴ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 67.

⁹⁵ Heiermann/Riedl/Rusam B § 3.1 Rn. 2a; Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr. 1 Rn. 11; Ingenstau/Korbion B § 3 Rn. 8.

⁹⁶ Heiermann/Riedl/Rusam B § 3.1 Rn. 2a f.

⁹⁷ Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr. 1 Rn. 24 f.

Bedient sich der Auftraggeber dabei eines Architekten oder Ingenieurs, ist dieser Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers⁹⁸

dd. Vermessung; Abstecken der Hauptachsen

Daneben hat der Auftraggeber gemäß § 3 Nr. 2 VOB/B grundsätzlich die Pflicht, daß Gelände der Baustelle zu vermessen und die Hauptachsen der baulichen Anlage abzustecken. Der Auftraggeber hat die notwendigen Höhenfestpunkte zu schaffen. Es handelt sich um einen Unterfall der Übergabe der Planungs- und Ausführungsunterlagen⁹⁹, denn es ist Teil der Planungspflicht des Auftraggebers zu bestimmen, an welchem Ort der Auftragnehmer die Leistung erbringen soll. Die Übertragung dieser Pflicht auf den Auftragnehmer kann vertraglich vereinbart werden¹⁰⁰.

b. Abrufpflicht

Der Auftraggeber hat die Leistung des Auftragnehmers nach § 5 Nr. 2 VOB/B abzurufen und ihn zur Leistung aufzufordern. Dem Auftraggeber steht ein Abrufrecht zu, da es sich um die Erfüllung der Hauptleistungspflicht des Auftragnehmers handelt, auf die der Auftraggeber einen Anspruch hat. Der Auftraggeber hat aber auch die Pflicht, dem Auftragnehmer die Leistung durch den Abruf zu ermöglichen¹⁰¹. Verweigert der Auftraggeber diese Mitwirkungshandlung, steht dem Auftragnehmer zumindest ein Kündigungsrecht zu und er hat Anspruch auf Zahlung der Vergütung¹⁰².

⁹⁸ BGH VersR 1964, S. 267; 1968, S. 152; 1971, S. 668.

⁹⁹ OLG Düsseldorf BauR 1992, S. 665, 668; Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr. 2 Rn. 2.

¹⁰⁰ Heiermann/Riedl/Rusam B § 3.2 Rn. 5.

¹⁰¹ BGH NJW 1972, S. 99; Ingenstau/Korbion B § 5 Nr. 2 Rn. 18; Ganten/Jagenburg/Motzke § 5 Nr. 2 Rn. 12.

¹⁰² BGH IBR 2000, S. 591.

c. Koordinationspflichten

aa. Aufrechterhaltung der Allgemeinen Ordnung

Gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B hat der Auftraggeber die Pflicht, für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle zu sorgen und das Zusammenwirken mehrerer Auftragnehmer auf der Baustelle zu regeln. Die allgemeine Koordinationspflicht erstreckt sich über die gesamte Phase der Bauausführung, solange wie eine Notwendigkeit für die Koordination besteht. Der Auftraggeber hat seinen Auftragnehmern, einen reibungslosen Bauablauf zu gewährleisten und zu ermöglichen, daß diese die geschuldeten Leistungen ungestört und fristgerecht erbringen können¹⁰³. Der Auftraggeber hat zudem für die Einhaltung seiner Koordinierungsanweisungen durch die anderen am Bau beteiligten Auftragnehmer zu sorgen¹⁰⁴. Die Koordinationspflicht ist dynamisch ausgestaltet und verlangt vom Auftraggeber, sich ständig neuen Gegebenheiten anzupassen¹⁰⁵. Als Hilfsmittel zur Verwirklichung der Koordinationspflicht stehen dem Auftraggeber das Überwachungsrecht aus § 4 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B und das Anordnungsrecht aus § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B zur Seite¹⁰⁶. Soweit die Koordinationspflicht die unterschiedlichen auf der Baustelle tätigen Auftragnehmer erfaßt, gilt dies nur für die eigenen Auftragnehmer des Auftraggebers. Nicht erfaßt werden die Subauftragnehmer der Auftragnehmer, für die diese allein verantwortlich sind¹⁰⁷. § 4 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B regelt nicht, welche Maßnahmen der Auftraggeber im Rahmen seiner Koordinierungsverpflichtung zu treffen hat. Diese stehen im Ermessen des Auftraggebers und richten sich nach den Anforderungen im jeweiligen Einzelfall.

Von der Koordinationspflicht zu trennen ist die teilweise schwierig abzugrenzende Aufgabe der Bauüberwachung, die der Auftraggeber regelmäßig

¹⁰³ BGH NJW 1969, S. 2140; BGH MDR 1966, S. 311; OLG Düsseldorf NJW 1965, S. 1278.

¹⁰⁴ Nicklisch/Weick § 4 Rn. 16; Ingenstau/Korbion B § 4 Nr. 1 Rn. 15; Staudinger-Peters § 633 Rn. 72; aA OLG Frankfurt MDR 1980, S. 754.

¹⁰⁵ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.1 Rn. 25.

¹⁰⁶ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.1 Rn. 32.

¹⁰⁷ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.1 Rn. 37.

nicht schuldet. Der Auftragnehmer muß fachlich selbst in der Lage sein, den geschuldeten Erfolg seiner Leistung herbeizuführen, so daß es keiner fachlichen Hinweise des Auftraggebers bedarf.

bb. Bereitstellung von Arbeitsplätzen

Der Auftraggeber ist, soweit nichts anderes vereinbart ist, gemäß § 4 Nr. 4 VOB/B verpflichtet, dem Auftragnehmer unentgeltlich, die notwendigen Lager- und Arbeitsplätze auf der Baustelle, vorhandene Zufahrtswege, und Wasser- und Energieanschlüsse zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtung erstreckt sich darauf, dem Auftragnehmer und seinen Arbeitern ausreichend Sanitär-, Sanitäts- und Verpflegungseinrichtungen bereit zu stellen¹⁰⁸. Die Bereitstellungspflichten aus § 4 Nr. 4 VOB/B sind eine Ausgestaltung der allgemeinen Koordinationspflicht des Auftraggebers aus § 4 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B¹⁰⁹.

d. Koordinationsrechte

aa. Überwachungs-, und Anordnungsrechte

§ 4 Nr. 1 Abs. 2 berechtigt den Auftraggeber dazu, die vertragsmäßige Ausführung der Leistung zu überwachen. Dieses Recht ist eine Besonderheit des VOB/B Bauvertrages, da es dem Auftraggeber abweichend vom Werkvertragsrecht des BGB in der Leistungsphase die Möglichkeit einräumt, auf den Bauprozess Einfluß zu nehmen¹¹⁰. Das BGB konzentriert sich dagegen rechtlich auf das Ergebnis des Herstellungsprozesses und nicht auf die Herstellung selbst. Das Überwachungsrecht dient der frühzeitigen Entdeckung von Mängeln, die später aufgrund der Komplexität des Bauwerkes nicht mehr zu entdecken sind¹¹¹. Das Überwachungsrecht liegt im Interesse beider Parteien, da die vertragsgerechte Leistung sicher gestellt und spätere Auseinandersetzungen vermieden werden sollen. Als Folge des

¹⁰⁸ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 4 Rn. 1; Heiermann/Riedl/Rusam B § 4.4 Rn. 39.

¹⁰⁹ Heiermann/Riedl/Rusam B § 4.4 Rn. 39; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.4 Rn. 1.

¹¹⁰ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 119.

¹¹¹ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 130.

Überwachungsrechtes steht dem Auftraggeber ein Zutrittsrecht zur Baustelle zu. Er kann die Werkstätten, Arbeitsplätze und Lagerräume betreten, wo die vertragliche Leistung oder Teile davon hergestellt werden¹¹². Das Zutrittsrecht wird durch die Grundsätze von Treu und Glauben begrenzt und es geht nicht weiter als das Überwachungsrecht. Daneben kann der Auftraggeber die Vorlage der zur Herstellung verwandten Werkzeichnungen oder andere Ausführungsunterlagen verlangen, soweit dadurch der Auftragnehmer nicht gezwungen wird, Geschäftsgeheimnisse preis zu geben¹¹³. Auch dieses Vorlagerecht wird durch den Zweck des Überwachungsrechts begrenzt.

bb. Anordnungsrecht

Dem Auftraggeber steht gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B ein Anordnungsrecht gegenüber dem Auftragnehmer zu, das eine Vervollständigung des Überwachungsrechtes bewirkt. Aus diesem allgemeinen Koordinierungsrecht steht dem Auftraggeber die Befugnis zu, Anordnungen zu treffen, die für einen reibungslosen Ablauf der Bauarbeiten notwendig sind¹¹⁴. Das Anordnungsrecht geht weiter als das Überwachungsrecht aus § 4 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, da dieses Recht mit einer Eingriffsbefugnis verbunden ist¹¹⁵. Eine Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B liegt nur bei einer eindeutigen Aufforderung gegenüber dem Auftragnehmer vor, eine Baumaßnahme in bestimmter Weise auszuführen¹¹⁶. Es wird durch die objektive Notwendigkeit der Anordnung begrenzt und kann sich nur auf die Leistungspflichten des Auftragnehmers beziehen¹¹⁷. Der Auftragnehmer hat den Anordnungen des Auftraggebers Folge zu leisten¹¹⁸, soweit dem nicht gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegen stehen. Nur wenn die Anordnungen des Auftraggebers mit der vertragsgemäßen Durchführung der Leistung nichts zu tun haben und sie die Grenzen von Treu und Glauben überschreiten, soll der Auftragnehmer den Anordnungen nicht Folge leisten

¹¹² Heiermann/Riedl/Rusam B § 4.1 Rn. 8; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 156.

¹¹³ Heiermann/Riedl/Rusam B § 4.1 Rn. 9; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 164.

¹¹⁴ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.1 Rn. 185f; Heiermann/Riedl/Rusam § 4.1 Rn. 13.

¹¹⁵ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 192; Heiermann/Riedl/Rusam § 4.1 Rn. 16.

¹¹⁶ BGH BauR 1973, S. 188; BGH BauR 1975, S. 421; BGH BB 1978, S. 1236.

¹¹⁷ Heiermann/Riedl/Rusam B § 4.1 Rn. 18; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 198.

¹¹⁸ Heiermann/Riedl/Rusam B § 4.1 Rn. 15; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.1 Rn. 224.

müssen¹¹⁹. Dies gilt zum Beispiel dann, wenn der Auftraggeber eine den anerkannten Regeln der Technik widersprechenden Bauausführung verlangt¹²⁰. Abzugrenzen ist das Anordnungsrecht aus § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B von der Änderungsanordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B mit der darin geregelten Vergütungsfolge.

Es handelt sich bei den Überwachungs- und Anordnungsrechten nicht um vertragliche Pflichten des Auftraggebers. Dennoch kennzeichnen diese Rechte das durch die VOB/B geschaffene Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, das beide Seiten zu verstärkter Zusammenarbeit und Kommunikation verpflichtet.

e. Erstellung eines Leistungsverzeichnisses

Vorvertraglich trifft den Auftraggeber gemäß § 9 VOB/A die Verpflichtung, ein Leistungsverzeichnis zu erstellen, das so umfassend, vollständig und übersichtlich sein muß, daß es eine geeignete Grundlage zur Ermittlung der Preise des Auftragnehmers darstellt. Die Vorbemerkungen sind zur Bestimmung des Leistungsinhaltes heranzuziehen. Aus ihnen ergeben sich wesentliche Angaben, die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preisermittlung erforderlich sind. Ergeben sich Widersprüche zwischen den Vorbemerkungen und dem Leistungsverzeichnis, ist eine Auslegung zu finden, nach der die nach § 9 VOB/A geforderte Eindeutigkeit nicht in Frage gestellt wird, ohne daß einem der beiden Elemente ein eindeutiger Vorrang zukommt¹²¹. Durch die qualifizierten Anforderungen an die Leistungsbeschreibung soll verhindert werden, daß dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet wird. Diese in § 9 Nr. 2 VOB/A formulierte Voraussetzung hat nicht nur für die Angebotsphase Bedeutung, sondern ist vom Auftraggeber während der gesamten Vertragsverhandlungen bis hin zum Vertragsabschluß zu beachten¹²². Dies kommt sprachlich dadurch

¹¹⁹ BGH BauR 1985, S. 77.

¹²⁰ BGH BauR 1985, S. 77.

¹²¹ BGH BauR 1999, S. 897.

¹²² Ingenstau/Korbion § 9 Nr. 2 Rn. 29.

zum Ausdruck, daß in § 9 Nr. 2 VOB/A bereits vom Auftragnehmer gesprochen wird.

f. Zustandsfeststellung

Nach § 3 Nr. 4 VOB/B sind die Vertragsparteien verpflichtet, den Zustand der Straßen und Geländeoberfläche, der Vorfluter und Vorflutleitungen und der baulichen Anlagen im Baubereich in einer Niederschrift festzuhalten, die von den Vertragsparteien anzuerkennen ist. Diese Verpflichtung zur Zusammenarbeit trifft gleichermaßen Auftraggeber und Auftragnehmer¹²³. Die Vorschrift dient der außergerichtlichen Beweissicherung in Bezug auf örtliche Vor- und Rahmenbedingungen des Bauvorhabens.

g. Verhandlungspflichten

Neben den Hauptleistungspflichten normierte Verhandlungspflichten finden sich in zahlreichen Bestimmungen der VOB/C, nach denen Auftraggeber und Auftragnehmer zu gemeinsamen Festlegungen verpflichtet sind¹²⁴. Aufgrund technischer Notwendigkeiten entsteht in den dort geregelten Fällen ein Bedürfnis nach gemeinsamer Regelung und Zusammenarbeit. Auch die Verhandlungsgebote aus § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B, die in engem Zusammenhang mit der Vergütungspflicht des Auftraggebers stehen und diese modifizieren, kennzeichnen vertragliche Verhandlungspflichten. Nach § 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 3 VOB/B ist das Ergebnis der förmlichen Abnahme in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. Die Vorschrift soll die Parteien und insbesondere den Auftraggeber, der bei der Abnahme in der stärkeren Position ist, anhalten, sich mit der Position des Auftragnehmers auseinanderzusetzen¹²⁵.

¹²³ Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr. 4 Rn. 1.

¹²⁴ DIN 18300 3.3.1 (abweichende Wasserverhältnisse); 3.53 (abweichende Bodenverhältnisse); 3.7.4 (Gleitsicherheit); 3.7.7 (Verdichtungsmaßnahmen); 3.8.2 und 3.8.4 (Sicherung von Böschungen); Ingenstau/Korbion B § 9 Nr. 1a Rn. 14.

¹²⁵ Ingenstau/Korbion B § 12 Nr. 4; 99; Nicklisch/Weick § 12 Rn. 71; Heiermann Baumarkt + Bauwirtschaft Heft 3/2002, S. 28.

h. Mitteilungspflichten

Durch § 16 Nr. 3 Abs. 2 und 3 VOB/B wird der Auftraggeber verpflichtet, den Auftragnehmer auf die Ausschlußwirkung der Annahme einer Schlußzahlung hinzuweisen, sofern er den Auftragnehmer wirksam von eventuellen Nachforderungen ausschließen will. Die Hinweispflicht dient der Warnung des Auftragnehmers vor den weitreichenden Folgen der Schlußzahlungserklärung und ist deshalb inhaltlich eindeutig auszugestalten¹²⁶.

Eine weitere Mitteilungspflicht enthält § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B, wonach der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Betrag der von einer Teilzahlung einbehaltenen Sicherheitsleistung unverzüglich mitzuteilen hat.

Nach § 5 Nr. 2 VOB/B wird der Auftraggeber verpflichtet, dem Auftragnehmer auf Verlangen Auskunft über den voraussichtlichen Beginn der Ausführung zu erteilen, soweit dieser nicht vertraglich festgesetzt ist. Diese Pflicht korrespondiert mit der Abrufpflicht des Auftraggebers.

i. Nicht in der VOB/B normierte Mitwirkungspflichten des Auftraggebers

Neben den in der VOB/B ausdrücklich aufgeführten Rechten und Pflichten des Auftraggebers können weitere Pflichten bestehen, aufgrund derer der Auftraggeber zu einer Mitwirkung an der Durchführung des Bauvertrages verpflichtet wird.

So ist der Auftraggeber verpflichtet, die Abrechnung des Auftragnehmers unverzüglich nach Zugang danach durchzusehen, ob sie den Anforderungen der Prüfbarkeit nach § 14 Nr. 1 VOB/B genügt¹²⁷. Der Umfang der Verpflichtung des Auftraggebers wird durch seine fachliche Qualifikation

¹²⁶ BGH NJW 1999, S. 944; BGHZ 140, 248; Nicklisch/Weick § 16 Rn. 49.

¹²⁷ Ingenstau/Korbion § 14 Nr. 1 Rn. 9; Ganten/Jagenburg/Motzke § 14 Nr. 1 Rn. 38; Heiermann/Riedl/Rusam § 14.1 Rn. 11.

bestimmt¹²⁸. Den Auftraggeber trifft eine Hinweispflicht, wenn er bei der Prüfung der Abrechnung zu dem Ergebnis kommt, daß diese den Prüfbarkeitsanforderungen nicht genügt¹²⁹. Der Auftraggeber ist gehalten, unverzüglich zu reagieren. Er genügt seiner Pflicht nicht, wenn er die Frist des § 16 Nr. 3 VOB/B ablaufen läßt und die Rechnung erst danach zurückweist. Kommt der Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht nach, kann dies eine Vertragsverletzung zur Folge haben. Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Rechnung sind aber auch nach Ablauf der 2 Monate Frist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B nicht notwendig verwirkt. Verwirkung tritt erst ein, wenn der Auftragnehmer aus objektiven Gründen darauf vertrauen darf, daß der Auftraggeber die Prüffähigkeit der Rechnung nicht mehr rügen werde¹³⁰. Die Feststellung der Prüfbarkeit der Schlußrechnung durch den Auftraggeber stellt kein Anerkenntnis der in Rechnung gestellten Forderungen dar¹³¹.

Der Auftraggeber muß sich mit den Bedenken des Auftragnehmers auseinandersetzen, die dieser nach § 4 Nr. 11 Abs. 4 und § 4 Nr. 3 VOB/B angemeldet hat. Um eine Weiterführung der Arbeiten zu gewährleisten, hat der Auftraggeber über die angemeldeten Bedenken zu entscheiden.

Den Auftraggeber treffen gegenüber dem Auftragnehmer besondere Fürsorge- und Obhutspflichten, wenn sich im Bereich der Baustelle gefahrerhöhende Umstände befinden, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluß hat und die er selbst bei sorgfältiger Beobachtung der tatsächlichen Gegebenheiten nicht erkennen kann¹³². Der Auftraggeber hat alles Erforderliche zu tun, um den Auftragnehmer, die von ihm eingesetzten Personen und das Arbeitsgerät des Auftragnehmers vor Schaden zu bewahren.

Auch nach Vertragsbeendigung können den Auftraggeber Sorgfaltspflichten gegenüber dem Auftragnehmer treffen¹³³. Der Auftraggeber kann nach Vertragskündigung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B verpflichtet sein,

¹²⁸ Ganten/Jagenburg/Motzke § 14 Nr. 1 Rn. 38 ff mwN.

¹²⁹ Heiermann/Riedl/Rusam § 14.1 Rn. 12; Ganten/Jagenburg/Motzke § 14 Nr. 1 Rn. 38.

¹³⁰ BGH BauR 2001, S. 784.

¹³¹ BGH NZBau 2002, S. 153; BGH BauR 2002, S. 613.

¹³² BGH BauR 1975, S. 64; BGH NJW 1960, S. 948, 949; OLG Düsseldorf BauR 2001, S. 264.

vom Auftragnehmer für die Baustelle geliefertes Material gegen Bezahlung weiter zu verwenden.

3. Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers nach der VOB/B

Neben der reinen Leistungserbringung treffen den Auftragnehmer im Bauvertrag eine Vielzahl von Verpflichtungen, die er gegenüber dem Auftraggeber zu erfüllen hat.

a. korrespondierende Auftragnehmerpflichten

aa. Prüfung des Leistungsverzeichnisses

Vorvertraglich trifft den Auftragnehmer die Pflicht, die Ausschreibungsunterlagen des Auftraggebers zu überprüfen. Erkennt der Auftragnehmer die Lückenhaftigkeit der Ausschreibung und klärt er dies nicht vorvertraglich auf, soll ihm später die Möglichkeit zu Nachforderungen genommen werden¹³⁴.

bb. Gemeinsame Niederschrift über örtliche Bedingungen

Gleichermaßen für Auftraggeber wie Auftragnehmer gilt die Pflicht des § 3 Nr. 4 VOB/B zur Niederschrift der örtlichen Vor- und Rahmenbedingungen des Bauvorhabens.

cc. Duldungspflichten

Die VOB/B sieht für den Auftragnehmer neben seiner Hauptleistungspflicht, das Bauwerk zu errichten, die Erfüllung einer Vielzahl weiterer Pflichten vor, die einen reibungslosen und konfliktfreien Ablauf der Bauarbeiten ermöglichen sollen. Einige dieser Pflichten korrespondieren direkt mit den Mitwirkungspflichten und -rechten des Auftraggebers.

¹³³ BGH BauR 1995, S. 545; OLG Düsseldorf OLGR 1992, S. 337; OLG Hamm BauR 2001, S. 1607.

¹³⁴ BGH NJW 1966, S. 498; BGH BauR 1987, S. 683; BauR 1988, S. 338.

Aus dem Überwachungsrecht des Auftraggebers aus § 4 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B folgt für den Auftragnehmer eine Duldungspflicht¹³⁵. Nur so wird dem Auftraggeber die Durchführung der Überwachung möglich. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Überwachung des Auftraggebers zu ermöglichen. Gleichermaßen ergibt sich aus dem Anordnungsrecht des Auftraggebers aus § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B die Pflicht des Auftragnehmers, den Anordnungen des Auftraggebers Folge zu leisten¹³⁶.

Nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B ist der Auftraggeber im Falle der vorzeitigen Vertragsbeendigung durch Kündigung berechtigt, zur Weiterführung der Arbeiten auf der Baustelle vorhandenes Material und Ausrüstung des Auftragnehmers gegen angemessene Bezahlung zu benutzen. Sofern der Auftraggeber von dieser Befugnis berechtigt Gebrauch macht und dem Auftragnehmer die Inanspruchnahme dieses Rechts ankündigt, ist der Auftragnehmer zur Duldung verpflichtet.

dd. Obhutspflichten

Aus der Pflicht gemäß § 4 Nr. 4 VOB/B des Auftraggebers, ihm Lager- und Arbeitsplätze, Straßen und Anschlüsse kostenlos zur Verfügung zu stellen, folgt für den Auftragnehmer die korrespondierende Obhutspflicht, das Eigentum des Auftraggebers pfleglich zu behandeln¹³⁷.

b. Normierte Pflichten des Auftragnehmers

Für den Auftragnehmer sind in der VOB eine Vielzahl von Mitwirkungs- und Nebenpflichten normiert, die ihn in ein dynamisches Kommunikationsverhältnis mit dem Auftraggeber einbinden.

¹³⁵ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.1 Rn. 180; Heiermann/Riedl/Rusam B § 4.1 Rn. 15; Nicklisch/Weick B § 4 Rn. 29.

¹³⁶ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.1 Rn. 224; Heiermann/Riedl/Rusam B § 4.1 Rn. 15.

¹³⁷ OLG Düsseldorf BauR 1992, S. 377; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr.4 Rn. 10.

aa. Hinweis- und Auskunftspflichten

Der Auftragnehmer hat gemäß § 3 Nr. 3 VOB/B die Pflicht, die ihm vom Auftraggeber übergebenen Unterlagen zu überprüfen. Da der Auftragnehmer verpflichtet ist, die Leistung nach den ihm übergebenen Unterlagen auszuführen, soll durch diese Überprüfungspflicht verhindert werden, daß die Bauleistung aufgrund von Unstimmigkeiten in den Unterlagen des Auftraggebers mangelhaft und nicht verwendbar wird. Zusätzlich sollen Behinderungen und Störungen in zeitlicher Hinsicht im Vorfeld der Bauausführung erkannt und vermieden werden¹³⁸. Die in § 3 Nr. 3 Satz 1 aufgeführten und vom Auftragnehmer zu überprüfenden Unterlagen der Geländeaufnahme und der Absteckungen sind nur beispielhaft¹³⁹. Erfasst werden darüber hinaus sämtliche Unterlagen, die der Auftragnehmer zur Ausführung der Bauleistung erhalten hat. Die Überprüfung hat auf Unstimmigkeiten zu erfolgen, d.h. es sind alle Arten von Fehlern und Unrichtigkeiten, Abweichungen vom Vertragsinhalt, von anerkannten Regeln der Technik, Bauvorschriften oder sonstige Unklarheiten und Widersprüche beachtlich¹⁴⁰. Auch die Vollständigkeit der Unterlagen ist vom Auftragnehmer im Rahmen des § 3 Nr. 3 VOB/B zu überprüfen¹⁴¹. Teilweise werden die Überprüfungspflichten des Auftragnehmers in den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) der VOB/C konkretisiert¹⁴². Die Untersuchungspflicht des Auftragnehmers ist auf eine sorgfältige und aufmerksame Sichtprüfung begrenzt¹⁴³. Die Prüfungspflicht des Auftragnehmers ändert nichts daran, daß primär der Auftraggeber für die Erstellung korrekter Arbeitsunterlagen verantwortlich ist¹⁴⁴. Lediglich bei einem deutlichen Wissensvorsprung des Auftragnehmers, etwa bei einem offensichtlich nicht fachkundigen Auftraggeber, der auch fachlich nicht beraten

¹³⁸ Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr. 3 Rn. 10.

¹³⁹ Heiermann/Riedl/Rusam B § 3.3 Rn. 10.

¹⁴⁰ OLG Stuttgart BauR 1995, S. 850; Nicklisch/Weick § 3 VOB/B Rn. 16; Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr. 3 Rn. 9.

¹⁴¹ BGH NJW 1984, S. 1676.

¹⁴² z.B. DIN 18 331 für Beton- und Stahlbetonarbeiten, wo sich die Überprüfungspflicht des Auftragnehmers auf die Beschaffenheit und Abweichungen vom Baugrund beziehen.

¹⁴³ BGH NJW 1994, S. 850; Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr.3 Rn. 13.

¹⁴⁴ BGH NJW 1973, S. 518; OLG Stuttgart BauR 1995, S. 850; OLG Celle BauR 1992, S. 801; Soergel ZfBR 1995, S. 165; Nicklisch/Weick § 3 VOB/B Rn. 16.

wird, verstärken sich die Überprüfungspflichten des Auftragnehmers¹⁴⁵. Eingeschränkt ist die Überprüfungspflicht des Auftragnehmers, wenn ihm ein neuartiges technisches System zur Ausführung vorgeschrieben wird, mit dem er keine Erfahrungen hat¹⁴⁶. Die Überprüfungs- und Hinweispflicht nach § 3 Nr. 3 VOB/B ist eng mit der Pflicht zur Bedenkenanmeldung nach § 4 Nr. 3 VOB/B verknüpft und gilt als Spezialfall der dort niedergelegten Pflicht des Auftragnehmers¹⁴⁷. Die systematische Eigenständigkeit des § 3 Nr. 3 VOB/B ergibt sich daraus, daß die Überprüfungspflicht der Ausführungsunterlagen eine zeitlich frühere Phase des Bauvertrages erfaßt als die Verpflichtung nach § 4 Nr. 3 VOB/B. Während § 4 Nr. 3 VOB/B im Ausführungsstadium des Vertrages eingreift, wirkt § 3 Nr. 3 VOB/B bereits mit der Übergabe der Ausführungsunterlagen¹⁴⁸. Zudem hat die Prüfung der Ausführungsunterlagen nicht nur zur Vermeidung zukünftiger Mängel zu erfolgen, sondern kann auch zur Vermeidung anderer hindernder Umstände erfolgen, die beispielsweise zu einer Bauverzögerung führen können¹⁴⁹. Die Hinweise nach § 3 Nr. 3 VOB/B können dem Auftraggeber anders als nach der Vorschrift des § 4 Nr. 3 VOB/B formlos gegeben werden.

Eine weitere Hinweispflicht des Auftragnehmers enthält § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B. Der Auftragnehmer ist nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B verpflichtet, seine Bedenken gegen die Anordnungen des Auftraggebers anzumelden. Er ist gleichzeitig verpflichtet, den Anordnungen Folge zu leisten, soweit er damit nicht gegen gesetzliche oder behördliche Bestimmungen verstößt und der Auftraggeber trotz der Bedenkenanmeldung an seinen Anordnungen festhält. Die Pflicht zur Bedenkenanmeldung des Auftragnehmers betrifft Anordnungen des Auftraggebers, die der Auftragnehmer für unberechtigt oder unzweckmäßig hält. Sie setzt eine alle denkbaren Gesichtspunkte berücksichtigende Prüfpflicht des Auftragnehmers voraus¹⁵⁰. Unberechtigt ist eine Anordnung des Auftraggebers, wenn sie den vertraglichen Vereinbarungen oder den sich aus dem Vertrag zwangsläufig ergebenden

¹⁴⁵ Bühl BauR 1992, S. 26, 32; Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr.3 Rn. 19; Heiermann/Riedl/Rusam § 3.3 VOB/B Rn. 12.

¹⁴⁶ OLG Frankfurt NJW 1968, S. 1333.

¹⁴⁷ Nicklisch/Weick § 3 VOB/B Rn. 16.

¹⁴⁸ Heiermann/Riedl/Rusam § 3.3 Rn. 16a; Nicklisch/Weick § 3 VOB/B Rn. 16.

¹⁴⁹ Heiermann/Riedl/Rusam § 3.3 Rn. 16a.

Notwendigkeiten widerspricht¹⁵¹. Unzweckmäßig kann eine Anordnung des Auftraggebers sein, wenn sie nach Ansicht des Auftragnehmers fachlich nicht einwandfrei oder nur unter unzumutbaren Erschwerungen zur Erreichung des vertraglichen Zieles führt¹⁵². Zur Bedenkenanmeldung nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B ist die subjektive Auffassung des Auftragnehmers zu den Anordnungen des Auftraggebers nicht die objektive Berechtigung der Bedenken entscheidend¹⁵³. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, die allein darauf abstellt, was der Auftragnehmer für unberechtigt oder unzweckmäßig hält. Dennoch müssen die Bedenken fachlich fundiert sein und auf sachlich gerechtfertigten Überlegungen des Auftragnehmers beruhen. Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Bedenken des Auftragnehmers nachzugehen und diese zu überprüfen. Auch dieser Prüfpflicht genügt der Auftraggeber, wenn er seine Entscheidung aus subjektiver Sicht nach sachlicher und überlegter Würdigung der Bedenken des Auftragnehmers trifft¹⁵⁴. Kommt der Auftraggeber seiner Prüfpflicht nicht nach, verletzt er seine Vertragspflichten. Der Auftragnehmer kann in diesen Fällen, die Rechte aus § 6 VOB/B wegen Behinderung geltend machen, oder er kann gemäß § 9 VOB/B zur Kündigung des Vertrages berechtigt sein¹⁵⁵. Den Auftraggeber trifft die Pflicht, eine Entscheidung zu den angezeigten Bedenken des Auftragnehmers zu treffen, um einen Fortgang der Arbeiten zu gewährleisten. Wird der Auftragnehmer trotz Bedenkenanmeldung verpflichtet, den Anordnungen des Auftraggebers Folge zu leisten, trifft ihn nicht ohne weiteres die Haftung für die gewählte Bauausführung und die dadurch entstehenden Schäden¹⁵⁶. Führt die Anordnung des Auftraggebers zu einer ungerechtfertigten Erschwerung der Bauleistung und entstehen dem Auftragnehmer dadurch Mehrkosten, hat er gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B einen eigenständigen Anspruch auf Kostenübernahme gegen den Auftraggeber. Die Hinweispflicht nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B erlangt neben § 4 Nr. 3 VOB/B dadurch selbständige Bedeutung, daß sie nicht wie die letztere

¹⁵⁰ Heiermann/Riedl/Rusam § 4.1 Rn. 22.

¹⁵¹ Ingenstau/Korbion § 4 Nr.1 Rn. 80; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 227.

¹⁵² Ingenstau/Korbion § 4 Nr.1 Rn. 80; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 228.

¹⁵³ BGH BauR 1985, S. 77; OLG Karlsruhe BauR 1988, S. 598; Hochstein in FS für Korbion S. 165 ff; Ingenstau/Korbion § 4 Nr.1 Rn. 81; Heiermann/Riedl/Rusam § 4.1 Rn. 24; aA Kaiser Mängelhaftungsrecht Rn. 59.

¹⁵⁴ BGH BauR 1985, S. 77; Ingenstau/Korbion § 4 Nr.1 Rn. 82; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 241.

¹⁵⁵ Ingenstau/Korbion § 4 Nr.1 Rn. 83 .

¹⁵⁶ Ingenstau/Korbion § 4 Nr.1 Rn. 100.

ausschließlich auf die Mängelfreiheit des Werkes bezogen ist, sondern gewährleisten soll, daß unter mehreren vertragsmäßigen Ausführungsarten diejenige zu wählen ist, die am zweckmäßigsten ist und den Auftragnehmer nicht mit Erschwerniskosten belastet¹⁵⁷. Deckungsgleich sind die Vorschriften nur, wenn sich die Hinweise auf die mögliche Mangelfolge der Anweisung des Auftraggebers beziehen. Die Bedenkenanmeldung nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B kann formlos erfolgen.

Die den VOB/B Bauvertrag wesentlich kennzeichnende Hinweispflicht des Auftragnehmers enthält § 4 Nr. 3 VOB/B. Diese Regelung verpflichtet den Auftragnehmer seine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Bauausführung, gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistung anderer Bauunternehmer unverzüglich schriftlich mitzuteilen. § 4 Nr. 3 VOB/B gilt als Kernstück der dem Auftragnehmer durch die VOB übertragenen Prüfpflichten. Kommt der Auftragnehmer dieser Verpflichtung nicht nach und wird dadurch das Gesamtwerk beeinträchtigt, ist seine Leistung mangelhaft¹⁵⁸. Der in § 4 Nr. 3 VOB/B normierten Anzeigepflicht geht eine nicht ausdrücklich in der VOB/B genannte Prüfpflicht notwendig voraus, deren Verletzung die gleichen Rechtsfolgen haben kann wie die Verletzung der Anzeigepflicht¹⁵⁹. Der Auftragnehmer haftet, wenn er gar nicht geprüft hat, aber auch dann, wenn er zwar die Prüfung vorgenommen, aber keine Anzeige erstattet hat¹⁶⁰. Der Auftragnehmer muß auch die Bedenken seines Subunternehmers an den Auftraggeber weitergeben, um seiner eigenen vertraglichen Pflicht zu genügen¹⁶¹. Der Umfang der Pflichten des Auftragnehmers nach § 4 Nr. 3 VOB/B wird durch den ihm übertragenen Leistungsinhalt und durch die beim Auftraggeber vorliegenden oder zu erwartenden Fachkenntnisse beschränkt¹⁶². Ist der Auftraggeber selbst Baufachmann soll die Prüf- und Anzeigepflicht des

¹⁵⁷ Hochstein in FS für Korbion S. 165 (175); Heiermann/Riedl/Rusam § 4.1 Rn. 23.

¹⁵⁸ BGH WM 1970, S. 354; Motzke ZfBR 1988, S. 244, 247; Ingenstau/Korbion § 4 Nr. 3 Rn. 184.

¹⁵⁹ BGH BauR 1970, S. 57; OLG Karlsruhe BauR 1988, S. 598; OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1994, S. 1361; Dähne BauR 1976, S. 225; aA Sieburg in FS für Korbion S. 411.

¹⁶⁰ Ingenstau/Korbion § 4 Nr.3 Rn. 194; Dähne BauR 1976, S. 225.

¹⁶¹ OLG Düsseldorf BauR 2001, S. 638.

¹⁶² Ingenstau/Korbion § 4 Nr. 3 Rn.189; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 3 Rn. 40; sehr streng OLG Düsseldorf BauR 2001, S. 638.

Auftragnehmers von vornherein abgestuft sein¹⁶³, ohne daß die Prüf- und Anzeigepflicht entfallen würde¹⁶⁴. Die Prüf- und Anzeigepflicht des Auftragnehmers kann nur dann gänzlich entfallen, wenn der Auftraggeber einen Architekten oder anderen Sonderfachmann beauftragt hat, der nicht nur über das allgemein vorausgesetzte Fachwissen verfügt, sondern ganz spezielles Wissen auf dem in Betracht kommenden Gebiet hat¹⁶⁵. § 4 Nr. 3 VOB/B enthält drei Fallgruppen mit unterschiedlichen Anforderungen an die Qualität der vom Auftragnehmer durchzuführenden Prüfung. Die größte Sorgfalt wird vom Auftragnehmer bei der Prüfung der vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Baustoffe verlangt, da er auf diesem Gebiet die erforderliche Sachkenntnis besitzen muß¹⁶⁶. Die Vorleistung anderer Auftragnehmer ist nur insoweit zu überprüfen, wie die eigene Leistung des Auftragnehmers darauf aufbaut¹⁶⁷. Noch geringer sind die Anforderungen an die Überprüfung der vorgesehenen Art der Ausführung, da dies in den Bereich der Planung hineinreicht, der regelmäßig dem Auftraggeber obliegt¹⁶⁸. Die Prüfungspflicht entfällt hier, wenn der Auftraggeber über seine Sonderfachleute für eine korrekte Planung einzustehen hat, da die Prüfpflicht des Auftragnehmers in jedem Fall durch den Umfang seiner Leistungspflicht begrenzt wird. Die Bedenkenmitteilung muß schriftlich an den Auftraggeber oder den bauleitenden Architekten ergehen. Der vom Architekten bestellte Bauleiter gilt angesichts der schwerwiegenden Bedeutung der Bedenkenmitteilung nicht als befugt, die Bedenkenanzeige entgegen zu nehmen¹⁶⁹. Sie hat inhaltlich verständlich und so vollständig ausgestaltet zu sein, daß die Folgen der Mißachtung deutlich werden¹⁷⁰. Durch die Bedenkenmitteilung des Auftragnehmers wird der Auftraggeber verpflichtet, sich mit den angezeigten Bedenken inhaltlich auseinanderzusetzen. Der Auftragnehmer wird im Verhältnis zum Auftraggeber von der Haftung befreit, wenn er seiner Anzeige- und Prüfpflicht genügt hat.

¹⁶³ BGH BauR 1977, S. 420, LG Berlin BauR 1976, S. 130; Ingenstau/Korbion § 4 Nr. 3 Rn. 190.

¹⁶⁴ BGH BauR 2001, S. 622; aA KG BauR 1972, S. 239.

¹⁶⁵ So im Fall des OLG Karlsruhe BauR 1972, S. 380, in dem ein Straßenbauingenieur die Bauleitung des Ausbaus eines Privatweges übernahm, vgl. auch BGH BauR 2001, S. 622.

¹⁶⁶ Ingenstau/Korbion § 4 Nr. 3 Rn. 198.

¹⁶⁷ OLG Celle BauR 1996, S. 259.

¹⁶⁸ Ingenstau/Korbion § 4 Nr. 3 Rn. 198; Dähne BauR 1976, S. 225.

¹⁶⁹ BGH SFH Z 2.410 Bl. 54; OLG Hamm BauR 1995, S. 852.

¹⁷⁰ OLG Köln MDR 1983, S. 226; OLG Düsseldorf BauR 1995, S. 244.

Prüfungs- und Anzeigepflichten ergeben sich neben der Regelung in § 4 Nr. 3 VOB/B aus Regelungen der VOB/C, die selbständig neben § 4 Nr. 3 VOB/B treten können¹⁷¹. Der Umfang dieser Prüfungs- und Anzeigepflichten ist in der VOB/C nicht abschließend geregelt, d.h. die VOB/C bestimmt nicht, was der Auftragnehmer vertraglich schuldet¹⁷².

Soweit der Auftragnehmer nach dem Vertrag befugt ist, Nachunternehmer einzusetzen, enthält § 4 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B eine weitere Auskunftspflicht des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber, die ihn verpflichtet, die eingesetzten Nachunternehmer auf Verlangen bekannt zu geben. Die Auskunftspflicht des Auftragnehmers ist inhaltlich so ausgestaltet, daß sie es dem Auftraggeber ermöglicht, die Einhaltung seiner berechtigten Interessen zu kontrollieren. Der Auftraggeber kann Auskünfte über Name und Anschrift des Nachunternehmers, dessen Zuordnung zu einer bestimmten Leistung, sowie dessen Eignung, Fachkunde und Zuverlässigkeit¹⁷³ vom Auftragnehmer fordern. Der Auftraggeber kann auch darüber Auskunft verlangen, ob der Auftragnehmer seine Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Nachunternehmern erfüllt, um zur Vermeidung von Störungen des Bauablaufes von § 16 Nr. 6 VOB/B Gebrauch machen zu können.

bb. Anzeige- und Ankündigungspflichten

Die zeitliche Koordinierung des Bauablaufes ist eine wesentliche Voraussetzung einer erfolgreichen Baumaßnahme, da der Faktor Zeit eine wesentliche Größe bei der Kalkulation der Baukosten ist¹⁷⁴ und eine einzelne Störung aufgrund der faktischen Verflochtenheit der einzelnen Gewerke schnell zu einer umfassenden Behinderung der gesamten Baumaßnahme führen kann¹⁷⁵. Der Auftragnehmer ist nach § 6 Nr. 1 VOB/B verpflichtet, dem Auftraggeber eine Anzeige zu erstatten, sofern er sich in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert sieht. Die Behinderungsanzeige soll dem Auftragnehmer eine Verlängerung der Bauzeit sichern und der Auftraggeber

¹⁷¹ Zum Beispiel DIN 18352 – Fliesen- und Plattenarbeiten; DIN 18358 – Rolladenarbeiten.

¹⁷² BGH BauR 2001, S. 1414.

¹⁷³ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 8 Rn. 59ff; Ingenstau/Korbion B § 4 Rn. 428.

¹⁷⁴ Weyer BauR 1990, S. 138; Olshausen in FS für Korbion S. 323.

¹⁷⁵ Oberhauser BauR 2001, S. 1178.

erwirbt einen Schadenersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B, wenn der Auftraggeber die Behinderung zu vertreten hat. Entgegen dem Wortlaut genügt für die Annahme einer die Behinderungsanzeige rechtfertigenden Situation nicht die subjektive Auffassung des Auftragnehmers, sondern es müssen objektive Gesichtspunkte vorliegen, die die Besorgnis des Auftragnehmers rechtfertigen¹⁷⁶. Die Anzeige hat unverzüglich an den Auftraggeber oder seinen Bevollmächtigten zu erfolgen. Unterläßt der Auftragnehmer die Behinderungsanzeige, kann er sich auf die Behinderung nur berufen, wenn die sie begründenden Umstände offenkundig waren. Diese Situation ist gegeben, wenn die zu einer Behinderung führenden Umstände dem Auftraggeber bekannt oder für diesen ohne weiteres wahrnehmbar sind¹⁷⁷. Sind die Voraussetzungen des § 6 Nr. 1 VOB/B gegeben, werden nach § 6 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B die Ausführungsfristen verlängert, wenn die Behinderung auf einem vom Auftraggeber zu vertretenden Umstand, auf einem Streik oder einer Aussperrung oder auf höherer Gewalt oder anderen vom Auftragnehmer nicht zu vertretenden Umständen beruht. Kommt der Auftragnehmer seinen Pflichten aus § 6 Nr. 1 VOB/B nicht nach, kann dies nicht nur zum Verlust eigener Rechte sondern auch zu Schadenersatzansprüchen des Auftraggebers führen¹⁷⁸.

Der Auftragnehmer ist nach § 15 Nr. 3 VOB/B verpflichtet, Stundenlohnarbeiten vor Beginn anzuzeigen. Sinn dieser Anzeigepflicht ist nicht, eine Vergütungsvereinbarung nach § 2 Nr. 10 VOB/B herbeizuführen. Diese Vereinbarung wird von § 15 Nr. 3 VOB/B vorausgesetzt. Dem Auftraggeber soll vielmehr die Kontrolle über die Stundenlohnarbeiten ermöglicht werden¹⁷⁹.

cc. Fürsorgepflichten

In § 6 Nr. 3 Satz 1 VOB/B ist festgelegt, daß der Auftragnehmer während der Behinderung alles zu tun hat, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Es handelt

¹⁷⁶ Kaiser NJW 1974, S. 445; Ingenstau/Korbion § 6 Nr. 1 Rn. 11.

¹⁷⁷ OLG Koblenz NJW-RR 1988, S. 853; Oberhauser BauR 2001, s. 1179 mwN.

¹⁷⁸ Oberhauser BauR 2001, S. 1179.

¹⁷⁹ Nicklisch/Weick § 15 Rn. 23.

sich um eine besondere vertragliche Nebenpflicht des Auftragnehmers im Sinne einer Bereitstellungsverpflichtung. Trotz der Behinderung besteht die Leistungspflicht des Auftragnehmers fort, so daß es sich bei der in § 6 Nr. 3 Satz 1 VOB/B normierten Pflicht um eine Pflicht zur Schadensminderung handelt¹⁸⁰. Sie gilt auch, wenn der Auftraggeber die Umstände der Behinderung zu vertreten hat¹⁸¹. Durch § 6 Nr. 3 Satz 1 VOB/B wird nur die Pflicht als solche festgelegt. Umfang und Art der Verpflichtung ergeben sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben und sind danach abgestuft, wer die Behinderung zu vertreten hat. Die Verpflichtung des Auftragnehmers zum Tätigwerden ist gering, wenn der Auftraggeber die Behinderung zu vertreten hat¹⁸². Kommt der Auftragnehmer seinen Verpflichtungen nach § 6 Nr. 3 Satz 1 VOB/B nicht nach, verletzt er seine Vertragspflichten. Die Vertragsverletzung besteht unabhängig davon, wer die Behinderung zu vertreten hat, so daß der Auftragnehmer auch haftbar ist, wenn der Auftraggeber die Behinderung zu vertreten hat.

Der Auftragnehmer ist nach § 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/B verpflichtet, die Arbeiten nach Wegfall der Behinderung unverzüglich wieder aufzunehmen. Einer gesonderten Aufforderung des Auftraggebers bedarf es nicht. Die Wiederaufnahme der Arbeiten ist dem Auftraggeber anzuzeigen, so daß § 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/B neben der Leistungsverpflichtung auch eine Informationspflicht des Auftragnehmers enthält, deren Nichterfüllung eine Vertragsverletzung des Auftragnehmers begründen kann¹⁸³.

dd. Förderpflichten

Der Auftragnehmer ist nach § 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B verpflichtet, die Einhaltung der Ausführungsfristen angemessen zu fördern. Sind Ausführungsfristen verbindlich vereinbart worden, ist der Auftragnehmer ohne weiteres verpflichtet diese einzuhalten. § 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B stellt eine allgemeine Verpflichtung des Auftragnehmers dar, die Bauausführung

¹⁸⁰ Ingenstau/Korbion § 6 Nr. 3 Rn. 66.

¹⁸¹ Ingenstau/Korbion § 6 Nr. 3 Rn. 66.

¹⁸² Vgl. zum Ganzen Ingenstau/Korbion § 6 Nr. 3 Rn. 67 – 70.

¹⁸³ Ingenstau/Korbion § 6 Nr. 3 Rn. 75.

angemessen zu fördern. Insbesondere im Falle einer Verzögerung, die der Auftraggeber zu vertreten hat, kann § 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B eigenständige Bedeutung erlangen. Der Auftraggeber kann nach § 5 Nr. 3 VOB/B verlangen, daß der Auftragnehmer den personellen und sachlichen Einsatz auf der Baustelle verstärkt, wenn andernfalls die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können.

ee. Abrechnungspflicht

Der Auftragnehmer ist gemäß § 14 Nr. 1 VOB/B verpflichtet, eine prüfbare Schlußrechnung zu erstellen. Voraussetzung einer prüfbaren Abrechnung ist ihre Schriftlichkeit¹⁸⁴. In den Sätzen 2 – 4 des § 14 Nr. 1 VOB/B sind die einzelnen Voraussetzungen der Prüfbarkeit der Abrechnung genannt. Die Abrechnung muß übersichtlich sein, sie hat die Reihenfolge der Posten einzuhalten und die in den Vertragsbestandteilen genannten Bezeichnungen zu verwenden. Mengenerrechnungen, Zeichnungen und andere zum Nachweis der Leistungen erforderlichen Belege sind der Rechnung beizulegen. Vertragsänderungen oder –ergänzungen sind in der Rechnung besonders kenntlich zu machen und auf Verlangen getrennt abzurechnen. Die Erstellung einer prüfbaren Abrechnung ist Voraussetzung der Fälligkeit der Vergütung und eine zwingende vertragliche Verpflichtung, auf die der Auftraggeber Anspruch hat¹⁸⁵. Der Beachtung der Prüfbarkeitskriterien der Abrechnung wird durch die Rechtsprechung große Bedeutung beigemessen. Der Auftragnehmer kann sich aus diesem Grund im Einzelfall, insbesondere bei sehr komplexen und lang andauernden Verträgen, vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt sehen, die Fälligkeit seines Werklohnes herbeizuführen.

Jedoch ist die Prüfbarkeit der Schlußrechnung kein Selbstzweck. Die Anforderungen an die Prüfbarkeit orientieren sich an den berechtigten

¹⁸⁴ Ingenstau/Korbion § 14 Nr. 1 Rn. 7.

¹⁸⁵ OLG München NJW-RR 1987, S. 146; LG Aachen BauR 2001, S. 107; Ingenstau/Korbion § 14 Nr. 1 Rn. 8.

Kontrollinteressen des Auftraggebers, der jeweiligen Vertragsgestaltung und den fachlichen Fähigkeiten des Auftraggebers und seiner Vertreter¹⁸⁶.

Die Schlußrechnung ist nach § 14 Nr. 3 VOB/B innerhalb bestimmter Fristen zu erstellen, die sich entsprechend der Ausführungsfrist verlängern. Die Schlußrechnung ist innerhalb von 12 Werktagen nach Fertigstellung einzureichen, wenn die Ausführungsfrist höchstens 3 Monate betragen hat. Die Frist verlängert sich um je 6 Werktage für jeweils weitere 3 Monate Ausführungsfrist. Die Einhaltung der Erstellungsfristen ist eine vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers.

c. nicht normierte Pflichten des Auftragnehmers

Neben den in der VOB normierten, bzw. sich aus ihren Regelungen unmittelbar ergebenden Pflichten ist der Pflichtenkreis des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber durch weitere nicht ausdrücklich im Gesetz oder der VOB genannte Rechtspflichten erweitert worden. Es handelt sich um Pflichten aus dem vertraglichen Vertrauensverhältnis, die dem Grunde nach für jedes Vertragsverhältnis zutreffen und von der Rechtsprechung insbesondere aus § 242 BGB abgeleitet wurden.

aa. Beratungs-, Hinweis- und Aufklärungspflichten

Den Auftragnehmer des Bauvertrages können im Gesetz nicht genannte Beratungspflichten hinsichtlich seiner Werkleistung treffen. Zwar besteht nach der Rechtsprechung keine allgemeine und umfassende Beratungspflicht des Auftragnehmers¹⁸⁷, doch soll er insbesondere bei der Verwendung neuer Technologien oder aufgrund seines besonderen Fachwissens verpflichtet sein, dem Auftraggeber die für die Benutzung der Werkleistung notwendigen Informationen zu geben¹⁸⁸. Inhaltlich geht diese Beratungspflicht über die in § 4 Nr. 3 VOB/B festgelegte Prüfungs- und Hinweispflicht hinaus,

¹⁸⁶ BGH BauR 1999, S. 1185; 2001, S. 251.

¹⁸⁷ BGH BauR 1983, S. 70.

¹⁸⁸ BGH BauR 1987, S. 681; BGH BauR 1987, S. 79; OLG München DB 1974, S. 1227; Quack S. 77.

da sich letztere insbesondere auf die objektive Verwendbarkeit des Werkes nach den Anweisungen des Auftraggebers und dessen bereit gestellter Vorarbeiten bezieht. Die teilweise angenommene Beratungspflicht geht über die Sicherung der Qualität des Werkes hinaus und erstreckt sich auf Informationen und Hinweise über die Kosten der Bauausführung¹⁸⁹ oder auf erforderliche Genehmigungen oder sonstige rechtliche Hindernisse bei der beabsichtigten Verwendbarkeit des Werkes¹⁹⁰.

Der als Vorunternehmer tätige Auftragnehmer kann verpflichtet sein, den Auftraggeber auf mögliche Risiken der Tätigkeit des Nachunternehmers hinzuweisen¹⁹¹. Diese Pflicht ergibt sich nicht unmittelbar aus § 4 Nr. 3 VOB/B. Die dort normierte Prüfpflicht gilt für den Nachunternehmer gegenüber der Leistung des Vorunternehmers. Zwar kann sich der Vorunternehmer in der Regel auf die Fachkompetenz des Nachunternehmers verlassen, so daß keine umfassende Beratungspflicht des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber angenommen wird¹⁹². Die hier behandelte Hinweispflicht besteht nur, wenn dem Auftragnehmer konkrete Hinweise vorliegen, daß die Leistung des Nachunternehmers mangelhaft werden kann. Wenn also der Nachunternehmer auch bei korrekter Anwendung der anerkannten Regeln der Technik nicht erkennen kann, ob die Vorleistung eine fachgerechte Grundlage seiner eigenen Leistung darstellt, darf sich der Vorunternehmer nicht mehr auf dessen Fachkompetenz verlassen und ist zu Hinweisen verpflichtet¹⁹³. Umgekehrt kann den Nachunternehmer die Pflicht treffen, auf eine bestimmte Herstellung der Vorunternehmerleistung Einfluß zu nehmen. Das ist der Fall beim Bau spezieller Werke, die eine besondere Fachkenntnis voraussetzen. Der über diese besonderen Kenntnisse verfügende Nachunternehmer darf sich nicht darauf verlassen, daß der Vorunternehmer diese Fachkenntnis ebenfalls besitzen wird¹⁹⁴.

¹⁸⁹ OLG Frankfurt NJW 1989, S. 233 zur Hinweispflicht eines Dachdeckers auf die Kosten der provisorischen Dachabdeckung.

¹⁹⁰ OLG Frankfurt BauR 1990, S. 90; OLG Stuttgart BauR 1980, S. 67; OLG Düsseldorf BauR 1970, S. 119.

¹⁹¹ BGH BauR 1983, S. 70; 1975, S. 341; 1970, S. 57.

¹⁹² BGH BauR 1983, S. 70, 1975, S. 341.

¹⁹³ BGH NJW 1956, S. 787; BGH Urteil vom 11.04.1957, VII ZR 308/56, LM Nr. 3 zu § 633 BGB; BGH BauR 1970, S. 57; OLG Köln NJW-RR 1994, S. 1045.

Beratungs- und Hinweispflichten können auch in Bezug auf persönliche Eigenschaften oder Umstände bestehen, die für den Auftraggeber von Bedeutung sind¹⁹⁵.

In gewissen Grenzen kann sich aus § 242 BGB auch eine Verpflichtung des Auftragnehmers ergeben, an der Ermittlung der Ursachen für Baumängel auch nach Abnahme der Werkleistung mitzuwirken. Das kann der Fall sein, wenn nur der Auftragnehmer über die erforderlichen Pläne, Zeichnungen oder Kenntnisse verfügt, die zur Aufklärung der Mängelursache notwendig sind¹⁹⁶.

bb. Schutzpflichten

Den Auftragnehmer treffen zugunsten des Auftraggebers weitere Schutzpflichten, da der Bauvertrag durch die Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verstanden wird, so daß der Auftragnehmer nicht nur für die Vermeidung von Schäden gegenüber dem Auftraggeber selbst, sondern auch für andere in den Schutzbereich des Vertrages einbezogene Personen einzustehen hat. So sollen beispielsweise nahe Familienangehörige in den Schutzbereich des Bauvertrages einbezogen sein¹⁹⁷. Der Grundstücksnachbar kann in diesen Schutzbereich einbezogen sein, wenn die vertraglich vereinbarten Arbeiten Auswirkungen auf das Nachbargrundstück haben können¹⁹⁸.

¹⁹⁴ BGH BauR 1987, S. 79.

¹⁹⁵ BGH BauR 1991, S. 478, zur Hinweispflicht auf eine zwischen Bauunternehmer und Baubetreuer bestehende Provisionsvereinbarung; OLG Köln BauR 1984, S. 299 Hinweispflicht darauf, nicht Architekt zu sein.

¹⁹⁶ OLG Hamburg BauR 1979, S. 248.

¹⁹⁷ BGH NJW 1994, S. 2231; BGH BauR 1994, S. 780; BGH MDR 1956, S. 534; BGHZ 33, 247; BGHZ 55, 11.

¹⁹⁸ OLG Koblenz NZBau 2000, S. 292.

cc. Obhutspflichten

Der Bauvertrag verpflichtet den Auftragnehmer, mit dem Eigentum des Auftraggebers, das der Einwirkung durch die Bauarbeiten ausgesetzt ist, pfleglich und schonend umzugehen, so daß Schäden vermieden werden¹⁹⁹.

4. Pflichten zwischen verschiedenen Unternehmern

Da bei der Ausführung eines Bauvorhabens regelmäßig mehrere Unternehmer an der Bauausführung beteiligt sind, stellt sich die Frage, inwieweit diese untereinander zur Zusammenarbeit, d.h. zur Kooperation verpflichtet sind.

a. Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer

Einfach gestaltet sich das Verhältnis zwischen einem Auftragnehmer und dessen Subunternehmern. Ist in diesem Verhältnis die VOB/B vereinbart, gelten die gleichen Regelungen wie zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer²⁰⁰. Der Hauptauftragnehmer wird in diesen Fällen versuchen, die Risiken seines Vertrages mit dem Auftraggeber an den Subunternehmer weiterzugeben und die Verträge weitestgehend aufeinander abzustimmen. Dies gilt insbesondere für Regelungen hinsichtlich des Zeitpunkts der Abnahme, der Dauer der Gewährleistungsfrist, des Beginns der Verjährungsfristen, bei Vertragsstrafen- und Schiedsklauseln und in Bezug auf den Anspruch auf Teilzahlungen²⁰¹. Wegen des Grundsatzes der rechtlichen Selbständigkeit der Vertragsverhältnisse ist die Weitergabe der vertraglichen Risiken nicht ohne weiteres zulässig. Die einzelnen Regelungen sind darauf zu überprüfen, ob sie den Subauftragnehmer unangemessen benachteiligen²⁰².

¹⁹⁹ BGH WM 1972, S. 243; BGH VersR 1973, S.1069; BGH MDR 1983, S. 122; OLG Düsseldorf BauR 1992, S. 377.

²⁰⁰ Vgl. dazu § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B; OLG Dresden BauR 2001, S. 424.

²⁰¹ Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 41 ff.

²⁰² OLG Dresden NJW-RR 1997, S. 83; Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 49.

Die Verknüpfung der vertraglichen Pflichten und die gegenseitige Abhängigkeit der Vertragsparteien des Bauvertrages wird dadurch deutlich, daß der Auftraggeber als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers im Verhältnis zu dessen Subunternehmern behandelt wird, wenn der Auftraggeber eine vertragliche Pflicht zu erfüllen hat, die dem Auftragnehmer gegenüber seinen Subunternehmern obliegt²⁰³.

b. Vertragliche Regelungen zwischen Unternehmern

Unproblematisch ist das rechtliche Verhältnis zwischen den nebeneinander am Bau tätigen Unternehmern, wenn eine vertragliche Regelung zwischen ihnen besteht. Unternehmer können sich beispielsweise zu Konsortien oder Joint Venture Unternehmen zusammenschließen oder zur Verwirklichung des Bauvorhabens eine ARGE gründen. Es besteht dann ein gesellschaftsvertragliches Verhältnis zwischen den Unternehmern, aufgrund dessen sie rechtlich zur Zusammenarbeit verpflichtet sind.

c. Verhältnis zwischen nebeneinander tätigen Unternehmern

Weitaus schwieriger gestaltet sich das Verhältnis der nebeneinander tätigen Unternehmer, die unabhängig voneinander aufgrund vertraglicher Beziehungen zum Auftraggeber auf der Baustelle tätig sind. Eine vertragliche Beziehung, aufgrund derer sie zur Mitwirkung untereinander verpflichtet sein könnten, existiert nicht. Die Herstellungsphase eines Bauwerkes ist das geradezu klassische Beispiel eines arbeitsteiligen Prozesses, in dem verschiedene Leistungspflichten aufgrund technischer Notwendigkeit miteinander verzahnt sind. Ein Bedürfnis nach rechtlicher Regelung der Beziehung der Unternehmer untereinander ist naheliegend.

aa. Pflichten in der Herstellungsphase

Bestehende rechtliche Beziehungen der am Bau tätigen Unternehmer in der Herstellungsphase werden kaum diskutiert. Die Herstellungspflichten,

²⁰³ BGH BauR 1987, S. 86; OLG Düsseldorf BauR 2001, S. 266.

d.h. die primären Leistungspflichten der nebeneinander tätigen Unternehmer, sind nach herrschender Ansicht nicht identisch. Vielmehr führen die Unternehmer selbständig voneinander Arbeiten aus, die aufeinander aufbauen²⁰⁴.

Lediglich vereinzelt ist der Ansatz erkennbar, die nebeneinander am Bau tätigen Unternehmer als Zweckgemeinschaft zur Erreichung eines gemeinsamen Zieles, der Fertigstellung des Bauwerkes, zu begreifen. Die Verbindung zu einer Zweckgemeinschaft soll die Unternehmer zur gegenseitigen Förderung und Mitwirkung verpflichten²⁰⁵. Das OLG Braunschweig hat eine derartige Zweckgemeinschaft zwischen den Unternehmern angenommen, wenn die technische Zusammenarbeit der Unternehmer notwendig so eng aufeinander abgestimmt werden müsse, daß keiner der beteiligten Unternehmer in der Lage sei, das Werk für sich oder in teilbaren Abschnitten herzustellen, sich die Unternehmer über diese Rechtslage im Klaren seien und die Zusammenarbeit bewußt auf sich genommen haben²⁰⁶. Aufgrund zunehmender Technisierung am Bau müssen nahezu sämtliche Unternehmerleistungen aufeinander abgestimmt werden. Kaum ein Unternehmer ist in der Lage, eine in sich abgeschlossene Teilleistung ohne Abstimmung und Koordinierung mit anderen beteiligten Unternehmern herzustellen, so daß die durch das OLG Braunschweig aufgestellten Voraussetzungen für eine Zweckgemeinschaft häufig gegeben wären und die Zweckgemeinschaft einem Leitbild der Unternehmerbeziehungen gleichkommen würde. Aus der Zweckgemeinschaft zwischen den Unternehmern folge ein besonderes vertragliches Verhältnis arbeitsgemeinschaftlicher Art. Das OLG Braunschweig meinte deshalb, vertragliche Schadenersatzansprüche zusprechen zu können²⁰⁷. Die Ansicht des OLG Braunschweig bewirkt, die nebeneinander am Bau tätigen Unternehmer unabhängig von einer tatsächlichen vertraglichen Einigung zu einem

²⁰⁴ v. Craushaar Jhb. Baurecht 1999, S. 120.

²⁰⁵ Nachweise bei Moos NJW 1961, S. 157; BGH NJW 1952, S. 217; BGH NJW 1970, S. 39 dabei insbesondere das als Berufungsgericht tätige OLG Braunschweig.

²⁰⁶ BGH NJW 1970, S. 39; der BGH ließ in der Revisionsentscheidung offen, ob er dieser Rechtsansicht beitreten würde, da er die vom OLG aufgestellten Voraussetzung nicht gegeben sah.

²⁰⁷ BGH NJW 1970, S. 39.

gesellschaftsähnlichen Verhältnis kraft Natur der Sache zu verbinden²⁰⁸. Die tatsächlich bestehenden vertraglichen Beziehungen werden durchbrochen. Ein gemeinsamer Wille zur Zweckerreichung dürfte ohne ausdrückliche Vereinbarung nicht nachweisbar sein. Da die Unternehmer unabhängig voneinander vom Auftraggeber verpflichtet werden, würde ein zwangsweiser Verbund in eine rechtliche Zweckgemeinschaft mit den durch das OLG Braunschweig vorgesehenen Rechtsfolgen den Grundsätzen der Vertragsfreiheit widersprechen. Die Annahme einer Zweckgemeinschaft dieser Art ist nicht interessengerecht, da sie berechtigte Interessen der Bauhandwerker, die sich nicht für ein wirtschaftliches Gesamtobjekt, sondern im Regelfall nur für ihre Teilleistung verpflichten wollen, außer Acht läßt. Für sie besteht bei getrennter Beauftragung nicht die Möglichkeit, sich die anderen Unternehmer auszusuchen und sich mit diesen abzustimmen. Die Risiken für den einzelnen Unternehmer sind mangels genauer rechtlicher Regelung nicht vorhersehbar und deshalb unkalkulierbar²⁰⁹.

Der BGH hat in verschiedenen Entscheidungen ausgeführt, daß zwischen den am Bau beteiligten Unternehmern und Sonderfachleuten eine planmäßige rechtliche Zweckgemeinschaft besteht, obwohl sie in der Regel nicht vertraglich miteinander verbunden seien²¹⁰. Diese Zweckgemeinschaft solle sich aus der notwendigen engen Zusammenarbeit der Unternehmer zur fehlerfreien Errichtung des Bauwerkes ergeben. Aus der Zweckgemeinschaft kann sich eine Abstimmungspflicht ergeben, wenn der Vorunternehmer Kenntnis über die weitere Verwendung seiner Leistung und über die bestimmungsgemäß darauf aufbauenden Nacharbeiten hat und er konkrete Anhaltspunkte dafür hat, daß der Nachunternehmer ohne Abstimmung nicht mangelfrei auf seiner Leistung aufbauen könne²¹¹. Der BGH hat es aber trotz dieser Feststellung abgelehnt, eine gemeinsame rechtliche Verpflichtung der Unternehmer bereits in der Herstellungsphase anzunehmen²¹². Der Unternehmer haftet nach der Rechtsprechung des BGH für die Verletzung der

²⁰⁸ Moos NJW 1961, S. 157; ähnlich Ganten S. 155, der diese vereinzelt gebliebene Rechtsprechung deshalb kritisiert, weil sie von einer faktischen Nähe auf eine rechtliche Risikogemeinschaft geschlossen hat.

²⁰⁹ Ganten S. 156.

²¹⁰ BGH NJW 1952, S. 217; BGHZ 43, 227.

²¹¹ BGH BauR 1970, S. 57.

sich aus der Zweckgemeinschaft der Unternehmer ergebenden Pflichten erst in der Gewährleistungsphase.

Aus der faktisch zwischen den Unternehmern bei der Herstellung eines Bauwerkes bestehenden Zweckgemeinschaft werden durch die Rechtsprechung mangels untereinander bestehender vertraglicher Verbindung keine gegenseitigen Informations- oder Mitwirkungspflichten abgeleitet. In Ausnahmefällen können Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber zur Information in Bezug auf besondere technische oder qualitative Anforderungen der Leistung von Vor- oder Nachunternehmern verpflichtet sein. Diese Informationspflicht ergibt sich aus dem vertraglichen Verhältnis zum Auftraggeber und besteht nicht gegenüber dem anderen Unternehmer.

bb. Pflichten in der Gewährleistungsphase

Über die rechtliche Qualifizierung der Beziehungen der nebeneinander am Bau tätigen Unternehmer in der Gewährleistungsphase besteht ebenfalls keine Einigkeit. Besonders heftig wird das Verhältnis zwischen Vor- und Nachunternehmer in der Gewährleistungsphase diskutiert. Das Problem wird offensichtlich, wenn die Leistung des Auftragnehmers mangelhaft wird, weil er auf einer mangelhaften Leistung des vor ihm tätigen Unternehmers aufbaut.

aaa. Stellung als Gesamtschuldner

Teilweise werden die Unternehmer in der Gewährleistungsphase als Gesamtschuldner angesehen²¹³, die gemeinsam für die Beseitigung der Mängel haften. Diese Ansicht sieht sich jedoch erheblichen dogmatischen Bedenken ausgesetzt. Eine Gesamtschuld entsteht nach der bisher herrschenden Ansicht, wenn eine gemeinsame Verpflichtung mehrerer Schuldner auf die gleiche Leistung besteht und der Gläubiger die Leistung nur einmal zu fordern

²¹² BGHZ 37, 341; 39, 261; 43, 227.

²¹³ BGH NJW 1952, S. 217; 1965, S. 1175; OLG Hamm BauR 1995, S. 852; Kniffka BauR 1999, S. 1313; Weise BauR 1992, S. 685; Brüggemann BauR 1976, S. 383; Diehl FS Heiermann S. 43, der eine Gesamtschuld ebenso wie der BGH in der oben zitierten Entscheidung nur für das Verhältnis von Architekt und Bauunternehmer annimmt.

berechtigt ist. Zusätzlich muß eine gewisse innere Verbindung zwischen den Schuldnern bestehen, so daß diese zu einer Tilfungsgemeinschaft zusammen geschlossen sind²¹⁴. Durch dieses Merkmal, das als Gleichstufigkeit der Verpflichtung der Schuldner bezeichnet wird²¹⁵, wird das Bestehen einer Gesamtschuld ausgeschlossen, wenn unter den gegenüber dem Gläubiger gemeinsam verpflichteten Schuldnern einer ist, der vorrangig verpflichtet ist. Ein Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB findet dann nicht statt.

In seiner Entscheidung zur gesamtschuldnerischen Haftung von Architekt und Unternehmer ist der BGH²¹⁶ davon ausgegangen, daß in der Gewährleistungsphase eine objektive Zweckgemeinschaft zwischen Architekt und Bauunternehmer entsteht, in der vom Unternehmer die Gewährleistung und vom Architekten Schadenersatz geschuldet wird²¹⁷. Trotz der Verschiedenheit dieser Ansprüche sind sie nach Ansicht des BGH inhaltlich nahezu identisch. Der Nachbesserungsanspruch könne jederzeit in den Schadenersatzanspruch übergehen, so daß die Annahme einer Gesamtschuld gerechtfertigt sei. Die Verpflichtung des Architekten, dem die örtliche Bauaufsicht obliegt, sei mit der Verpflichtung des einzelnen Unternehmers, der nur das von ihm geschuldete Einzelwerk schuldet, eng verknüpft. Denn der Architekt sei insgesamt dafür verantwortlich, daß ein mangelfreies Werk entsteht²¹⁸. Die Verpflichtung des Architekten umfaßt nach dieser Ansicht die Verpflichtung jedes einzelnen am Bau tätigen Unternehmers hinsichtlich der Mangelfreiheit der Bauleistung. Im Gewährleistungsfall haften Unternehmer und Architekt auf das gleiche Ziel. Im Unterschied dazu handelt es sich bei den Ansprüchen, die gegenüber mehreren Unternehmern geltend gemacht werden, regelmäßig um Gewährleistungsansprüche, die auf die Beseitigung desselben Mangels gerichtet sind, in dem sich die unterschiedlichen und nebeneinander erbrachten Leistungsbeiträge dieser Unternehmer verwirklicht haben können. Die Unternehmer schulden nur ihre jeweilige Teilleistung, die von den Verpflichtungen der anderen Unternehmer abgegrenzt ist. Eine

²¹⁴ BGHZ 13, 365; 19, 123; 43, 229; 46, 15; Larenz § 37 I; Palandt § 421 Rn. 6.

²¹⁵ BGHZ 106, 319; 108, 183; BGH NJW 1998, S. 537.

²¹⁶ BGH NJW 1965, S. 1175; BGHZ 43, 227.

²¹⁷ BGH NJW 1965, S. 1175, der BGH gelangte zur Annahme einer Zweckgemeinschaft, indem er die Haftung von Architekt und Unternehmer mit der nach § 840 BGB bestehenden Haftung mehrerer Deliktsschuldner, die nebeneinander einen Schaden verursachen, verglich.

gesamtschuldnerische Haftung kommt insoweit nur in Betracht, wenn beide Unternehmer eine identische oder teilidentische Leistung schulden²¹⁹, oder sie sich gemeinsam auf ein Gesamtwerk verpflichtet haben²²⁰. Mangels Begründung einer gemeinsamen Leistungspflicht in der Herstellungsphase, d.h. bei der primären Leistungserbringung, kann eine solche Verpflichtung auch nicht in der Gewährleistungsphase entstehen. Der jeweilige Unternehmer ist auch dann nur für die Beseitigung der Mängel seiner eigenen Leistung verantwortlich, so daß keine Identität der Leistungsverpflichtung und damit kein identisches Gläubigerinteresse besteht²²¹. Soweit der Unternehmer zur Vornahme der Mängelbeseitigung in die Arbeiten anderer Gewerke eingreifen und diese im Rahmen seiner eigenen Verpflichtung wieder mangelfrei errichten muß, handelt es sich um eine zwangsläufige Folge seiner Verpflichtung zur Lieferung eines mangelfreien Werkes. Eine gemeinsame Verpflichtung der Unternehmer wird dadurch nicht begründet.

Eine Gesamtschuld besteht mangels gemeinsamer Leistungspflicht der Unternehmer nicht, so daß es auf die Frage der Gleichstufigkeit der Verpflichtung, die nach neuerer Ansicht²²² zur Begründung der Gesamtschuld nicht notwendig ist, nicht mehr ankommt.

²¹⁸ BGH NJW 1965, S. 1175.

²¹⁹ v. Craushaar Jhb. Baurecht 1999, S. 122; Kniffka BauR 1999, S. 1313, der annimmt, Estrich- und Fliesenleger schulden hinsichtlich der ordnungsgemäßen Verlegung der Fliesen die gleiche Leistung.

²²⁰ BGH NJW-RR 1994, S. 373; OLG Hamm NJW-RR 1996, S. 273.

²²¹ Kaiser BauR 2000, S. 175; v. Craushaar Jhb. Baurecht 1999, S. 125; Diehl FS für Heiermann S. 43.

²²² Boecken, v. Sonntag JZ 1997, S. 1ff; Wernecke S. 99; Staudinger-Noack § 421 Rn. 8; nach denen sämtliche rechtlichen Konstellationen einer gemeinsamen Verpflichtung unter die Regelungen der Gesamtschuld gefaßt werden können. Einer weiteren über den Wortlaut des § 421 BGB hinausgehenden Einschränkung bedürfe es nicht, da durch die Gesamtschuld eine flexible Regelung gegeben sei. Nach dieser Ansicht könnten, eine gemeinsame Verpflichtung vorausgesetzt, auch die Haftungsbeiträge der nebeneinander tätigen Bauunternehmer im Rahmen einer Gesamtschuld reguliert werden, ohne daß es auf die Feststellung der Letztverantwortung gegenüber dem Auftraggeber ankommen würde. Ähnlich schon Ehmans S. 112ff; und Winter „Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld“ aus historischer Sicht.

bbb. Qualifizierung als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Andererseits wird der Bauvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter qualifiziert²²³, aufgrund dessen Ansprüche des Nachunternehmers gegen den Vorunternehmer denkbar sein sollen.

Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist gegeben, wenn der Dritte den Gefahren der Hauptleistung ebenso stark ausgesetzt ist wie der Gläubiger, der Gläubiger am Schutz des Dritten ein Interesse hat und dieses Interesse für den Schuldner bereits bei Vertragsabschluß erkennbar ist²²⁴. Rechtsgrundlage dieses Rechtsinstituts ist die ergänzende Vertragsauslegung²²⁵.

Der Nachunternehmer kommt mit der Leistung des Vorunternehmers in enge Berührung, da er notwendig auf dieser aufbauen muß. Das Kriterium der Leistungsnähe ist somit gegeben. Das Interesse des Auftraggebers am Schutz des Nachunternehmers soll sich nach Kaiser²²⁶ daraus ergeben, daß Baumängel geeignet sind, den geordneten Ablauf des Bauvorhabens zu stören. Dies sei aus Sicht des Auftraggebers in jedem Fall zu vermeiden. Da der Vorunternehmer wisse, daß seine Leistung ausbaubedürftig sei, ist nach Ansicht Kaisers²²⁷ auch das Merkmal der Vorhersehbarkeit gegeben. Aufgrund dieser Argumentation qualifiziert Kaiser den Bauvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, aufgrund dessen dem Nachunternehmer eigene vertragliche Ansprüche gegen den Vorunternehmer zustehen. Ein an der Entstehung des Schadens mitwirkendes Mitverschulden des Nachunternehmers, das sich insbesondere aus einer Verletzung der Pflicht zur Prüfung und Bedenkenanmeldung gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B gegen die Vorunternehmerleistung ergeben kann, könne über § 254 BGB berücksichtigt werden. Es komme nicht entscheidend darauf an, daß die Verpflichtung des

²²³ Kaiser BauR 2000, S. 171.

²²⁴ BGHZ 70, 329; BGH NJW 1985, S. 2411, wobei das Merkmal der Erkennbarkeit umstritten ist, vgl. z.B. Strauch JuS 1982, S. 827.

²²⁵ RGZ 127, 222; BGHZ 56, 273; BGH NJW 1984, S. 356.

²²⁶ BauR 2000, S. 174.

²²⁷ Kaiser BauR 2000, S. 171.

Auftragnehmers aus § 4 Nr. 3 VOB/B nur gegenüber dem Auftraggeber und nicht auch gegenüber anderen Auftragnehmern bestehe. Im Rahmen des § 254 BGB wird auch ein Verschulden gegen sich selbst anspruchsmindernd berücksichtigt²²⁸. Es scheint also eine rechtlich konsequente Lösung gefunden, die einen angemessenen Interessenausgleich bei Konfliktfällen der gemeinsamen Mängelverantwortung von Vor- und Nachunternehmer gewährleistet.

Eine Schwachstelle dieser Auffassung besteht m.E. in der Begründung des Schutzinteresses des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer, auf dem die dem Nachunternehmer zugebilligten eigenen vertraglichen Ansprüche maßgeblich aufbauen. Ein sog. Wohl- und Weheverhältnis besteht zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer nicht. Aus dem Interesse des Gläubigers an einem geordneten Bauablauf ergibt sich nicht notwendig ein Interesse, andere Unternehmer an den Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen teilhaben zu lassen. Der geordnete Bauablauf ist bei Feststellung der Mängel bereits gestört, so daß die dem Nachunternehmer zustehenden Ansprüche, die erst nach der Feststellung der Mängel greifen können, den Bauablauf nicht absichern können. Es handelt sich bei den dem Nachunternehmer zugebilligten vertraglichen Ansprüchen um solche, die eine bereits eingetretene Störung nachträglich regeln sollen. In dieser Phase hat der Auftraggeber kein nachvollziehbares Interesse am Schutz des Nachunternehmers. Ein wirtschaftliches oder sonst ausgestaltetes Interesse des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer besteht nicht mehr.

Zwar ist der BGH teilweise vom Kriterium des Wohl und Wehe-Erfordernisses abgerückt²²⁹, das er bislang zur Charakterisierung des Schutzinteresses des Gläubigers verwandt hat²³⁰. Doch bezieht sich diese Rechtsprechung bisher ausschließlich auf Verträge der beratenden Berufe, wie Gutachter, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, deren Leistungen aufgrund der erhöhten staatlichen Kontrolle dieser Berufsgruppen ein großes Vertrauen

²²⁸ RGZ 149, 7; 157, 207; BGHZ 3, 49; Palandt-Heinrichs § 254 Rn. 1.

²²⁹ BGH JZ 1985, S. 951 mit abl. Anm. Honsell; BGH VersR 1986, S. 814; 1987, S. 262; 1989, S. 375; NJW 1992, S. 2080; NJW 1998, S. 1059; BGHZ 127, 378.

²³⁰ BGHZ 51, 91, 96.

genießen und die im Regelfall zur Weitergabe an Dritte bestimmt sind. Das Kriterium der Drittbestimmtheit der vertraglichen Leistung rechtfertigt diese Rechtsprechung des BGH. Es soll verhindert werden, daß derjenige, für den die vertragliche Leistung bestimmt ist, keine vertraglichen Schadenersatzansprüche für den Fall der Mangelhaftigkeit dieser Leistung hat. Eine vergleichbar ausgeprägte Drittbestimmtheit der Leistung ist beim Bauvertrag nicht vorhanden. Die Bauleistung wird für den Auftraggeber und nicht für den Nachunternehmer erbracht. Die Zwangsläufigkeit, mit der der Nachunternehmer mit der Leistung des Vorunternehmers in Berührung kommt, rechtfertigt die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht. Der BGH hat mit seiner Rechtsprechung das Kriterium des Schutzinteresses des Gläubigers am Einbezug des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages nicht aufgegeben²³¹. Ein solches Interesse des Auftraggebers des Bauvertrages, das sich nur aus wirtschaftlichen Überlegungen des Auftraggebers ergeben könnte, ist nicht vorhanden. Das Interesse des Auftraggebers reduziert sich darauf, einen Anspruchsgegner für sein Mangelbeseitigungsverlangen zu haben, der leistungsfähig genug ist, den festgestellten Mangel zu beseitigen. An der nachfolgenden Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nachunternehmer um die quotenmäßige Mangelverantwortung hat der Auftraggeber kein Interesse, so daß die Grenzen zulässiger Vertragsauslegung bei Annahme eines Schutzinteresses des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer überschritten würden. Ein eigenes Interesse am Einbezug des Nachunternehmers in den Schutzbereich des Bauvertrages wird sich nur in Ausnahmefällen, etwa aufgrund besonderer Vereinbarung ergeben. In diesen Fällen wird es an der Erkennbarkeit dieses Interesses für den Vorunternehmer fehlen. Der Wille des Auftraggebers, den Nachunternehmer in den Schutzbereich des Vertrages einzubeziehen, ergibt sich für den Vorunternehmer nicht aus der Erkennbarkeit der Ausbaubedürftigkeit seiner Leistung.

²³¹ BGH VersR 1988, S. 178 mit zustimmender Anm. Späth; BGH NJW 1996, S. 2927; BGHZ 66, 51 (57); BGH NJW 1977, S. 2073; OLG Köln VersR 1984, S. 340; Soergel-Hadding Anh. zu § 328 Rn. 13, MK-Gottwald § 328 Rn. 69; Das wäre auch nicht möglich, da der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sonst dazu führen würde, die im Gesetz angelegte Unterscheidung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung aufzuheben.

Fraglich ist auch, wie ein mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers oder beauftragter Sonderfachleute bei der Entstehung des Mangels zu berücksichtigen wäre. Müßte sich der Nachunternehmer das Verschulden des Auftraggebers anspruchsmindernd anrechnen lassen²³², hätte er dennoch einen Teil seines Schadens gegenüber dem Auftraggeber zu liquidieren. Die Berücksichtigung eines Verschuldens des Architekten oder anderer Sonderfachleute würde zu Schwierigkeiten führen. Sonderfachleute werden als Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers gegenüber dem Unternehmer angesehen²³³. Sie sind aber weder Erfüllungsgehilfen des Nachunternehmers im Verhältnis zum Vorunternehmer, noch sind sie Gläubiger des Bauvertrages. Die Lösung über die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bietet aus diesen Gründen keine Vorteile für die Praxis, da sie eine Reihe rechtlich komplizierter Fragen aufwirft.

Der Bauvertrag ist kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Nachunternehmers. Die Qualifizierung des Bauvertrages als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vermag nicht, die Primärpflichten der Unternehmer miteinander zu verknüpfen. Diese Lösung verlagert das Problem auf die Ebene der Schadenersatzansprüche, ohne eine rechtliche Verbindung zwischen den Unternehmern herzustellen.

Von der Konstellation der Haftung des Vorunternehmers gegenüber dem Nachunternehmer zu unterscheiden sind Fälle, in denen die Werkleistung eines Unternehmers durch einen anderen parallel auf der Baustelle tätigen Unternehmer beschädigt wird. Es geht in diesen Fällen nicht um den Gewährleistungsausgleich der Auftragnehmer im Verhältnis zum Auftraggeber, sondern um die Möglichkeit des geschädigten Unternehmers, Schadenersatz von dem anderen Unternehmer zu verlangen. Vertragliche Ansprüche, die den Unternehmer zur Forderung von Schadenersatz berechtigen würden, bestehen nicht. Die unmittelbare Anwendbarkeit des § 823 BGB wird daran scheitern, daß der Unternehmer durch den Einbau der Bauleistung sein Eigentum an den Materialien verloren hat. In diesen Fällen soll dem geschädigten Unternehmer die Möglichkeit zustehen, Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der

²³² BGHZ 33, 250; BGH NJW 1965, S. 1757; Palandt § 328 Rn. 20.

Drittschadensliquidation gegen den anderen Unternehmer herzuweisen²³⁴. Diese Lösung ist auf Fälle der zufälligen Verlagerung des Schadens vom Auftraggeber auf den geschädigten Unternehmer beschränkt. Für den Ausgleich von Ansprüchen in dem das Baugeschehen kennzeichnenden Mehrpersonenverhältnis ist diese Lösung nicht übertragbar.

ccc. Haftung nur für die jeweilige Teilleistung

Andererseits wird die gemeinsame Haftung der Auftragnehmer untereinander auf Mängelbeseitigung auch ganz abgelehnt und vertreten, jeder Unternehmer hafte nur für seine Teilleistung²³⁵. Der Vorunternehmer wird nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers qualifiziert²³⁶. Die tatsächliche Verknüpfung der Leistungsbeiträge der nebeneinander tätigen Auftragnehmer soll dadurch einer rechtlichen Regelung zugeführt werden. Dies ist im Verhältnis des Architekten zum Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer anerkannt²³⁷. Die Stellung des Vorunternehmers als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Nachunternehmer ist dagegen umstritten.

Der Vorunternehmer sei Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers, weil der Auftraggeber gegenüber dem Nachunternehmer zur Bereitstellung des Baugrundstückes verpflichtet sei²³⁸. Diese Bereitstellungspflicht ergebe sich aus §§ 3 Nr. 2, 4 Nr. 4 VOB/B, bzw. § 645 BGB, nach dem der Auftraggeber den zur Herstellung erforderlichen Stoff zu liefern habe, zu dem nicht nur Baustoffe und Bauteile sondern auch der aufnahmebereite Baugrund gehören²³⁹. Bediene

²³³ BGH VersR 1964, S. 267; 1968, S. 152.

²³⁴ BGH NJW 1970, S. 38, 41; BGHZ 40, 91, 100; OLG Hamm BauR 2002, S. 635; LG Regensburg BauR 2002, S. 642.

²³⁵ BGH BauR 1999, S. 1032; 1985, S. 561; Diehl FS Heiermann, S. 43.

²³⁶ OLG Düsseldorf BauR 1999, S. 1309; OLG Celle BauR 1994, S. 629, Grieger BauR 1990, S. 406; v. Craushaar Jhb. Baurecht 1999, S. 115, ders. in BauR 1987, S. 14; Oberhauser S. 257, Vygen BauR 1989, S. 387; ders. in ZIP 1988, S. 134; Heiermann NJW 1989, S. 90; Baden BauR 1991, S. 30; Kapellmann/Schiffers Bd. 1 Rn. 1368 mwN.

²³⁷ BGH VersR 1964, S. 267; 1968, S. 152; 1971, S. 668.

²³⁸ Einleuchtend erscheint auf den ersten Blick das plastische Beispiel von Kapellmann/Schiffers Band 1 Rn. 1366. Der Dachdecker kann ohne Fertigstellung des Rohbaus die geschuldete Leistung nicht ausführen. Dieses tatsächliche Leistungshindernis sagt aber nichts darüber aus, wie der Auftraggeber haftet, wenn die Mitwirkung des Auftraggebers nicht erbracht wird.

²³⁹ OLG Düsseldorf BauR 1999, S. 1311.

sich der Auftraggeber zur Herstellung des Baugrundes eines anderen Unternehmers, so sei dieser insoweit Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers, da er zur Erfüllung einer Mitwirkungspflicht des Auftraggebers eingesetzt würde. Sei die Leistung des Auftragnehmers infolge einer mangelhaften Vorunternehmerleistung mit Mängeln behaftet, könne der Auftragnehmer diesen Schaden dem Auftraggeber im Rahmen seiner eigenen Haftung gemäß §§ 278, 254 BGB entgegen halten. Auch aus der Prüfpflicht des Nachunternehmers gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B folge nicht, daß der Vorunternehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers sein könne. Die Verknüpfung der Verantwortungsbereiche beider Auftragnehmer würde dadurch deutlich. Der Nachunternehmer trage teilweise Verantwortung für die Leistung des Vorunternehmers. Der Auftragnehmer sei andererseits verpflichtet, die Planungsleistung des Architekten zu prüfen und Bedenken dagegen anzumelden. Diese Prüfpflicht hindere die Annahme der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Architekten im Verhältnis zum Auftraggeber nicht.

Der BGH ist dieser Ansicht nur für das Verhältnis zwischen Unternehmer und Architekten gefolgt. Der Architekt sei Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Auftragnehmer, weil der Auftraggeber nach § 3 Nr. 1 und Nr. 5 VOB/B verpflichtet sei, dem Auftragnehmer die erforderlichen Planungsunterlagen zur Verfügung zu stellen. Bediene er sich dabei eines Architekten oder sonstigen Sonderfachmannes, sei dieser Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Auftragnehmer, dessen Werk infolge eines Planungsfehlers mangelhaft ist²⁴⁰. Der Vorunternehmer ist dagegen nach Ansicht des BGH nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Nachunternehmer²⁴¹. Der Auftragnehmer wolle und könne seine Leistung selbst verantworten. Dem Auftragnehmer sei bewußt, daß sich

²⁴⁰ BGH VersR 1964, S. 267; 1968, S. 152; 1971, S. 668.

²⁴¹ BGH 1985, S. 561; Kniffka BauR 1999, S. 1313; Kapellmann/Schiffers Band 1 Rn. 1369 zitieren für ihre gegenteilige Ansicht BGH BauR 1986, S. 203. Diese Entscheidung stellt jedoch insofern einen Sonderfall dar, als es nicht um die Verletzung der nicht normierten Bereitstellungspflicht ging, sondern um die unrichtige Angabe von Höhenfestpunkten, die in § 3 Nr. 2 VOB/B normiert ist. Allerdings wendet der BGH § 278 BGB an, obwohl er in der Entscheidung davon ausgeht, § 3 Nr. 2 VOB/B stelle nur eine Obliegenheit dar. Vgl. auch OLG Celle BauR 1994, S. 629, der Vorunternehmer sei Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, wenn der Auftraggeber die terminliche Fertigstellung der Vorleistung zugesichert hat. Die Revision wurde durch den BGH abgelehnt.

der Auftraggeber zur Erstellung des Bauwerkes mehrerer Unternehmer bediene, die nebeneinander und nacheinander tätig seien und deren Leistungen aufeinander aufbaue. Der Auftragnehmer nehme diese Arbeitsteilung hin. Die einzelnen Unternehmer seien demgegenüber nicht in den Pflichtenkreis des Auftraggebers gegenüber den anderen Unternehmern einbezogen. Sie erbrächten ihre Leistung vielmehr aufgrund ihres eigenen Vertrages. Der einzelne Unternehmer sei gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B verpflichtet, die Leistung des Vorunternehmers zu überprüfen und Bedenken anzumelden. Aus dieser Norm folge, daß sich der Verantwortungsbereich des Nachunternehmers mit dem des Vorunternehmers teilweise überschneide. Die einzelnen Unternehmer stünden also nicht völlig unverbunden nebeneinander, sondern seien zu einer objektiven Zweckgemeinschaft verbunden, so daß der Nachunternehmer für die Leistung des Vorunternehmers mitverantwortlich sei. Der Vorunternehmer könne folglich nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers sein.

Der BGH sieht vielmehr die Unternehmer als gemeinsam verpflichtet an, ohne sich zur Annahme einer Gesamtschuld zwischen den Unternehmern entschließen zu können. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer ausdrücklich zu einer fristgerechten oder mangelfreien Vorarbeit verpflichtet habe. Das sei in der Regel nicht der Fall²⁴². Gegenüber der in der Literatur geäußerten Kritik wird geltend gemacht, daß diese die Besonderheiten des komplexen Bauvertrages nicht ausreichend berücksichtige und die Interessen des Auftragnehmers einseitig in den Vordergrund stelle²⁴³.

In einer neueren Entscheidung aus dem Jahre 1999 ist der BGH von seiner bisherigen Rechtsprechung teilweise abgerückt. Dem durch eine verspätet oder mangelhaft hergestellte Vorunternehmerleistung behinderten Nachunternehmer wurde ein Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB zugesprochen²⁴⁴. Es obliege dem Auftraggeber, dem Auftragnehmer ein

²⁴² BGH BauR 1985, S. 561; OLG Celle BauR 1994, S. 629; Jagenburg FS für Mantscheff S. 99; Beispiele für eine ausdrückliche Vereinbarung sind zu finden in BGH BauR 1994, S. 629; BGH ZfBR 1992, S. 31.

²⁴³ Kniffka Jhb. Baurecht 2001, S. 15.

²⁴⁴ BGH BauR 2000, S. 722 = NZBau 2000, S. 187, vgl. zur vorher vertretenen Ansicht des BGH BauR 1985, S. 561

aufnahmebereites Baugrundstück zur Verfügung zu stellen. Komme er mit dieser Handlung in Verzug, weil sein Vorunternehmer verspätet oder mangelhaft leiste, sei § 642 BGB unter gewissen Voraussetzungen anwendbar. Dennoch betonte der BGH, daß der Vorunternehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherren gegenüber dem Nachunternehmer sei. Grundlage der Rechtsprechung des BGH ist die Einordnung der gegenüber dem Unternehmer zu erfüllenden Bereitstellungshandlungen als Obliegenheiten²⁴⁵. Unabhängig von der umstrittenen Frage der Anwendbarkeit des § 278 BGB auf die Verletzung von Obliegenheiten²⁴⁶, besteht bei der Verletzung von Obliegenheiten nicht die Möglichkeit, Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Obliegenheiten gelten als Gebote des eigenen Interesses des Gläubigers. Sie begründen weder einen Erfüllungsanspruch des Berechtigten noch führt ihre Verletzung zu Schadenersatzansprüchen²⁴⁷. Für den Ersatzanspruch nach § 642 BGB kommt es dagegen nicht auf die konkrete rechtliche Einordnung der verletzten Mitwirkungshandlung an. Der BGH lehnt dagegen die Anwendung des § 6 Nr. 6 VOB/B ab, weil dort die Verletzung einer Vertragspflicht verlangt wird²⁴⁸.

Ein Ende des dogmatischen Streits um die richtige rechtliche Charakterisierung des Verhältnisses von Auftraggeber und den von ihm beauftragten nebeneinander tätigen Auftragnehmern ist durch die neue Rechtsprechung nicht gefunden worden. Der BGH hat in weiteren Entscheidungen zu erkennen gegeben, daß er an der grundsätzlichen Ablehnung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vorunternehmers festhalten will²⁴⁹. Zwar sind die praktischen Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen durch die Gewährung eines Ersatzanspruches nach § 642 BGB abgemildert worden,

²⁴⁵ Jagenburg FS für Mantscheff S. 101.

²⁴⁶ MK-Hanau § 278 Rn. 29; Staudinger/Löwisch § 278 Rn. 36; Schmidt S. 170, 171, aA RGZ 158, 357 (361); 159, 337 (352); Soergel/Wolff § 278 Rn. 16; Wieling AcP 176 (1976), S. 354.

²⁴⁷ BGHZ 24, 382; BGH NJW 1995, S. 402; Wieling AcP 176, S. 345; ausführlich Schmidt „Obliegenheiten“ 1953.

²⁴⁸ BGH BauR 2000, S. 722, 724, der BGH entschied dabei gleichzeitig die bis dahin umstrittene Frage der Anwendbarkeit des § 642 BGB neben § 6 Nr. 6 VOB; Zu dieser Entscheidung auch Kraus BauR 2000, S. 1109; Stamm BauR 2002, S. 5; Roquette Jhb. Baurecht 2002, S. 70; aA Ingenstau/Korbion B § 6 Rn. 116; Heiermann/Riedl/Rusam B § 6.6 Rn. 39; Kapellmann/Schiffers Bd. 1 Rn. 1384, 1400, die § 6 Nr. 6 VOB/B als *lex specialis* zu § 642 BGB sehen und zudem kritisieren, daß der BGH das Anzeigerfordernis des § 6 Nr. 1 VOB/B bei § 642 einführt.

²⁴⁹ BGH BauR 1994, S. 517; OLG Celle BauR 1994, S. 629; Kniffka Jhb. Baurecht 2001, S. S. 15.

da der geschädigte Nachunternehmer unter bestimmten Voraussetzungen einen Teil seines wirtschaftlichen Schadens ersetzt bekommt. Die wiederholte Erwähnung der gemeinsamen Verpflichtung der Unternehmer, die durch ihre Zusammenarbeit gewährleisten müssen, daß ein mangelfreies Bauwerk entsteht, bleibt ohne rechtliche Ausgestaltung jedoch ohne Konsequenzen.

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz²⁵⁰ wurde in § 311 Abs. 3 BGB eine Regelung geschaffen, durch die vertragliche Pflichten zwischen Personen entstehen können, die nicht selbst Vertragsparteien sind. Diese sogenannte Sachwalterhaftung soll gelten, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluß erheblich beeinflußt. Gedacht wurde an die Haftung des Vertreters oder des Verhandlungsgehilfen sowie an die Eigenhaftung bestimmter Auskunft- und Beratungspersonen²⁵¹. Es handelt sich um einen Fall der gesetzlich geregelten culpa in contrahendo. Ob durch diese Regelung auch vertragliche Ansprüche im Verhältnis mehrerer an einem Bauvorhaben beteiligter Unternehmer begründet werden können, ist unwahrscheinlich, da bestehende Verträge mit anderen Unternehmern auf den Vertragsschluß mit einem weiteren Auftragnehmer regelmäßig keinen Einfluß haben. Eine Beeinflussung der Vertragsverhandlungen oder des Vertragsschlusses findet also nicht statt.

Die zu dem geschilderten rechtlichen Grundproblem vertretenen völlig unterschiedlichen Ansichten zeigen, daß eine zufriedenstellende Lösung des Problems der Charakterisierung und Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen nebeneinander am Bau tätiger Unternehmer noch nicht gefunden wurde, obwohl ein nachweisbares Bedürfnis für eine diesbezügliche Regelung besteht.

cc. Zwischenergebnis

Es ist offensichtlich, daß ein Bedürfnis besteht, die zwischen den am Bau tätigen Unternehmern bestehenden Beziehungen rechtlich zu erfassen und interessengerecht zu regeln, da deren Tätigkeit praktisch eng miteinander

²⁵⁰ BGBl I 2001, S. 3148.

verknüpft ist. Mangels direkter vertraglicher Verbindung zwischen diesen Unternehmern ist es noch nicht gelungen, eine befriedigende rechtliche Lösung des Problems zu finden. Die Regelungen der VOB/B bietet keine Hilfe bei der Lösung dieses Problems, da sie auf das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zugeschnitten sind und eine Verknüpfung der nebeneinander bestehenden Einzelverträge nicht herzustellen vermag.

5. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nach der VOB/B durch eine Vielzahl von Verpflichtungen gekennzeichnet ist, aufgrund derer die Vertragsparteien zur Information, Kommunikation und Abstimmung miteinander verpflichtet werden. Die klassischen Hauptleistungspflichten des Werkvertrages werden ergänzt. Die Nebenpflichten des Auftragnehmers und des Auftraggebers werden ausdrücklich normiert. Durch diese den Vertragsparteien auferlegten Mitwirkungshandlungen wird zwischen den Vertragsparteien des Werkvertrages ein Verhältnis geschaffen, das über die Verpflichtung der Parteien auf die Erfüllung der Hauptleistungspflichten hinaus geht.

Trotz der Regelung eines Netzes gegenseitiger Pflichten kommt es in der Praxis häufig zu Konflikten, die vor Gericht enden und Anzeichen dafür sind, daß das durch die VOB geschaffene Vertragsgefüge gestört ist. Es stellt sich die Frage, ob die Regelungen der VOB ein Kooperationsverhältnis der Parteien rechtlich absichern.

Es wird zudem deutlich, daß die VOB/B keine ausreichende Regelung für das Verhältnis der nebeneinander tätigen Unternehmer trifft, obwohl aufgrund der technischen Verknüpfung der einzelnen Leistungsabschnitte deren Verpflichtungen aufeinander abgestimmt werden müssen. Die VOB/B schafft keine rechtliche Verpflichtung, die das Abstimmungs- und Informationsbedürfnis der nebeneinander tätigen Unternehmer absichert. Das Kooperationsverhältnis dieser Unternehmer ist -

²⁵¹ BT/Drucks. 14/6040 S. 163.

sofern diese nicht vertraglich miteinander verbunden sind - rechtlich nicht abgesichert.

II. Rechtsnatur der Kooperationsverpflichtung

Zu untersuchen ist nunmehr, wie die einzelnen Verpflichtungen des VOB/B Bauvertrages rechtlich zusammenwirken, so daß es gerechtfertigt ist, den Bauvertrag als ein Kooperationsmodell zu bezeichnen. Den Ausgangspunkt dieser Untersuchung bildet der bisherige Stand der Diskussion dieses Problems in Rechtsprechung und Literatur. Es soll untersucht werden, ob die in den Regelungen der VOB/B enthaltenen rechtlichen Vorgaben der Kooperationspflichten vollständig ausgeschöpft wurden, so daß eine Verstärkung des Kooperationsgedankens nur durch eine Veränderung der bestehenden Regelung erreicht werden kann, oder ob bereits eine veränderte Auslegung der bestehenden Regelungen das gewünschte Ergebnis bewirken könnte.

1. Rechtsprechung

a. Bisherige Urteile zur Kooperationspflicht der Vertragsparteien

Die Kooperationsverpflichtung wurde durch den BGH bisher in zwei Entscheidungen ausdrücklich behandelt. Daneben befaßte sich das OLG Düsseldorf mit dieser Problematik.

aa. Entscheidung des BGH, AZ: VII ZR 245/94, v. 23. Mai 1996²⁵²

Die Beklagte war eine ARGE, die sich zur Errichtung eines Knappschaftskrankenhauses zusammen geschlossen hatte. Die Klägerin war mit der Ausführung von Trockenbauarbeiten beauftragt worden. Die Klägerin machte mit der Klage Werklohnansprüche für Arbeiten geltend, bei denen es sich nach ihrer Ansicht um im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene Zusatzleistungen handelte. Das LG und das OLG hatten die Klage abgewiesen.

²⁵² BauR 1996, S. 542 = NJW 1996, S. 2158 = ZfBR 1996, S. 269 = ZIP 1996, S. 1220.

Die Revision führte zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteiles und zur Zurückweisung an das OLG Hamm.

Das OLG hatte die Klage abgewiesen, weil es die Klägerin versäumt habe, ihre Mehrvergütungsansprüche gemäß § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B der Beklagten anzuzeigen. Der BGH hielt dem entgegen, daß der Bauvertrag als Langzeitvertrag einer Kooperation der Vertragspartner bedarf. Das Kooperationsverhältnis sei durch Informations-, Mitwirkungs- und Rügeobliegenheiten und –pflichten gekennzeichnet. In diesem Rahmen sei auch die Verpflichtung zur Ankündigung nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B zu sehen, wenn die Ausführung von Anordnungen des Auftraggebers zu Mehrleistungen und damit zu einer erhöhten Vergütungsforderung führen soll. Die Ankündigung solle den Auftraggeber informieren und schützen. Aufgrund der Ankündigung solle er die Möglichkeit erhalten, billigere Alternativen zu wählen oder die entsprechenden wirtschaftlichen Dispositionen zu treffen. Ein Verlust des Vergütungsanspruches sei aber ausgehend von dem Zweck der Klausel nicht gerechtfertigt, wenn und soweit die Ankündigung der Mehrvergütung im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich und daher ohne Funktion sei. Ein Verlust des Vergütungsanspruches sei auch unangemessen, wenn der Auftragnehmer die Anzeige schuldlos versäumt habe.

Das durch den BGH für den Bauvertrag angenommene Kooperationsprinzip stellt den rechtlichen Rahmen dar, in dem sich die Entscheidung bewegt. Aus diesem Rahmen leitet der BGH eine einschränkende Auslegung der Anzeigepflicht nach § 2 Nr. 6 VOB/B als Voraussetzung der Mehrvergütung ab. In dieser Ausführlichkeit hatte sich der BGH vorher nicht mit der Auslegung des § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B befaßt. Ob die Ankündigung stets eine notwendige Voraussetzung des Anspruches auf Mehrvergütung ist, war schon vor dieser Entscheidung umstritten. Der BGH hatte dies in einer Entscheidung aus dem Jahre 1969 angenommen²⁵³. Ein Teil

²⁵³ BGH MDR 1969, S. 655 = WM 1969, S. 1019 unter Verweis auf Ingenstau/Korbion B § 2 Rn. 84, die nunmehr ihrerseits zur Begründung dieser Auffassung auf die Entscheidung des BGH verweisen, vgl. Rn 298; vgl. auch BGH BauR 1991, S. 331 und BGH BauR 1991, S. 210. Der BGH sieht die Anzeige in dieser Entscheidung ebenfalls als Anspruchsvoraussetzung an. Ferner OLG Stuttgart BauR 1994, S. 789.

des Schrifttums folgt dieser Auffassung²⁵⁴, während andere von der Entbehrlichkeit der Ankündigung in vielen Fällen ausgehen²⁵⁵. Die Entscheidung stellt in Bezug auf die Auslegung des § 2 Nr. 6 VOB/B eine Abweichung zur bisherigen BGH Rechtsprechung dar. Die durch den BGH streng gefaßten Voraussetzungen des Anspruches auf Mehrvergütung werden aufgelockert. Die Entscheidung enthält aber keine grundsätzlich neue Erkenntnis zur Anwendung des § 2 Nr. 6 VOB/B. Der BGH vertieft vielmehr eine in der Literatur und Rechtsprechung vertretene Ansicht zur Interpretation dieser Regelung und verstärkt diese argumentativ durch die Entwicklung des Kooperationsgedankens. Die aus vorangegangenen Entscheidungen ersichtliche Auslegung des § 2 Nr. 6 VOB/B wurde fortgeführt.

So stellte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1978 fest, daß die Vereinbarung der Vergütung oder die Ankündigung von Mehrforderungen vor Leistungserbringung keine notwendige Voraussetzung des Vergütungsanspruches ist²⁵⁶. In dem entschiedenen Fall bedurfte es keiner Ankündigung der Mehrvergütung, da die Parteien von einer Entgeltlichkeit der Leistung ausgehen mußten. Die Überlegungen zur Schutzbedürftigkeit des Auftraggebers, die in der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1996 ausdrücklich formuliert wurden, tragen auch diese frühere Entscheidung des Gerichts.

Der BGH lehnte 1980 die Revision gegen ein Berufungsurteil des OLG Celle ab, in dem dieses entschieden hatte, die Nichtanzeige der Mehrvergütung diesen Anspruch nicht hindere²⁵⁷. Soweit klar erkennbar sei, daß die Leistung nur gegen Vergütung erbracht werde, bedürfe es der Ankündigung nicht. Die Begründung des OLG Celle zeigt starke Ähnlichkeit mit der 1996 vom BGH gefundenen Begründung.

²⁵⁴ Ingenstau/Korbion B § 2 Rn. 298; Vygen Bauvertragsrecht Rn. 812; ders. BauR 1979, S. 375; Clemm BB 1986, S. 616; v. Craushaar BauR 1984, S. 311; Kapellmann/Schiffers Band 1 Rn. 910, die ihre Ansicht als die herrschende bezeichnen.

²⁵⁵ BGH BauR 1978, S. 314; OLG Celle BauR 1982, S. 381; Ganten/Jagenburg/Motzke § 2 Nr. 6 Rn. 69; Fahrenschon BauR 1977, S. 172; Lehnig NJW 1977, S. 422; Enders S. 99; mit interessanter Begründung auch Flach, S. 209, der ausgehend von § 632 BGB argumentiert, daß der Auftraggeber die Zusatzleistung bei § 2 Nr. 6 VOB/B konkret fordern müsse, so daß er nur von deren entgeltlicher Erbringung ausgehen könne. Der Grundsatz des § 632 BGB sei durch die Regelung der VOB/B nicht abbedungen worden.

²⁵⁶ BGH BauR 1978, S. 314, vgl. auch BGH BauR 1977, S. 356.

Der BGH bestätigte seine Rechtsprechung zu § 2 Nr. 6 VOB/B in seiner Entscheidung vom 8. November 2001, in der er nochmals ausführte, daß die Ankündigungspflicht entbehrlich sei, wenn sie für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich sei, weil dieser mit einer Kostenerhöhung rechnen müsse²⁵⁸.

In der Entscheidung vom 21. Oktober 1999²⁵⁹ hat der BGH die Anforderungen an die Behinderungsanzeige gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B unter ähnlichen Gesichtspunkten beurteilt, ohne auf den Kooperationscharakter des Bauvertrages einzugehen. Der BGH führte aus, die Behinderungsanzeige diene der Information des Auftraggebers über die Störung. Der Auftraggeber solle durch die Anzeige gewarnt werden und es solle ihm die Möglichkeit gegeben werden, die Behinderung abzustellen. Die Behinderungsanzeige könne im Einzelfall entbehrlich sein, wenn das Informations-, Warn- und Schutzbedürfnis des Auftraggebers keine Anzeige erfordere. Die Behinderungsanzeige nach § 6 Nr. 1 VOB/B wird durch den BGH offenbar inhaltlich ähnlich behandelt wie die Ankündigungspflicht nach § 2 Nr. 6 VOB/B. In beiden Fällen handelt es sich um Informationspflichten des Auftragnehmers, die dem Schutz des Auftraggebers und der Absicherung des Bauablaufes dienen. Es wäre nicht verwunderlich, wenn der BGH den Kooperationsgedanken im Zusammenhang mit einer Streitigkeit um die Auslegung des § 6 Nr. 1 VOB/B zur Begründung einer Entscheidung heranziehen würde. Die Entscheidung vom 21. Oktober 1999 zeigt deutlich, daß die Erwähnung des Kooperationsgedankens im Urteil vom 23. Mai 1996 nicht zwingend erforderlich war, um das Urteil zu begründen.

Der Verdienst der Entscheidung des BGH vom 23. Mai 1996 besteht darin, § 2 Nr. 6 VOB/B in den Zusammenhang eines Systems von Informations-, Mitwirkungs- und Rügepflichten zu setzen und die Auslegung der Regelung aus diesem Verständnis abzuleiten. Die Entscheidung löst sich vom Wortlaut der VOB/B und begrenzt den Zweck der Klausel durch die

²⁵⁷ OLG Celle BauR 1982, S. 381.

²⁵⁸ BGH BauR 2002, S. 312.

²⁵⁹ BauR 2000, S. 722, sog. „Vorunternehmer II“ Entscheidung.

Interessenlage der Parteien²⁶⁰. Die einzelnen in der VOB/B aufgeführten Informations- und Mitwirkungspflichten können nach der Entscheidung des BGH nicht mehr isoliert betrachtet werden. Ihre Interpretation ergibt sich vielmehr aus dem durch den BGH etablierten Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts, das den rechtlichen Rahmen der vertraglichen Beziehungen der Beteiligten vorgibt und die einzelnen Verhaltenspflichten verdichtet. Unter dieser Voraussetzung markiert die Entscheidung des BGH ein gegenüber seiner bisherigen Entscheidungspraxis geändertes Vertragsverständnis des Bauvertrages.

bb. Entscheidung des BGH, AZ: VII ZR 393/98, v. 28. Oktober 1999²⁶¹

In dieser Entscheidung hatte sich der BGH mit der Klage eines Landes auf Ersatz der Mehrkosten zu befassen, die ihm durch die Beauftragung eines Drittunternehmers nach Kündigung des Vertrages durch die Beklagte entstanden waren. Die Beklagte hatte den Vertrag gekündigt, weil sich der Kläger mit einer Nachtragsforderung nicht einverstanden erklärt hatte. Nach Zurückweisung der Nachtragsforderung und Aufforderung zur Leistungserbringung kündigte der Kläger den Bauvertrag. Die Nachtragsforderung der Beklagten basierte darauf, daß es zu einer vom Kläger zu verantwortenden Verschiebung des Baubeginns gekommen war.

Das OLG Frankfurt hatte als Berufungsgericht die Klage abgewiesen, weil die Beklagte den Bauvertrag zu Recht gemäß § 9 Nr. 1a VOB/B gekündigt habe. Die Verschiebung des Baubeginns auf Anordnung des Klägers sei eine Maßnahme im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B gewesen, die für die Beklagte ein Recht zu Mehrvergütung darstelle²⁶². Der Kläger habe sich jedoch geweigert,

²⁶⁰ Oberhauser BauR 2001, S. 1181 f.

²⁶¹ BauR 2000, S. 409 = NZBau 2000, S. 130 = BGHZ 143, 89.

²⁶² Das OLG Frankfurt hatte in seiner Entscheidung vom 19. September 1996, NJW-RR 1997, S. 84, dargelegt, daß eine vom Auftraggeber zu vertretende Bauzeitverzögerung eine Maßnahme im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B ist. Der BGH ließ indessen offen, ob ein Anspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B oder ein Anspruch auf Schadenersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B bestehen würde. Das Verhältnis beider Vorschriften ist umstritten. Während nach Ingenstau/Korbion B § 6 Rn. 125, 145; Ganten/Jagenburg/Motzke § 6 Nr. 6 Rn. 116 ff; Heiermann/Riedl/Rusam B § 6 Rn. 40; BGHZ 50, 25 (30), BGH BauR 1971, S. 202 Anspruchskonkurrenz besteht, beschränken Nicklisch/Weick § 6 Rn. 51 die Anwendbarkeit des § 6 Nr. 6 VOB/B auf dem

über diese Mehrvergütung zu verhandeln. Auch aus § 18 Nr. 4 VOB/B könne der Kläger keine Verpflichtung der Beklagten zur Weiterarbeit ableiten, da diese nach Treu und Glauben ohne Genehmigung des Nachtrages nicht zur Leistung verpflichtet gewesen sei.

Der BGH sah die Kündigung der Beklagten dagegen als unberechtigt an, gestand dem Kläger jedoch das Recht zur Kündigung zu. Das Recht des Auftraggebers zur Kündigung folge aus einer unberechtigten Leistungsverweigerung der Beklagten, die dem Kläger das weitere Festhalten an dem Vertrag unzumutbar mache. Eine derartige Pflichtverletzung der Beklagten läge vor, da diese ihre Pflicht zur Kooperation verletzt habe. Aus dem Kooperationsverhältnis ergeben sich Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung und gegenseitigen Information. Diese Kooperationspflichten sollen gewährleisten, daß in Fällen, in denen die vertraglich vorgesehene Leistung den tatsächlichen Umständen angepaßt werden müsse, mögliche Meinungsverschiedenheiten und Konflikte einvernehmlich beigelegt werden. Ausdruck habe dieses Kooperationsverhältnis in § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B gefunden. Eine Verpflichtung zur Verhandlung obliege den Parteien ausnahmsweise nicht, wenn die andere Partei in der konkreten Konfliktlage ihre Bereitschaft, eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen, nachhaltig und endgültig verweigert. Die Beklagte hätte sich um eine einvernehmliche Lösung bemühen müssen, statt den Vertrag zu kündigen. Der Kläger hätte demgegenüber nicht endgültig zu erkennen gegeben, daß er nicht bereit sei, eine Verhandlung über die geforderte Mehrvergütung zu führen²⁶³.

Die tragenden Gründe des Urteils basieren auf dem vom BGH angenommenen Verstoß gegen die Kooperationspflicht, die er nicht näher festlegt oder rechtlich abgrenzt. Soweit diese Kooperationspflicht im Leitsatz des Urteils nur auf die Vertragsdurchführung bezogen wird, beruht dies darauf, daß die streitentscheidende Norm des § 2 Nr. 5 VOB/B nur in dieser Phase Anwendung findet. Die Kooperationspflichten der VOB finden in sämtlichen

Auftragnehmer entstandene Schäden ohne Mehraufwendungen, die allein nach Vergütungsregelungen abzuwickeln seien. Dies folge daraus, daß § 6 Nr. 6 VOB/B Verschulden als Voraussetzung habe, was für den Mehrvergütungsanspruch jedoch ohne Bedeutung ist.

²⁶³ Vgl. zu den Grenzen der Verhandlungspflichten BGH NZBau 2001, S. 258.

zeitlichen Abschnitten des Vertrages, also insbesondere auch in der Gewährleistungsphase Anwendung.

Eine rechtliche Begründung der im Leitsatz des Urteils angesprochene Kooperationspflicht gibt der BGH nicht²⁶⁴. Die Kooperationspflicht wird vielmehr vorausgesetzt. Interessant ist, daß der BGH die Formulierung „Kooperationspflicht“ verwendet. Es entsteht dadurch der Eindruck, daß es sich um eine selbständige dem Bauvertrag inne wohnende Verpflichtung und nicht um ein Verhältnis der Vertragsparteien, das sich aus einer Vielzahl der in der VOB/B normierten Verpflichtungen ergibt, handelt²⁶⁵. Aus dem Urteil vom 23. Mai 1996²⁶⁶ ergibt sich dagegen, daß die Kooperationspflicht aus den in der VOB normierten Pflichten folgt. Es handelt sich demzufolge nicht um eine isoliert neben den anderen vertraglichen Pflichten stehende Kooperationspflicht, sondern um ein Kooperationsprinzip, das die vertraglichen Pflichten umspannt und miteinander verklammert. Aus diesem Prinzip ergeben sich die Kriterien zur Interpretation der einzelnen vertraglichen Pflichten. Das Kooperationsprinzip beinhaltet allerdings eine generelle Verhaltensanforderung, aufgrund derer die Vertragsparteien des Bauvertrages zu einem rücksichtsvollen und kooperativen Verhalten verpflichtet werden. Dieses Verhaltensgebot, das in einigen der in der VOB/B geregelten Mitwirkungspflichten direkt zum Ausdruck kommt, erfaßt über das die einzelnen Pflichten verknüpfende Kooperationsprinzip den gesamten Bauvertrag. Aus diesem generellen Verhaltensgebot können im Einzelfall weitere nicht normierte Verhandlungs- Informations- und Mitwirkungspflichten abgeleitet werden, sofern diese für das Erreichen des vertraglichen Zwecks notwendig sind.

Soweit der BGH in seiner Entscheidung formuliert, § 2 Nr. 5 VOB/B solle dazu beitragen, entstandene Meinungsverschiedenheiten und Konflikte einvernehmlich beizulegen, ist darauf hinzuweisen, daß § 2 Nr. 5 VOB/B kein Instrument der Streitbeilegung enthält. Die Regelung dient vielmehr der

²⁶⁴ Dies wurde von Grieger BauR 2000, S. 696 f kritisiert, der darin lediglich in Leitsätze gefaßte Selbstverständlichkeiten zu erblicken vermochte.

²⁶⁵ So Heiermann Baumarkt + Bauwirtschaft Heft 1/2002, S. 28.

²⁶⁶ BGH BauR 1996, S. 542.

vorbeugenden Konfliktbeilegung. Im Falle entstandener Meinungsverschiedenheiten über Berechtigung oder Höhe des Mehrvergütungsanspruches enthält § 2 Nr. 5 VOB/B dagegen keine Regelung zur einvernehmlichen Lösung. Dem entspricht auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.10.1999²⁶⁷, der ein Verhalten der Beklagten sanktionierte, die es ohne Versuch einer einvernehmlichen Lösung auf einen Streit über den Mehrvergütungsanspruch der Klägerin ankommen ließ.

Die Begründung des Urteils, die sich auf die Kooperationspflicht stützt, ist nicht zwingend. Der BGH wäre bei Anwendung der bisher zu § 2 Nr. 5 VOB/B entwickelten Grundsätze zu keinem anderen Ergebnis gekommen. Der Auftragnehmer ist danach in der Regel nicht zur Leistungsverweigerung berechtigt, wenn vor Arbeitsbeginn keine Einigung über seinen ordnungsgemäß angemeldeten Mehrvergütungsanspruch zu Stande kommt²⁶⁸. Zwar solle nach § 2 Nr. 5 VOB/B vor Beginn der Arbeiten eine Vereinbarung über die zusätzliche Vergütung getroffen werden, doch folge bei Nichtbeachtung dieser Vorschrift aufgrund der Regelung in § 18 Nr. 4 VOB/B kein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers. Dies gilt nach der Rechtsprechung auch für die Fälle des § 2 Nr. 6 VOB/B, obwohl die Anordnung zur Vereinbarung der Vergütung vor Ausführungsbeginn dort kategorischer formuliert zu sein scheint²⁶⁹. Nur wenn der Auftraggeber endgültig zu erkennen gibt, daß er keine Mehrvergütung zahlen wird, ist dem Auftragnehmer nach Treu und Glauben nicht zumutbar, mit der Arbeit zu beginnen²⁷⁰. In diesen Fällen wird dem Auftragnehmer durch den BGH ein

²⁶⁷ BGH BauR 2000, S. 409.

²⁶⁸ OLG Celle IBR 1995, S. 415; OLG Dresden NJW-RR 1998, S. 565; Kniffka/Koeble § 6 Rn. 118; Ganten/Jagenburg/Motzke § 1 Nr. 3 Rn. 60; aA OLG Zweibrücken BauR 1995, S. 251 bei Mehraufwand von 25 % der ursprünglichen Vertragssumme; Leinemann NJW 1998, S. 3672; Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 329; Heiermann/Riedl/Rusam B 2.5 Rn. 119.

²⁶⁹ Statt „soll“ steht in § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 2 VOB/B „ist möglichst“, weshalb Teile des Schrifttums annehmen, es handle sich bei § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 2 VOB/B um eine echte Vertragspflicht, so Nicklisch/Weick B § 2 Rn. 73; Heiermann/Riedl/Rusam B § 2 Rn. 159; Knacke BauR 1996, S. 119. Andere entnehmen dagegen der Formulierung „möglichst“, daß es sich lediglich um eine Empfehlung handelt, Werner/Pastor Rn. 1159; Ganten/Jagenburg/Motzke § 2 Nr. 6 Rn. 105; Es besteht aber Einigkeit darüber, daß der Vergütungsanspruch auch ohne vorherige Vereinbarung nicht verloren geht, sondern in Streitfällen gerichtlich festzustellen ist, BGH BauR 1978, S. 314; OLG Celle BauR 1982, S. 381; OLG Düsseldorf BauR 1989, S. 335; Heiermann/Riedl/Rusam B § 2 Rn. 139; Nicklisch/Weick B § 2 Rn. 73; Ganten/Jagenburg/Motzke § 2 Nr. 6 Rn. 106.

²⁷⁰ OLG Düsseldorf BauR 1995, S. 707; mit Anmerkung Knacke in BauR 1996, S. 119; OLG Düsseldorf BauR 1995, S. 741; 1996, S. 115.

Kündigungsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zugestanden²⁷¹. Einige Oberlandesgerichte sprechen dem Auftragnehmer dagegen ein Leistungsverweigerungsrecht und Entschädigungsansprüche zu²⁷². Da der Kläger nach Auffassung des BGH seine grundsätzliche Bereitschaft zur Aufnahme von Verhandlungen erkennen ließ, bestand kein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten²⁷³. Der Kündigung des Vertrages durch die Beklagte blieb der Erfolg versagt. Indem der BGH abermals das Kooperationsprinzip zur Begründung seiner Entscheidung heranzog und sich nicht allein auf die Auslegung der einzelnen Verpflichtung stützte, bestätigte er das bereits in der Entscheidung vom 23. Mai 1996 ausgeführte Vertragsverständnis. Die Urteilsbegründung leitet sich aus diesem Vertragsverständnis ab, da der BGH das Kooperationsprinzip als prägend für die einzelne vertragliche Verpflichtung in den Mittelpunkt rückt.

Der BGH hat in der Entscheidung offen gelassen, ob er wie das OLG Frankfurt § 2 Nr. 5 VOB/B oder aber § 6 Nr. 6 VOB/B anwenden würde²⁷⁴. Die Begründung des Kooperationsprinzips basiert wie schon in der Entscheidung vom 23. Mai 1996²⁷⁵ auf einer Interpretation der Vergütungsregelungen des § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B. Der BGH konnte die Frage, ob im konkreten Fall § 2 Nr. 5 VOB/B oder § 6 Nr. 6 VOB/B einschlägig war, nur offen lassen, wenn er auch bei Anwendbarkeit des § 6 Nr. 6 VOB/B davon ausgegangen wäre, daß grundsätzlich eine Verpflichtung zur Kooperation besteht. § 2 Nr. 5 VOB/B begründet einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung unter bestimmten Voraussetzungen und setzt im Regelfall zumindest über die Höhe des Anspruches Verhandlungen voraus. Der Anspruch in § 6 Nr. 6 VOB/B knüpft dagegen an die schuldhafte Verletzung einer Verpflichtung des Auftraggebers an und ist bei Vorliegen seiner Voraussetzungen nicht mehr von einer weiteren Verhandlung abhängig. Jedoch besteht auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 Nr. 6 VOB/B kein Leistungsverweigerungsrecht. Ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen ist der Auftragnehmer nicht zur außerordentlichen

²⁷¹ BGH NJW 1969, S. 233; OLG Dresden BauR 1998, S. 565.

²⁷² OLG Zweibrücken BauR 1995, S. 251; OLG Düsseldorf BauR 1995, S. 706; vgl. auch OLG Dresden BauR 1998, S. 567.

²⁷³ BGH BauR 2000, S. 410.

²⁷⁴ BGH BauR 2000, S. 410.

²⁷⁵ BGH BauR 1996, S. 542.

Kündigung berechtigt, da § 9 Nr. 1 VOB/B wesentlich engere Voraussetzungen als § 6 Nr. 6 VOB/B hat. Der Auftragnehmer wäre auch bei Annahme der Voraussetzungen des § 6 Nr. 6 VOB/B verpflichtet gewesen, an einer einvernehmlichen Lösung des Problems mitzuwirken und diese nicht durch eine einseitige Leistungsverweigerung zu unterbinden²⁷⁶. Die Kündigung des Auftragnehmers war unwirksam²⁷⁷. Aus diesem Vergleich wird deutlich, daß der BGH die Gründe für seine Entscheidung primär aus dem die einzelnen vertraglichen Verpflichtungen verbindenden Kooperationsprinzip ableitet. Die isolierte Betrachtung einzelner vertraglicher Pflichten verliert demgegenüber an Bedeutung.

cc. Entscheidung des OLG Düsseldorf, AZ: 5 U 184/99, v. 7. Juni 2000²⁷⁸

Der Entscheidung lag ein BGB-Werkvertrag zugrunde, nach dem die Klägerin zur Ausführung von Zimmererarbeiten an der Mehrfamilienhäusern der Beklagten verpflichtet war. In dem Vertrag war vereinbart, daß der Auftraggeber Schadenersatz verlangen oder den Vertrag nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung kündigen kann, wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert, mit der Vollendung in Verzug gerät oder sonst im Vertrag niedergelegte Verpflichtungen nicht erfüllt. Die Parteien vereinbarten, daß die Leistung 14 Tage vorher schriftlich abzurufen sei und die Ausführungsfristen 14 Tage betragen sollten. Die Beklagte forderte die Leistung per Fax an, teilte aber noch vor Ausführungsbeginn mit, daß sich die Vorarbeiten verzögerten, so daß nicht mit den Arbeiten begonnen werden konnte. Am 18. März 1997 forderte die Beklagte die Klägerin zur Leistung zum 1. April 1997 auf. Diesem Ausführungsbeginn widersprach die Klägerin als zu kurzfristig, zeigte aber weiter Erfüllungsbereitschaft an. Nach einer weiteren

²⁷⁶ BGH NJW 1968, S. 1234; BGH BauR 1971, S. 202; 1985, S. 561 geht von einer alternativen Anwendbarkeit des § 2 Nr. 5 VOB/B neben § 6 Nr. 6 VOB/B aus; vgl. auch OLG Koblenz NJW-RR 1988, S. 851; BGH BauR 1990, S. 210; OLG Nürnberg NZBau 2000, S. 518; OLG Düsseldorf NZBau 2000, S. 430; Dagegen schließt die Literatur die Anwendung des § 6 Nr. 6 VOB/B neben § 2 Nr. 5 VOB/B aus, Kapellmann/Schiffers Bd. I, Rn. 1097, 1327; Heiermann/Riedl/Rusam B § 2 Rn. 110; Kemper NZBau 2001, S. 238; ferner Piel in FS für Korbion, S. 349 ff.

²⁷⁷ Die Kündigungsmöglichkeit des § 6 Nr. 7 VOB/B bestand nicht, da die Unterbrechung bis zur Kündigung durch den Auftragnehmer noch nicht 3 Monate gedauert hatte.

²⁷⁸ NZBau 2000, S. 427.

kurzen Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung trat die Beklagte vom Vertrag zurück. Die Klage auf Werklohn hatte vor dem Landgericht Erfolg. Schadenersatzansprüche wurden der Beklagten nicht zugesprochen.

Das OLG bestätigte diese Entscheidung und verweigerte der Beklagten Schadenersatzansprüche, weil diese ihre Pflicht zur Kooperation verletzt habe. Die Kooperationsverpflichtung gelte nicht nur für den VOB/B Vertrag sondern auch für den BGB Werkvertrag²⁷⁹. Die Kooperationspflichten sollen u.a. gewährleisten, daß Meinungsverschiedenheiten oder Konflikte einvernehmlich beigelegt werden. Einen Verstoß gegen die Kooperationspflicht sah das Gericht in einem Fax der Beklagten, das beleidigenden Inhalt hatte. Da die Beklagte mit ihrer Leistungsaufforderung vom 18. März 1997 zum 1. April 1997 auch die vereinbarte 14 Tagefrist nicht eingehalten hatte, lag nach Auffassung des OLG ein weiterer Verstoß gegen die Kooperationspflicht vor. Die Frist wäre erst mit einer Leistungsaufforderung zum 2. April 1997 eingehalten worden, da der Tag des Zugangs der Aufforderung bei der Berechnung der Frist nicht mitzurechnen sei²⁸⁰.

Das OLG Düsseldorf erweiterte den Anwendungsbereich der Kooperationsverpflichtung der Bauvertragsparteien auf den BGB-Werkvertrag. Es ging auch insofern über die bisherige BGH Rechtsprechung hinaus, daß es das Kooperationsprinzip auf einen Streitfall über die Ausführungsfristen erstreckte. In den Entscheidungen des BGH war es dagegen um Streitigkeiten im Zusammenhang mit Vergütungsansprüchen des Auftragnehmers gegangen.

Offen bleibt in der Entscheidungsbegründung, woran das OLG das Kooperationsprinzip im BGB fest machen will. Im BGB Werkvertragsrecht fehlt ein System ausformulierter Pflichten, das ein Kooperationsprinzip begründen könnte. Zudem konstruiert das Gericht eine Kooperationspflicht für den Fall entstandener Konfliktlagen. Diese Situation wird weder im BGB noch in der VOB/B ausdrücklich geregelt. Der BGH hat die

²⁷⁹ Freiburger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 330.

²⁸⁰ § 187 Abs. 1 BGB. Bei Vereinbarung der VOB/B und ohne gesonderte vertragliche Regelung über die Ausführungsfristen, wäre gemäß § 5 Nr. 2 Satz 2 VOB/B innerhalb von 12 Tagen nach der Leistungsanforderung mit den Arbeiten zu beginnen gewesen.

Kooperationsverpflichtung der Bauvertragsparteien für diese Konstellation noch nicht festgestellt. Nach der BGH Rechtsprechung wird das Kooperationsverhältnis der Bauvertragsparteien durch die Verhandlungsgebote der VOB/B gekennzeichnet, die im Zusammenhang eines System aus Mitwirkungs-, Informations- und Kommunikationspflichten stehen. Das OLG übernimmt die Begründung der BGH Entscheidung, ohne diese für den konkreten rechtlichen Zusammenhang zu modifizieren. Eine direkte Anknüpfung und Weiterentwicklung des Kooperationsgedankens durch das OLG Urteils ist nicht gegeben.

Zutreffend ist, daß vertragliche Regelungen stets kooperative Elemente enthalten. Jeder Vertrag ist im Grundsatz darauf gerichtet, durch Zusammenarbeit den beiderseitigen Nutzen zu maximieren. Entgegen der Ansicht des OLG können die Grundsätze der Rechtsprechung des BGH zum Kooperationscharakter des VOB/B Bauvertrages nicht ohne weiteres auf den BGB Werkvertrag übertragen werden. Beide Vertragssysteme arbeiten mit verschiedenen Vertragsmodellen. Der Schwerpunkt des BGB Werkvertrages ist auf den Zeitpunkt der Ablieferung des Werkes und der Bezahlung der Unternehmerleistung gerichtet. Die Phase der Vertragsdurchführung findet in den Regelungen des BGB keine Berücksichtigung. Im Gegensatz dazu orientiert sich das Vertragsmodell der VOB/B an den einzelnen zeitlich geordneten Durchführungsstadien des Bauvertrages und trifft spezifische Regelungen für die Phase der Vertragsdurchführung. Diese Strukturmerkmale, die den VOB/B Vertrag deutlich vom BGB Werkvertrag unterscheiden, rechtfertigen es, den VOB/B Vertrag als Kooperationsmodell zu bezeichnen. Auf diesen Merkmalen des VOB/B Bauvertrages beruht die Rechtsprechung des BGH²⁸¹.

Die einzelnen VOB/B Normen werden oft auf den BGB Werkvertrag übertragen, da sie sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergeben sollen und deshalb auch das BGB Vertragsmodell kennzeichnen²⁸². Die Anwendung der VOB/B Normen ist aufgrund der unterschiedlichen

²⁸¹ Kniffka/Quack in FS 50 Jahre BGH S. 29.

²⁸² OLG Bremen BauR 2001, S. 1600; zu § 4 Nr. 3 VOB/B vgl. Nachweise bei Ingenstau/Korbion B § 4 Nr. 3 Rn. 183; zu § 3 Nr. 1 Ingenstau/Korbion B § 3 Nr. 1 Rn. 16.

Vertragsstruktur beider Regelwerke nicht stets möglich. Die VOB/B hätte sonst nur dort einen eigenen Regelungsbereich, wo sie ausdrücklich von den gesetzlichen Regelungen abweicht. Das Fehlen spezifischer Regelungen für die Vertragsdurchführung im BGB zeigt, daß der Gesetzgeber des BGB von einem grundsätzlich anderen Vertragsverständnis des Werkvertrages ausgegangen ist. Die kooperative Ausgestaltung der Beziehungen der Vertragsparteien hat für dieses Verständnis keine entscheidende Rolle gespielt, weil der Auftraggeber in die Phase der Vertragsdurchführung nicht einbezogen ist. Kooperationspflichten bedürfen dagegen der vertraglichen Ausgestaltung, um rechtlich wirken zu können. Der Rückgriff auf § 242 BGB für den BGB Werkvertrag ändert das dem Werkvertragsrecht zugrunde liegende Vertragsverständnis nicht.

Die Entwicklung der Kooperationspflicht war in der Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht zwingend notwendig, um das Ergebnis begründen zu können. Der Schadenersatzanspruch der Beklagten war nicht begründet, weil die Klägerin bei Kündigung des Bauvertrages nicht in Verzug war. Die außerordentliche Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber war nicht auf einen Vertragsverstoß des Auftragnehmers zurückzuführen. Es handelte sich im Ergebnis um eine Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB, die den Auftraggeber nicht zu Schadenersatzforderungen berechtigt. Eines zusätzlichen Verstoßes gegen die Kooperationsverpflichtung bedurfte es zur Begründung der Entscheidung nicht. So war es nicht juristische Notwendigkeit, die das OLG bewogen hat, der Beklagten einen Verstoß gegen die Kooperationsverpflichtung anzulasten, sondern deren offenkundige Konfliktbereitschaft. Das OLG benutzt diese Entscheidung offenbar, um deutlich zu machen, daß es ebenso wie der BGH beabsichtigt, dem Streit am Bau ein Ende zu setzen.

dd. Zusammenfassung

Die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung, in der das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts ausdrücklich erwähnt wurde, zeigen keinen von der bisherigen Rechtsprechung abweichenden neuen dogmatischen

Ansatz. Die Rechtsprechung konstruiert ein Kooperationsprinzip, daß die in der VOB geregelten Mitwirkungs-, Informations- und Schutzpflichten als rechtlicher Rahmen umspannt. Aus diesem Prinzip ergibt sich ein besonderes Vertragsverständnis, das die einzelnen vertraglichen Pflichten und das Verhältnis der Parteien zueinander prägt. Das auf diese Weise konstituierte Kooperationsprinzip enthält über die einzelnen in der VOB/B genannten Pflichten hinaus weitere Anforderungen an das Verhalten der Parteien, da es die Vertragsparteien zu einem kooperativen, nicht konfrontativen Verhalten verpflichtet. Aus dieser generellen Verhaltensanforderung können im Einzelfall weitere Pflichten, wie insbesondere Verhandlungs-, Informations- und Beratungspflichten abgeleitet werden, wenn diese für das Erreichen des Vertragszwecks notwendig sind.

Soweit sich die Urteile des BGH auf die § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B beziehen, betonen sie in verstärktem Maße die dort angelegte Verpflichtung zur Verhandlung und Konfliktvermeidung, ohne dabei von den Ergebnissen der älteren Rechtsprechung abweichen zu müssen. Die vom BGH verwandte Auslegung der Ankündigungspflicht des § 2 Nr. 5 VOB/B stimmt im wesentlichen mit der Begründung einer neuen Entscheidungen zur Behinderungsanzeige gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B überein. Inhalt, Umfang und Grenzen dieser Pflichten leitet der BGH aus dem Kooperationsgedanken ab. Dem BGH und den Obergerichte ist es noch nicht gelungen, die rechtlichen Konsequenzen aus diesem Vertragsverständnis deutlich zu machen²⁸³. Neu an der Rechtsprechung des BGH ist nicht das Ergebnis sondern die Begründung dieses Ergebnisses. Es muß nun Aufgabe des BGH sein, diese Rechtsprechung systematisch fortzuentwickeln und auf den gesamten Bereich der VOB auszudehnen. Nur wenn Umfang und Grenzen der Kooperationsverpflichtung feststehen, kann durch die Rechtsprechung auf das Verhalten der Vertragsparteien Einfluß genommen werden. Dagegen ergeben sich aus der Rechtsprechung des BGH keine Anhaltspunkte dafür, daß auch der BGB Werkvertrag als ein Kooperationsmodell begriffen werden kann.

²⁸³ Kniffka formulierte auf den Freiburger Baurechtstagen im Oktober 2000, der VII. Zivilsenat habe dem Streit am Bau den Kampf angesagt.

b. Sonstige Rechtsprechung

Ausgangspunkt des durch den BGH entwickelten Kooperationsprinzips ist das in der VOB/B angelegte Geflecht aus Informations- Mitwirkungs- und Schutzpflichten. Der BGH hat sich in weiteren Urteilen aus jüngerer Zeit in ähnlicher Weise wie in den zitierten Entscheidungen mit anderen Informationspflichten aus der VOB auseinandergesetzt.

Insbesondere hat er die Anforderungen an die Prüfbarkeit der Schlußrechnungen gemäß § 14 VOB/B in mehreren Entscheidungen konkretisiert und dabei stets betont, daß die Prüfbarkeit kein Selbstzweck ist²⁸⁴. Die Anforderungen an die Prüfbarkeit der Schlußrechnung werden durch die berechtigten Informations- und Kontrollinteressen des jeweiligen Auftraggebers begründet und beschränkt. Auch bei der Abrechnungspflicht zeigt sich der Rahmencharakter der vertraglichen Regelung, der genug Spielraum für individuelle Regelungen und Ausgestaltung läßt. Den Vertragsparteien ist die Möglichkeit gegeben, durch Kooperation ein Optimum an gegenseitiger Nutzenmaximierung zu erreichen. Die zu § 14 VOB/B ergangene Rechtsprechung definiert diese Informationspflicht nach ihrem vertraglichen Zweck und fügt sie dadurch in den durch das Kooperationsprinzip vorgegebenen Rahmen ein. Es wird dadurch indirekt an die Kooperationsrechtsprechung des BGH angeknüpft, ohne diese ausdrücklich zu erwähnen.

Die Effektivität und die Rechtsfolgen des Kooperationsprinzips im Bauvertragsrecht ist neben der Auslegung der einzelnen vertraglichen Verpflichtung von der rechtlichen Qualifizierung dieser vertraglichen Verhaltensgebote als Obliegenheiten Neben- oder Hauptleistungspflichten abhängig²⁸⁵. Wie bereits erwähnt gelten Obliegenheiten als Gebote des eigenen Interesses des Gläubigers. Sie begründen weder einen Erfüllungsanspruch des

²⁸⁴ BGH BauR 1997, S. 1055; 1998, S. 135; 1998, S. 1108; 1999, S. 63; 2002, S. 468.

²⁸⁵ Kniffka Jhb. Baurecht 2001, S. 3 ff.

Berechtigten noch führt ihre Verletzung zu Schadenersatzansprüchen²⁸⁶. Der mit der Obliegenheit Belastete kann Rechtsnachteile erleiden, wenn er der Obliegenheit nicht nachkommt. Obliegenheiten begründen keine vertraglichen Pflichten im Rechtssinne. Für das Kooperationsverhältnis der Bauvertragsparteien ist die Einordnung der einzelnen Mitwirkungshandlungen als Obliegenheiten oder Rechtspflichten jedoch entscheidend. Die Einordnung der Mitwirkungshandlung als Rechtspflicht eröffnet dem Gläubiger durch den Erfüllungsanspruch sowie durch die Sanktionierung der Nichterfüllung durch vertragliche Schadenersatzansprüche Gestaltungsmöglichkeiten. Das Kooperationsprinzip würde dann zu einer Kooperationsverpflichtung verdichtet werden können.

Die Rechtsprechung hatte sich bisher nicht mit Fragen der Durchsetzbarkeit und Erfüllung dieser Pflichten zu beschäftigen, sondern es ging ausschließlich um die Folgen der Nichterfüllung. Ein systematischer Zusammenhang der einzelnen Nebenpflichten im Werkvertrag sowie eine genaue Feststellung ihrer Rechtsnatur mußte nach der Entscheidung des BGH vom 13. November 1953²⁸⁷, in der die Verletzung von Haupt- und Nebenpflichten sowie von Obliegenheiten gleichermaßen durch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung sanktioniert wurde, nicht gefunden werden.

Das Reichsgericht hatte zunächst entschieden, daß dem Auftragnehmern bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten des Auftraggebers ausschließlich Ansprüche aus den §§ 642, 643, und 645 BGB zustehen²⁸⁸. Es sah in diesen Regelungen besondere Bestimmungen, die eine Anwendbarkeit der allgemeinen Regelungen, insbesondere des § 326 BGB, ausschließen. In späteren Entscheidungen war das Reichsgericht von dieser Rechtsprechung abgewichen und hatte dem Auftragnehmer im Falle der Verletzung von Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers über die §§ 642, 643 und 645 BGB hinausgehende Rechte zugesprochen²⁸⁹. Das Reichsgericht hielt eine entsprechende Anwendung des § 326 BGB für möglich und sprach

²⁸⁶ BGHZ 24, 382; BGH NJW 1995, S. 402; Wieling AcP 176 (1976) S. 345; ausführlich Schmidt „Obliegenheiten“ 1953.

²⁸⁷ BGHZ 11, 81.

²⁸⁸ RGZ 53, 221; RG JW 1921, S. 460 mit zust. Anm. Oertmann.

²⁸⁹ RGZ 104, 15; 152, 119.

dem Auftragnehmer Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung zu²⁹⁰. Das Reichsgericht beurteilte die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nicht als Obliegenheiten und bezog sie in das vertragliche Synallagma ein, da es § 326 BGB und nicht § 286 BGB zur Begründung heranzog²⁹¹. Das Reichsgericht wandte § 326 BGB sonst nur bei der Verletzung von synallagmatischen Hauptleistungspflichten, nicht aber bei der Verletzung von Nebenpflichten oder bloßen Obliegenheiten an²⁹². Trotz anfänglich abweichender Entscheidungen sah das Reichsgericht eine über eine bloße Obliegenheit hinausgehende Mitwirkungspflicht des Auftraggebers als gegeben an, deren Verletzung Schadenersatzansprüche des Auftragnehmers auslösen kann. Eine dogmatische Begründung gab das Gericht für diese Ansicht nicht an.

Die §§ 642, 643 und 645 BGB werden durch den BGH ebenfalls nicht als abschließende, das übrige Schuldrecht ausschließende Regelung betrachtet²⁹³. Der BGH gewährt Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung der Mitwirkungshandlung als Rechtspflicht oder Obliegenheit. Durch diese Rechtsprechung wird zudem das Vorleistungsrisiko des Auftragnehmers verringert²⁹⁴. Der BGH erreicht durch seine Rechtsprechung, daß die Verletzung der Neben- und Mitwirkungspflichten einheitlich sanktioniert werden kann und der Gläubiger bei der Verletzung von Obliegenheiten nicht auf die Ansprüche aus Annahmeverzug beschränkt ist. Zwar wandelte der BGH diese Rechtsprechung in einer späteren Entscheidung insofern ab, daß nicht die Verletzung von Obliegenheiten zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen berechtige. Mit der Verletzung der Obliegenheit ginge vielmehr die Verletzung einer vertraglichen Treuepflicht einher, die in der Nichterfüllung von Obliegenheiten zum Ausdruck komme²⁹⁵. Der BGH konstruierte so eine vertragliche Rechtspflicht, deren Verletzung die Rechtsfolge des Schadenersatzes auslöst. Es sollte der Widerspruch beseitigt

²⁹⁰ RGZ 152, 119 mwN.

²⁹¹ Hüffer S. 44 interpretierte die Entscheidung so, als habe das Reichsgericht den Schadenersatzanspruch auf Grundlage einer positiven Forderungsverletzung zugesprochen.

²⁹² RGZ 57, 112; 67, 104; 69, 107; 76, 153; 92, 271; 101, 429; 103, 258; 107, 346; 118, 293; 121, 50; 168, 265; JW 1910, S. 751; JW 1923, S. 46; JW 1924, S. 537; JW 1927, S. 1417; JW 1934, S. 1429.

²⁹³ BGHZ 11, 81; 50, 175.

²⁹⁴ BGH WM 1986, S. 74.

werden, der darin bestand, daß der BGH an die Verletzung von Obliegenheiten vertragliche Schadenersatzansprüche knüpfte, die grundsätzlich nur bei der Verletzung vertraglicher Pflichten bestehen. Die Änderung der Urteilsbegründung, die teilweise auf die Kritik an der Rechtsprechung des BGH durch die Literatur zurückzuführen ist²⁹⁶, überzeugte nicht und wurde später wieder aufgegeben²⁹⁷. Eine genauere Untersuchung des Rechtscharakters der einzelnen Nebenpflichten und Mitwirkungshandlungen war aus Sicht dieser Rechtsprechung aber nicht notwendig.

Die einheitliche Behandlung der Verletzung bauvertraglicher Mitwirkungshandlungen und Nebenpflichten wird an der Rechtsprechung zu einzelnen vertraglichen Mitwirkungshandlungen nach der VOB/B deutlich.

aa. Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers

Soweit die Rechtsprechung eine rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlungen vornimmt, geht sie bei Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers in der Regel davon aus, daß es sich um Obliegenheiten handelt. In der Entscheidung vom 5. Dezember 1985²⁹⁸ stellt der BGH fest, daß es sich bei der Pflicht zur Festlegung von Höhenfestpunkten gemäß § 3 Nr. 2 VOB/B um eine Obliegenheit des Auftraggebers handelt, deren Verletzung den Auftragnehmer zu Ersatzansprüchen berechtigen kann. Ohne nähere Angabe der Anspruchsgrundlage gewährt der BGH dem Auftragnehmer auch in dieser Entscheidung einen Schadenersatzanspruch bei Verletzung einer Obliegenheit.

bb. Mitwirkungshandlungen des Auftragnehmers

Im Gegensatz zur Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Obliegenheiten werden die Mitwirkungshandlungen des Auftragnehmers überwiegend als Nebenpflichten behandelt, deren Verletzung einerseits Gewährleistungsansprüche²⁹⁹ und andererseits selbständige

²⁹⁵ BGH VersR 1960, S. 693.

²⁹⁶ Lehmann JZ 1954, S. 240; später auch Götz JuS 1961, S. 56.

²⁹⁷ BGHZ 50, 175.

²⁹⁸ BGH BauR 1986, S. 203.

²⁹⁹ BGH BauR 1975, S. 341; 1983, S. 70; 1987, S. 79; 1991, S. 79; BGH NJW 1974, S. 747.

Schadenersatzansprüche³⁰⁰ begründen kann. Insbesondere die Verletzung der in § 4 Nr. 3 VOB/B geregelten Hinweis- und Prüfpflichten führt ausschließlich zu einer Gewährleistungshaftung des Auftragnehmers. Soweit dagegen die Verletzung von Nebenpflichten der Auftragnehmer durch selbständige Schadenersatzansprüche sanktioniert wird, ergibt sich eine Haftungserweiterung der Auftragnehmer.

Eine rechtlich selbständige Bedeutung kommt den neben den Hauptleistungspflichten des Auftragnehmers zu erfüllenden Mitwirkungshandlungen kaum zu. Die bisherige baurechtliche Rechtsprechung weist bei den Auftragnehmerpflichten kaum Besonderheiten gegenüber anderen Verträgen auf. Das Kooperationsprinzip wird an den bisher ergangenen Entscheidungen nicht deutlich.

2. Ansichten in der Literatur

Die Literatur beschäftigt sich ebenso wie die Rechtsprechung schon seit längerem mit der rechtlichen Einordnung der verschiedenen Nebenpflichten und Mitwirkungshandlungen im Bauvertrag. Der Kooperationsgedanke fand häufiger ausdrückliche Beachtung als in der Rechtsprechung. Ansatzpunkt sind dabei weniger die in § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B niedergelegten Verhandlungspflichten der Bauvertragsparteien, die durch die Rechtsprechung als Ansatzpunkt zur Charakterisierung des Kooperationsverhältnisses genutzt wurden. Die Literatur geht in diesem Zusammenhang vor allem von den Mitwirkungspflichten des Auftraggebers und deren rechtlicher Qualifikation aus.

Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers sind für das Kooperationsverhältnis der Bauvertragsparteien interessant, weil sie das zwischen den Vertragsparteien bestehende besondere Verhältnis charakterisieren. Der Bauvertrag ist im Gegensatz zu anderen Vertragstypen dadurch gekennzeichnet, daß die Vertragsdurchführung erst durch die

³⁰⁰ BGH BauR 1991, S. 478; OLG Frankfurt BauR 1990, S. 90; OLG Stuttgart BauR 1980, S. 67; OLG Frankfurt NJW 1989, S. 233; OLG München DB 1974, S. 1227; OLG Düsseldorf MDR 1972, S. 688.

Mitwirkung des Auftraggebers möglich wird, so daß eine Abhängigkeit des Auftragnehmers von der Mitwirkung des Auftraggebers entsteht. Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers kennzeichnen das Kooperationsverhältnis der Bauvertragsparteien nicht allein. Sie stellen aber einen wesentlichen Teil dieser besonderen Beziehung dar. Die rechtliche Erfassung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ist für das Kooperationsprinzip wesentlich, da sich daraus Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten ableiten.

Die Schwierigkeiten, eine dogmatisch saubere und praktisch zufriedenstellende Lösung des Problems zu finden, bestehen nicht nur beim VOB/B Bauvertrag, sondern auch im Werkvertragsrecht des BGB, das keine ausdrückliche rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers vornimmt. Die baurechtliche Literatur orientiert sich an den Rechtsansichten, die zum Werkvertragsrecht des BGB entwickelt wurden.

a. Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers

aa. Die gesetzliche Auftraggebermitwirkung in der Literatur

Die rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers wird noch immer durch die Arbeiten Kohlers beeinflusst, dessen Ansichten auch Einfluß auf die Gesetzgebung des BGB gehabt haben könnten³⁰¹.

Kohler war der Ansicht, daß der Gläubiger neben den von ihm übernommenen Hauptleistungspflichten, d.h. der Zahlungspflicht, zu keiner weiteren Mitwirkung verpflichtet sei³⁰². Er begründete seine Auffassung damit, daß dem Gläubiger der Leistung neben der von ihm ausdrücklich übernommenen Verpflichtung ausschließlich Rechte zustehen. Aus Rechten könnten sich aber nicht gleichzeitig Pflichten ergeben.

³⁰¹ Kohler Archiv d. bgl. Rechts 13 (1897), S. 149, 150; Hüffer S. 1.

³⁰² Kohler Jahrbuch 17 (1879), S. 261; ders. Archiv bürgerl. Recht 3 (1897), S. 149.

Diese Ansicht ist heute bereits insofern nicht mehr haltbar, als anerkannt ist, daß sich das Schuldverhältnis aus den vertraglichen Leistungsansprüchen und weiteren Pflichten zusammensetzt³⁰³. Der logische Widerspruch zwischen Recht und Pflicht besteht deshalb nicht wie von Kohler angenommen. Durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde deutlich, daß das Gesetz für eine weitergehende Interpretation der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers offen ist³⁰⁴. Zudem wird die Ansicht Kohlers den geänderten technischen Anforderungen bei der Durchführung eines Vorhabens nicht mehr gerecht. Mit der Änderung der technischen Bedingungen und der Zunahme der Komplexität des Vorhabens geht eine Veränderung der Stellung des Auftraggebers einher, der zunehmend in die Durchführung des Vorhabens einbezogen werden muß. Das Bild Kohlers vom wartenden Auftraggeber, der lediglich das fertige Werk in Empfang zu nehmen hat, entspricht nicht mehr der Realität. Durch die Erkenntnis ist allerdings noch nicht bewiesen, daß die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers entgegen der Ansicht Kohlers keine bloßen Obliegenheiten sind. Es wird aber deutlich, daß Kohler von heute nicht mehr zutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen des Verhältnisses der Vertragsparteien ausgegangen ist. Dennoch erkannte Kohler die Möglichkeit, daß die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers vertragliche Pflichten begründen können, wenn sie im Interesse des Auftragnehmers vereinbart würden³⁰⁵.

Nach Kohler hat sich Hüffer³⁰⁶ erneut ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Verletzung der Mitwirkungspflichten des Gläubigers zu anderen Rechtsfolgen als denen des Gläubigerverzuges führen müsse. Rechtsprechung und Literatur verhielten sich widersprüchlich, wenn sie einerseits die Mitwirkungshandlungen als Obliegenheiten einordnen würden aber andererseits im Falle der Verletzung Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung zusprächen. Hüffer geht davon aus, daß die Annahme einer Mitwirkungspflicht des Auftraggebers nur sinnvoll ist, wenn es um den Schutz eines Leistungsinteresses des Schuldners geht. Bei ausbleibender Mitwirkung

³⁰³ Medicus Schuldrecht I § 1 III mwN; Fikentscher, Schuldrecht § 8 3.; Esser/Schmidt, Schuldrecht I 1 § 5 II

³⁰⁴ RGZ 104, 15; 152, 119.

³⁰⁵ Kohler „Lhb. des Bürg. Rechts“ Bd. 2 S. 373, als Beispiel wird der Verlagsvertrag genannt.

³⁰⁶ Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976.

gehe es darum, die Gegenleistung, also den Zahlungsanspruch des Schuldners, zu schützen³⁰⁷. Dabei stellte Hüffer die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers beim Werkvertrag als Ursache für das erhöhte Risiko des Schuldners heraus. Dem Zahlungsanspruch des Auftragnehmers steht in der Regel die Einrede der Nichterfüllung entgegen. Ein schützenswertes Interesse des Auftragnehmers an der Durchführung des Vertrages besteht nach Ansicht Hüffers von Ausnahmefällen abgesehen nicht. Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bestehen nach dieser Ansicht nur, wenn sie entweder vertraglich vereinbart worden sind oder wenn der Vertrag ohne Annahme von Mitwirkungspflichten des Auftraggebers nicht durchführbar wäre³⁰⁸. Im Falle der Verweigerung der Mitwirkung soll § 326 BGB analog angewandt werden können, wobei die mangelnde Mitwirkungsbereitschaft oder Erfüllungsbereitschaft des Auftraggebers den Gläubigerverzug ersetzen soll. In der mangelnden Mitwirkungsbereitschaft bei der Vorleistung des Auftragnehmers könne eine mangelnde Zahlungsbereitschaft gesehen werden, so daß die Verletzung einer Hauptleistungspflicht gegeben sei³⁰⁹.

Auf diese Weise wird eine dogmatisch saubere Sanktionierung der unterlassenen Mitwirkung des Auftraggebers erreicht, die sich streng an der von Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Einordnung der Auftraggebermitwirkung als Obliegenheit hält.

Die Literatur schließt sich dieser Ansicht zum Großteil an und qualifiziert die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Obliegenheiten³¹⁰. Aus § 642 BGB ergebe sich, daß der Auftraggeber lediglich in Annahmeverzug gerät, wenn er seinen Mitwirkungshandlungen nicht nachkomme. Dies sei die typische Folge der Verletzung einer Obliegenheit. Aus den Materialien zum BGB soll sich zudem eindeutig ergeben, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, die Auftraggebermitwirkung als Obliegenheit

³⁰⁷ Hüffer S. 192.

³⁰⁸ Hüffer S. 256.

³⁰⁹ Hüffer S. 240 f, S. 227.

³¹⁰ Warneyer § 642 Anm. I; Palandt-Sprau § 642 Rn. 1; Götz JuS 1961, S. 57; Soergel/Teichmann § 642 Rn. 7; MK-Soergel § 642 Rn. 2, 12; Jauernig/Schlechtriem § 642 Rn. 1; Staudinger/Peters § 642 Rn. 17; Locher Rn. 64; Larenz Bd. II, 1 Halbb. § 53 III S. 371; Vygen Bauvertragsrecht Rn. 360 ff; Hofmann in FS für Craushaar S. 221.

auszugestalten³¹¹. Bei Großprojekten wollen dagegen einige Autoren die ihrer Auffassung nach grundsätzlich als Obliegenheit einzuordnenden Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers zur Nebenpflicht erstarken lassen³¹², da diese Vorhaben nur durchführbar sind, wenn auch der Auftraggeber die ihm obliegenden Mitwirkungshandlungen erfüllt.

Teilweise werden die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers innerhalb des Werkvertragsrechts des BGB ausdrücklich als echte Nebenpflichten qualifiziert³¹³. Die Annahme, es handle sich bei den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers um Nebenpflichten, folgt aus den von der Rechtsprechung und Literatur angenommenen Rechtsfolgen ihrer Verletzung, die im Widerspruch zu ihrer Einordnung als Obliegenheiten stehen³¹⁴. Die Lösung des Problems der rechtlichen Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers sollte aber nicht ausgehend von den Rechtsfolgen ihrer Verletzung erfolgen, sondern muß sich aus der Auslegung der jeweiligen vertraglichen Regelung ergeben.

Mit den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers hat sich Mueller-Foell ausführlich beschäftigt³¹⁵. Er wies nach, daß die gesetzliche Regelung des BGB keine endgültige Festlegung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Obliegenheiten oder Nebenpflichten trifft. Die Regelung des § 642 BGB, nach der der Auftraggeber bei unterlassener Mitwirkung in Annahmeverzug gerate, schließe nicht aus, daß der Auftraggeber nicht in Schuldnerverzug geraten könne³¹⁶. Der durch Rechtsprechung und Literatur verwandte Obliegenheitsbegriff, der maßgeblich durch die Arbeit Reimer Schmidts³¹⁷ geprägt ist, könne für das Werkvertragsrecht nicht ohne weiteres verwendet werden. Schmidt beschäftigt sich in seiner Arbeit vor allem mit den

³¹¹ Staudinger/Peters § 642 Rn. 17 unter Hinweis auf Motive II S. 495.

³¹² MK-Soergel § 642 Rn. 11.

³¹³ Ermann § 642 Rn. 2, 10; RGRK (Glanzmann) § 631 Rn. 46; v. Craushaar BauR 1987, S. 14; Lenzen BauR 1997, S. 210; Lachmann BauR 1990, S. 411; Jasper S. 98; Fikentscher, Schuldrecht, 7. Auflage § 80 II, S. 555, ab der 8. Auflage geht Fikentscher allerdings davon aus, daß es sich um Obliegenheiten handelt, die lediglich bei größeren Projekten zu Mitwirkungspflichten werden könnten, vgl. Fikentscher, Schuldrecht, 9. Auflage § 80 II, S. 560.

³¹⁴ Ermann § 642 Rn. 10 weist darauf hin, daß die herrschende Lehre die Einordnung als Obliegenheit nicht durchhält.

³¹⁵ Müller-Foell „Die Mitwirkung des Auftraggebers beim Werkvertrag“, 1982.

³¹⁶ Müller-Foell, aaO S. 61 ff.

³¹⁷ Reimer Schmidt „Obliegenheiten“ 1953.

Obliegenheiten des Privatversicherungsrechts, in dem Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Obliegenheitstatbestände klar umschrieben sind. Dieser Obliegenheitsbegriff könne nur dann ohne weiteres auf andere Rechtsgebiete ausgedehnt werden, wenn auch dort klar umrissene Obliegenheitstatbestände gegeben sind³¹⁸. Diese Eindeutigkeit ist im Werkvertragsrecht nicht gegeben. Andererseits basiere die von der Gegenansicht vertretene Auffassung, die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers seien als echte vertragliche Pflichten zu qualifizieren, auf der vom Auftraggeber geschuldeten Vertragstreue. Da aber auch in der Verletzung einer Obliegenheit die Verletzung der vertraglichen Treuepflicht im weiteren Sinn gesehen werden kann, genüge dieses Argument nicht, um die Einordnung der Auftraggebermitwirkung als Vertragspflicht zu rechtfertigen³¹⁹. Nur Gewicht und Auswirkung der Verletzung des jeweiligen Mitwirkungstatbestandes könne für die Einordnung als Rechtspflicht oder Obliegenheit entscheidend sein.

Müller-Foell versucht, die Lösung des Problems aufgrund einer Interessenabwägung zu finden³²⁰, mit der für jeden Einzelfall eine rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers vorzunehmen sei. Dabei geht er grundsätzlich im Einklang mit der Rechtsprechung und der herrschender Lehre davon aus, daß die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Obliegenheit einzuordnen sind. Der Auftragnehmer habe im gesetzlichen Regelfall des Werkvertrages kein schützenswertes Interesse an der Vertragsdurchführung, das es rechtfertigen würde, den Auftraggeber zum Schuldner der Mitwirkungshandlungen werden zu lassen³²¹. Falls ein anerkennenswertes Interesse des Auftragnehmers an der Vertragsdurchführung festgestellt werden könne, sei von einer Mitwirkungspflicht des Auftraggebers auszugehen, die das Vertragsdurchführungsinteresse des Auftragnehmers rechtlich sichert³²². Ein Interesse an der Vertragsdurchführung sei bei bestimmten Werkvertragstypen, z.B. großvolumigen Bau- und Anlageprojekten regelmäßig gegeben, so daß in diesen Fällen von Mitwirkungspflichten ausgegangen werden könne. Auch dann sei eine Mitwirkungspflicht aber nur

³¹⁸ Müller-Foell, aaO S. 69.

³¹⁹ Müller-Foell, aaO S. 68.

³²⁰ Müller-Foell, aaO S. 75.

³²¹ Müller-Foell, aaO S. 102 f.

³²² Müller-Foell aaO S. 103.

bei den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers anzunehmen, die zur Vertragsdurchführung notwendig seien. Bei lediglich fördernden Mitwirkungshandlungen bleibe es bei der Einordnung als Obliegenheit³²³.

Diese Vorgehensweise gewährleistet eine interessengerechte Lösung des Einzelfalls. Mangels feststehender Kriterien der Interessenbewertung im jeweiligen Einzelfall unterliegt diese Lösung zahlreichen Unwägbarkeiten, so daß sich praktische Schwierigkeiten bei ihrer Umsetzung ergeben. Die Abhängigkeit der rechtlichen Lösung der vertraglichen Beziehung vom Umfang des Bauvorhabens überzeugt nicht. Im Vorteil der von Müller-Foell vorgeschlagenen Methode zur Analyse der Auftraggebermitwirkung im Werkvertragsrecht liegt gleichzeitig ihr Nachteil. Die interessengerechte Regelung des Einzelfalls wird unter Verzicht auf eine allgemeingültige dogmatische Begründung erreicht.

Auch die Neuregelung des BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz³²⁴ hat keine Änderung der Rechtslage in dieser Beziehung bewirkt. Die Frage der rechtlichen Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im Werkvertragsrecht des BGB wurde offen gelassen. Die in der Rechtsprechung anerkannte Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Leistungsstörungenrechts neben den §§ 642, 643 und 645 BGB sollte noch im Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in §§ 643 Abs. 3, 644 Abs. 3 BGB zum Ausdruck gebracht werden³²⁵. Ob eine Pflichtverletzung oder eine bloße Obliegenheit anzunehmen ist, sollte sich nach der Begründung des Diskussionsentwurfes aus dem Vertragsinhalt im Einzelfall ergeben, so daß eine ausdrückliche Regelung im Gesetz als überflüssig angesehen wurde³²⁶. Dennoch wären die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers durch die Klarstellung der Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts neben den §§ 642ff BGB aufgewertet worden. Der Gesetzentwurf bestätigte die Offenheit der

³²³ Müller-Foell aaO S. 104.

³²⁴ BGBl I 2001, 3138.

³²⁵ § 643 Abs. 3 BGB sollte lauten: „Die Haftung des Bestellers wegen einer Pflichtverletzung bleibt unberührt.“ Textgleich lautet § 644 Abs. 3; vgl. Entwurf S. 95; Der Diskussionsentwurf ist bei Canaris „Schuldrechtsmodernisierung 2002“, S. 3 ff veröffentlicht.

³²⁶ Vgl. Entwurf S. 593 ff.

gesetzlichen Regelung in Bezug auf die rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers. Die Ansicht, daß es sich stets um bloße Obliegenheiten handelt, wurde durch den Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes widerlegt. Die zitierten Regelungen der §§ 643, 644 BGB wurden jedoch in den Regierungsentwurf nicht übernommen, obwohl dagegen keine Kritik geäußert worden war.

bb. Auftraggebermitwirkung nach VOB/B

Die Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nach der VOB/B ist umstritten. Im Gegensatz zur Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nach dem BGB wird für den Geltungsbereich der VOB/B überwiegend davon ausgegangen, daß die dort genannten Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers echte Mitwirkungspflichten sind³²⁷.

Dem wird entgegen gehalten, daß die VOB/B vom Grundtatbestand des § 642 BGB ausgehe, so daß es sich ebenfalls nur um Obliegenheiten handeln könne. Wenn die VOB/B die gesetzliche Einordnung der Mitwirkungshandlungen hätte abändern wollen, müßte sie dies eindeutig zum Ausdruck bringen. Die VOB/B wird als Allgemeine Geschäftsbedingung angesehen, so daß alle Unklarheiten zu Lasten des jeweiligen Verwenders gehen³²⁸. Je nachdem, ob der Verwender der VOB/B Auftraggeber oder Auftragnehmer ist, wären die Mitwirkungshandlungen einmal Gläubigerobliegenheiten und ein anderes Mal Schuldnerpflichten. Dieser Einwand ist insbesondere für die in der VOB/B nicht ausdrücklich erwähnten Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers beachtlich, da die Folgen ihrer Nichtbeachtung in diesen Fällen nicht geregelt sind, so daß auf allgemeine Grundsätze, die in Rechtsprechung und Literatur zu den Mitwirkungshandlungen des BGB entwickelt wurden, zurückgegriffen werden muß. Verstärkt wird diese Ansicht dadurch, daß § 9 Nr. 1a VOB/B die

³²⁷ Ingenstau/Korbion B § 9 Rn.15; v. Craushaar BauR 1987, S. 14; Nicklisch/Weick § 4 Rn. 10 ff; Hochstein in FS für Korbion S. 165 ff; Ganten/Jagenburg/Motzke Vor § 3 Rn. 33; Hofmann in FS für Craushaar S. 223.

³²⁸ Vygen Bauvertragsrecht Rn. 362; Ganten/Jagenburg/Motzke § 9 Nr. 1 Rn. 16.

Kündigung des Auftragnehmers zulässt, wenn der Auftraggeber in Annahmeverzug mit einer ihm obliegenden Handlung kommt³²⁹.

Allerdings schließt § 9 Nr. 1a VOB/B nicht aus, daß es sich bei den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers um Schuldnerpflichten handelt. Der Annahmeverzug kann unabhängig davon eintreten, wie die Mitwirkungshandlungen rechtlich einzuordnen sind, wenn sie wenigstens Obliegenheiten darstellen³³⁰.

Dagegen soll sich für den Bereich der VOB/B die Qualifizierung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers aus § 6 Nr. 6 VOB/B ergeben. Dem Auftragnehmer wird dort ein Schadenersatzanspruch zugesprochen, wenn die Verletzung der Mitwirkungshandlung zu einer Behinderung des Auftragnehmers führt³³¹. Durch diesen vertraglichen Schadenersatzanspruch werden die Mitwirkungshandlungen als Schuldnerpflichten eingeordnet. Umstritten ist, ob § 6 Nr. 6 VOB/B eine Anspruchsgrundlage für einen vertraglichen Schadenersatzanspruch darstellt³³². Soweit § 6 Nr. 6 VOB/B als Anspruchsgrundlage eines vertraglichen Schadenersatzanspruches angesehen wird³³³, kann dies bedeuten, daß die sanktionierten Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als echte Vertragspflichten eingeordnet werden³³⁴. Durch die Anspruchsqualität des § 6 Nr. 6 VOB/B könnte aber auch ein Schadenersatzanspruch für die Verletzung von Gläubigerobliegenheiten geschaffen worden sein. Eigenständige Bedeutung würde § 6 Nr. 6 VOB/B nur haben, wenn damit die Verletzung von Obliegenheiten sanktioniert wird, da die Verletzung von Vertragspflichten durch die Schadenersatzansprüche nach dem BGB ausreichend gesichert ist³³⁵. Diese Auffassung sieht in § 6 Nr. 6 VOB/B lediglich einen Auffangtatbestand, der die Haftung der Vertragsparteien nach den allgemeinen Vorschriften einschränke.

³²⁹ Vygen aaO.

³³⁰ Nicklisch/Weick § 9 Rn. 6; Ingenstau/Korbion B § 9 Nr. 1a Rn. 15.

³³¹ Jagenburg FS für Mantscheff S. 102; BGH BauR 2000, S. 722.

³³² Vgl. Nachweise bei Ganten/Jagenburg/Motzke § 6 Nr. 6 Rn. 33.

³³³ BGHZ 95, 128; OLG Köln NJW 1986, S. 71; Nicklisch/Weick B § 6 Rn. 40; Kapellmann/Schiffers Bd. 1 Rn. 941; Staudinger-Peters § 636 Rn. 56.

³³⁴ BGH BauR 2000, S. 722; Jagenburg aaO; Nicklisch/Weick § 6 Rn. 40.

Bei der Lösung des Problems ist davon auszugehen, daß die VOB/B eine vertragliche Sonderordnung für den Bauvertrag geschaffen hat, die zwar die Regeln des Werkvertragsrechts des BGB nicht verdrängt, die diese jedoch weitgehend ersetzt und ergänzend ausfüllt³³⁵. Die VOB/B wollte durch § 6 Nr. 6 VOB/B eine spezielle Anspruchsgrundlage für den Ersatz des aus einer von einem Vertragsteil zu vertretenden Baubehinderung entstandenen Schadens schaffen. Die Schadenersatzansprüche des BGB werden insoweit modifiziert und ersetzt. Indem durch § 6 Nr. 6 VOB/B Baubehinderungen unabhängig davon gleich sanktioniert werden, ob sie vom Auftraggeber oder vom Auftragnehmer zu vertreten sind, bringt die VOB/B eine rechtliche Gleichbehandlung der Nebenpflichten des Auftragnehmers mit den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers zum Ausdruck. Die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers werden durch die VOB/B in ihrer rechtlichen Behandlung den weiteren Vertragspflichten des Auftragnehmers, die allgemein als echte Vertragspflichten anerkannt sind, angenähert. Ihre besondere Bedeutung für den Bauvertrag kommt dadurch zum Ausdruck. § 6 Nr. 6 VOB/B ist eine eigenständige Anspruchsgrundlage, die die Bedeutung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers für den VOB/B Bauvertrag unterstreicht. Diese können somit als echte Vertragspflichten qualifiziert werden.

Aus der ausdrücklichen Erwähnung zahlreicher Mitwirkungshandlungen folgt, daß die VOB/B von einem besonderen Verhältnis der Vertragsparteien ausgeht. Der Auftraggeber wird aktiv in die Phase der Bauwerksherstellung eingebunden. Die Vereinbarung der VOB/B ohne gesonderte einzelvertragliche Regelung reicht aus, um den Auftraggeber zu weiteren Handlung als der Entgegennahme und Bezahlung des Werkes zu verpflichten. Zahlreichen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers wird durch die ausdrückliche Aufnahme in die Regelungen der VOB/B ein höherer Stellenwert beigemessen, als es bei einem BGB Werkvertrag der Fall ist, für den keine Regelungen für die Phase der Vertragsdurchführung getroffen werden. Bei den nicht ausdrücklich in der VOB/B genannten

³³⁵ Ganten/Jagenburg/Motzke § 6 Nr. 6 Rn. 35, 39 mwN; Ingenstau/Korbion B § 6 Nr. 6 Rn. 114; Heiermann/Riedl/Rusam B § 6.6 Rn. 35.

³³⁶ Ganten/Jagenburg/Motzke Einl. I Rn. 49 ff; Nicklisch/Weick Einl. Rn. 39 ff.

Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers kann sich deren rechtliche Einordnung ebenso wie bei den Mitwirkungshandlungen des BGB nur aus einer Auslegung des Vertrages ergeben. Das durch die VOB/B geschaffene besondere Verhältnis der Vertragsparteien und die aktive Rolle des Auftraggebers bei der Vertragsdurchführung sind bei der Auslegung auch dann zu berücksichtigen.

cc. Die Ansicht Nicklischs zum Kooperationscharakter des Bauvertrages

Die heutige Diskussion zum Kooperationscharakter des Bauvertrages geht insbesondere auf die Arbeiten Nicklischs zurück, der sich seit 1979 wiederholt mit dem Verhältnis der Vertragsparteien des Bau- und Anlagenvertrages auseinander gesetzt hat.

In einem 1979 erschienenen Aufsatz beschrieb Nicklisch die rechtliche Bedeutung der Nebenpflichten für den Bauvertrag³³⁷. Ausgangspunkt ist seine Kritik an der auf Kohler³³⁸ und Schmidt³³⁹ zurückgehenden Einordnung der Mitwirkungshandlungen als bloße Obliegenheiten. Die Erfüllung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ermöglichen bei umfangreicheren Werkverträgen vielfach erst die Vertragsdurchführung, so daß der erfüllungsbereite Auftragnehmer auf die Mitwirkung des Auftraggebers angewiesen ist, ohne die er seine Leistung nicht erbringen kann. Insbesondere bei Bauvorhaben, die häufig Planänderungen unterworfen sind, erlange die Mitwirkung des Auftraggebers eine andere Qualität. Im Gegensatz zu Werkverträgen mit geringem Leistungsumfang, die auf einen punktuellen Leistungsaustausch gerichtet sind, arbeitete Nicklisch den Langzeit-, Rahmen und Kooperationscharakter als besondere Strukturmerkmale des Bauvertrages heraus³⁴⁰. Dauer und Intensität der Werkherstellung binden den Betrieb des

³³⁷ Nicklisch BB 1979, S. 533.

³³⁸ Kohler JhringJhb 17 (1879), S. 261; ders. Archiv bürg. Recht 3 (1897), S. 149.

³³⁹ Schmidt „Obliegenheiten“ 1953.

³⁴⁰ Nicklisch BB 1979, S. 537 f; ders. in Leistungsstörungen bei Bau- und Anlageverträgen, S. 83; ders. in Der Subunternehmer bei Bau- und Anlageverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 29 ff; ders. in „Der komplexe Langzeitvertrag, S. 17 ff, und S. 365 ff; ders. in FS für Lukes S. 143; ders. NJW 1985, S. 2362; Schlotke in „Der komplexe Langzeitvertrag“ S. 377; Oberhauser S. 331 ff; Müller-Foell S. 113.

Auftragnehmers in besonderem Maße an den einzelnen Vertrag. Wird die Vertragsdurchführung infolge der verweigeren Mitwirkung des Auftraggebers unmöglich, ist der Auftragnehmer in der Regel nicht in der Lage, seinen Betrieb ohne weiteres und ohne wirtschaftliche Verluste auf einen anderen Auftrag umzustellen, so daß ein tatsächliches Interesse an der Vertragsdurchführung seitens des Auftragnehmers besteht. Dieses Interesse sei aufgrund der Bedeutung der Mitwirkungspflichten für die Zweckerreichung des Vertrages auch rechtlich schützenswert. Aufgrund der bestehenden Dogmatik zur Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Obliegenheiten hält es Nicklisch für notwendig, diese als Vertragspflichten zu vereinbaren. Aufgrund vertraglicher Regelung könne so eine Aufwertung der Obliegenheiten zu Vertragspflichten erfolgen, so daß dann der Auftragnehmer Ansprüche auf Erfüllung dieser Pflichten, bzw. wegen Nichterfüllung geltend machen kann. Daß die Vereinbarung der Mitwirkungshandlung als Vertragspflicht gewollt sei, ergebe sich bei größeren Bauvorhaben in der Regel schon aus der Vertragsauslegung³⁴¹. Auch Nicklisch vermied es, die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im BGB und in der VOB/B ausdrücklich als Vertragspflichten zu qualifizieren, sondern räumte der vertraglichen Vereinbarung den Vorrang ein. Im Gegensatz zu seinen früheren Arbeiten geht Nicklisch heute davon aus, daß es sich bei den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers zumindest beim VOB/B Vertrag um echte Nebenpflichten handelt³⁴².

In zahlreichen weiteren Arbeiten³⁴³ hat Nicklisch den Gedanken des Kooperationsverhältnisses der Bauvertragsparteien weiterentwickelt und stets auf die Notwendigkeit vertraglicher Vereinbarung hingewiesen. Der Verdienst Nicklischs ist es, die besonderen Strukturmerkmale des Bauvertrages, die das Verhältnis der Vertragsparteien prägen und die den tatsächlichen Rahmen der Vertragsdurchführung vorgeben, im Unterschied zu einfachen Werkverträgen geringeren Umfangs verdeutlicht zu haben. Dabei kommt Nicklisch zu dem Schluß, daß das in Gesetz und VOB/B angelegte vertragliche Pflichtengefüge nicht ausreichend ist, eine dauerhafte Kooperation der Vertragsparteien

³⁴¹ Nicklisch BB 1979, S. 544.

³⁴² Nicklisch/Weick § 4 Rn. 12.

³⁴³ Nicklisch aaO.

sicherzustellen. Zusätzlich sei besonderes Augenmerk auf die Ausgestaltung der individualvertraglichen Vereinbarungen zu richten.

3. Eigene Ansicht

Literatur und Rechtsprechung sehen den rechtlichen Ausgangspunkt des Kooperationsprinzips des Bauvertragsrechts in einem Geflecht gegenseitiger Mitwirkungs-, Informations- und Schutzpflichten begründet. Diese Pflichten tragen den aus den speziellen Strukturmerkmalen des Bauvertrages, wie seinem Rahmen- und seinem Langzeitcharakter, folgenden Risiken Rechnung. Die Ausgestaltung und Funktionsweise dieser den vertraglichen Hauptpflichten beigeordneten Pflichten kennzeichnet die Zusammenarbeit der Vertragsparteien während der Vertragsdurchführung.

Trotz der Bedeutung dieses Ansatzpunktes für die Kooperationsverpflichtung der Bauvertragsparteien handelt es sich dabei nur um einen Teilaspekt des Kooperationsprinzips. Der Kooperationscharakter des Bauvertrages ergibt sich neben rechtlichen auch aus wirtschaftlichen und sozialen Komponenten. Der Vertrag hat eine über die Festlegung gegenseitiger Leistungspflichten und die Möglichkeit ihrer Durchsetzung mittels Klage hinausgehende Funktion. Wille und Motive der Vertragsparteien kennzeichnen die Funktion des Vertrages. Die Parteien benutzen den Vertrag als Ordnungsinstrument ihrer sozialen Beziehungen³⁴⁴. Neben der Festlegung von Ansprüchen erlangt der Vertrag dadurch eine gestaltende Funktion.

Die rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Obliegenheiten, Neben- oder Hauptpflichten ist für die rechtliche Ausgestaltung des Kooperationsprinzips der Bauvertragsparteien von Bedeutung, weil nur bei Einordnung als echte Vertragspflichten ein Anspruch auf Erfüllung besteht und der Auftraggeber bei ihrer Verletzung in Schuldnerverzug und nicht lediglich in Gläubigerverzug gerät. Handelt es sich dagegen um Obliegenheiten besteht kein Anspruch auf Erfüllung. Obliegenheiten sind Gebote des eigenen Interesses des mit der Obliegenheit

³⁴⁴ Luhmann „Das Recht der Gesellschaft“, S. 460 ff.

Belasteten³⁴⁵. Ihre Nichterfüllung kann zu Rechtsnachteilen führen. Der durch die Obliegenheit begünstigte kann aus der Nichterfüllung keine Ansprüche ableiten. Die rechtliche Unterscheidung der einzelnen Mitwirkungshandlungen bedingt die Möglichkeiten der Parteien zur Gestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen. Aus diesem Grunde ist die Qualifizierung der Mitwirkungshandlungen als Obliegenheiten, Neben- oder Hauptpflichten kennzeichnend für das Kooperationsprinzip.

a. Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers

Ein Anspruch auf Erfüllung der Mitwirkungshandlung ist für den Auftragnehmer des Bauvertrages auch von Interesse³⁴⁶. Die Einordnung der Mitwirkungshandlung als Rechtspflicht erlangt so gegenüber der Einordnung als Obliegenheit Gewicht und die Annahme eines eigenständigen, über das bloße Interesse an der Bezahlung, hinausgehenden Interesses an der Leistungserbringung hat nur dann Bedeutung.

Die Rechtsprechung³⁴⁷ gewährt auch bei der Verletzung reiner Obliegenheiten Schadenersatzansprüche aus pVV. Es wurde bereits dargelegt, daß die dafür gegebene Begründung nicht überzeugend ist, da sie nicht im Einklang mit den grundlegenden Unterschieden zwischen Obliegenheiten und Vertragspflichten steht. Schadenersatzansprüche bestehen bei vertraglichen Pflichten, deren Erfüllung im Interesse des anderen Vertragspartners liegt. Obliegenheiten sind dagegen mit einem Vorteil für den mit der Obliegenheit Belasteten verknüpft³⁴⁸. Die Nichterfüllung der Obliegenheit führt nicht zu einem Rechtswidrigkeitsvorwurf. Ihre Verletzung führt lediglich zu Rechtsnachteilen des Gläubigers, die im Verlust einer Begünstigung, einer Berechtigung oder den Nachteilen des Gläubigerverzugs bestehen können³⁴⁹.

³⁴⁵ BGHZ 24, 382; BGH NJW 1995, S. 402; Wieling AcP 176 (1976), S. 345; ausführlich Schmidt „Obliegenheiten“ 1953.

³⁴⁶ aA Wirth/Joussen Band 1, Teil II Rn. 2, S. 235.

³⁴⁷ BGHZ 11, 80.

³⁴⁸ Staudinger-Schmidt Vor §§ 241 ff Rn. 276 ff mwN.

³⁴⁹ BGHZ 24, 382; BGH NJW 1995, S. 402; OLG Hamm VersR 1970, S. 319; MK-Kramer Einl. Vor § 241 Rn. 44, R. Schmidt S. 104. Typische Obliegenheiten finden sich deshalb vor allem im Versicherungsrecht, wo die Obliegenheitsverletzung zum Verlust der Begünstigung führen kann.

Die Verletzung einer Obliegenheit berechtigt den Schuldner nicht zu Schadenersatzansprüchen³⁵⁰.

aa. Einordnung als Obliegenheit, Nebenpflicht oder Hauptpflicht

Das Werkvertragsrecht des BGB ordnet die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ausgehend vom Vertragsmodell eines klassischen Austauschvertrages aufgrund der Rechtsfolgen der §§ 642, 643 und 645 BGB als Obliegenheiten ein. Dies mag für eine Vielzahl von Werkvertragstypen zutreffend sein. Insbesondere bei kleineren Verträgen handwerklichen Charakters mit einem geringen Leistungsumfang, wie Reparatur- und Ausbesserungsaufträgen, ist die Rolle des Auftraggebers entsprechend dem Vertragsmodell des gesetzlichen Werkvertragsrechts auf die Entgegennahme der Leistung des Auftragnehmers beschränkt. Es handelt sich um reine Austauschverhältnisse. Die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers erreichen nicht die Bedeutung und Intensität, die es rechtfertigen würde, sie als Schuldnerpflichten zu qualifizieren. Das Informations- und Mitwirkungsbedürfnis ist auf beiden Seiten gering. Bei Bauverträgen kleineren Zuschnitts, wie einfachen Sanierungs- oder Ausbauverträgen, die einen geringen materiellen, technischen und zeitlichen Umfang haben, ist ein eigenes Interesse des Auftragnehmers an der Vertragsdurchführung, das über das Interesse an der Vergütung hinausgeht, nicht festzustellen. Der Auftragnehmer hat hier in der Regel die Möglichkeit, seinen Betrieb bei Scheitern der Vertragsdurchführung kurzfristig umzustellen. Auch bei diesen Verträgen erreichen die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers noch keine besondere Bedeutung.

Das BGB nimmt aber keine abschließende verbindliche rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im Werkvertragsrecht vor. Die Motive zum BGB³⁵¹ gehen davon aus, daß die allgemeinen Regelungen des Erfüllungsverzuges anwendbar sind, wenn die Verletzung der Mitwirkungshandlungen durch den Auftraggeber schuldhaft erfolgt. Vorsatz und Fahrlässigkeit führen nach der Grundkonzeption des

³⁵⁰ Enneccerus/Lehmann § 3 II.

Gesetzes zur Anwendung der Regeln über den Schuldnerverzug und gewähren Ansprüche wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten. Dieser Fall mußte nach Ansicht des Gesetzgebers nicht besonders geregelt werden³⁵². Die durch das Gesetz gegebene Möglichkeit weitere Rechtsfolgen eintreten zu lassen, spricht gegen eine eindeutige und abschließende Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Obliegenheiten. Auch wenn das Gesetz von einer grundsätzlichen Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im Werkvertragsrecht als Obliegenheiten ausgeht, ist es gleichzeitig für eine andere Auslegung des Vertrages, insbesondere angesichts veränderter tatsächlicher Gegebenheiten und Bedürfnisse, offen. Im Gegenteil verdeutlichen gerade die Rechtsfolgen des § 642 BGB, die dem Schuldner im Falle der Nichterfüllung der Mitwirkungshandlung Entschädigungsansprüche gewähren, daß die Mitwirkungshandlungen nicht lediglich im Interesse des Auftraggebers stehen und deren Nichterfüllung nicht nur den Verlust eines Rechtsvorteils bewirken.

Die Gewährung von Entschädigungsansprüchen erzeugt für den Auftraggeber Druck, die Mitwirkungshandlungen zu erfüllen. Diese gesetzliche Anordnung ist nur dort sinnvoll, wo ein rechtlicher Leistungsbefehl durchgesetzt werden soll, so daß es sich bei den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im Werkvertragsrecht hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht um typische Obliegenheiten handelt, die ausschließlich im Interesse des Belasteten bestehen³⁵³.

Jede Obliegenheit kann gemäß § 242 BGB oder aufgrund vertraglicher Vereinbarung als Schuldnerpflicht ausgestaltet sein³⁵⁴. Dies soll insbesondere anzunehmen sein, wenn der Schuldner ein Interesse an der Erfüllung seiner Leistung hat, dazu aber ohne die Mitwirkung des Gläubigers nicht in der Lage ist³⁵⁵. Auch im Werkvertragsrecht sind Schadenersatzansprüche des Auftragnehmers wegen mangelnder Mitwirkung des Auftraggebers bei Annahme bloßer Obliegenheiten ausgeschlossen. Sie

³⁵¹ Mot. II, S. 496f zu § 575 (§ 642); zit. bei Mugdan II S. 277.

³⁵² Ebenda.

³⁵³ Enneccerus/Lehmann § 3 II; Huber Leistungsstörungen Bd. II, § 44, S. 393.

³⁵⁴ Larenz Schuldrecht I S. 389; Fikentscher, Schuldrecht § 8 4.

³⁵⁵ Larenz Schuldrecht I S. 389.

sind nur gegeben, wenn es sich bei der unterlassenen Mitwirkungshandlung um eine Schuldnerpflicht handelt. Die Abgrenzung der Nebenpflichten von Obliegenheiten nach den Rechtsfolgen ist insofern problematisch, als daß sich daraus keine Unterscheidungsmerkmale ergeben, die es ermöglichen würden, eine bestimmte Verhaltensanforderung entweder der einen oder der anderen Kategorie zuzuordnen. Entscheidend ist vielmehr, was es rechtfertigt, eine vertragliche Handlung nicht als Vertragspflicht anzusehen³⁵⁶.

Genauere Kriterien, die es ermöglichen, die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im Bauvertrag verlässlich als Obliegenheiten oder Schuldnerpflichten einzuordnen, sind bislang nicht entwickelt worden³⁵⁷. Als Grundsatz wird man eine Schuldnerpflicht des Auftraggebers dann annehmen können, wenn sich aus dem Inhalt der jeweiligen Mitwirkungshandlung ein rechtliches Sollen ergibt, aufgrund dessen eine Erfüllungsverpflichtung gegenüber dem Auftragnehmer entsteht. Dies kann sich aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Vertragsparteien ergeben. Ein gewichtiges Indiz für die Einordnung einer Mitwirkungshandlung des Auftraggebers als einer Schuldnerpflicht ist deren Aufführung im Vertrag, da sich daraus auf ein beiderseitiges Interesse an der Erfüllung schließen läßt. Ohne ausdrückliche Erwähnung im Vertrag kann sich der Charakter als Nebenpflicht aus einer objektiven Analyse der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der sonstigen vertraglichen Vereinbarungen ergeben³⁵⁸.

Die Einordnung als Schuldnerpflicht kann sich auch aus den tatsächlichen Folgen der Mitwirkungshandlung und deren Bedeutung für den Auftragnehmer ergeben. Eine Schuldnerpflicht des Auftraggebers ist also anzunehmen, wenn deren Erfüllung für den Auftragnehmer eine über die Ermöglichung der Hauptleistungspflicht und damit dem Interesse des Auftragnehmers an der Gegenleistung hinausgehende weitere Bedeutung für das Erreichen des Vertragszwecks hat³⁵⁹. Diese selbständige Bedeutung kann sich aus einem über das Interesse an der Vergütung hinausgehenden

³⁵⁶ Staudinger-Schmidt Vor §§ 241 Rn. 286.

³⁵⁷ Staudinger-Schmidt Vor §§ 241 ff Rn. 281.

³⁵⁸ MK-Kramer § 241 Rn. 19.

³⁵⁹ Nicklisch BB 1979, S. 533, 540; Raab JZ 2001, S. 251; Wirth/Joussen Band 1 II. Teil Rn. 1, S. 235; Dünneberger S. 82.

wirtschaftlichen Interesse des Auftragnehmers an der Vertragsdurchführung ergeben.

Bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB ging die juristische Literatur davon aus, daß die §§ 642 ff BGB keine abschließende Regelung für die Nichterfüllung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers enthalten³⁶⁰. Der Gesetzgeber des BGB ging dagegen von einem anderen Vertragsmodell für das Werkvertragsrecht aus³⁶¹, in dem die Mitwirkung des Auftraggebers keine große Rolle spielte, so daß es nicht notwendig war, dessen Mitwirkungshandlungen als echte Vertragspflichten zu qualifizieren. Der Auftraggeber sollte nach dieser Konzeption lediglich verpflichtet sein, die vereinbarte Zahlung zu erbringen und das fertiggestellte Werk entgegen zu nehmen. Die gesetzliche Regelung ist andererseits offen und flexibel genug, um auch einem anderen Vertragsverständnis und geänderten tatsächlichen Gegebenheiten zugänglich zu sein. Der hohe Abstraktionsgrad des Gesetzes ermöglicht eine flexible Anpassung an die Bedürfnisse des Einzelvertrages. Diese Offenheit der gesetzlichen Regelungen kam im Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes³⁶² deutlich zum Ausdruck, der zum einen die bislang umstrittene Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts neben den speziellen Regeln des Werkvertragsrechts auf die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ausdrücklich zuließ, zum anderen aber deren Einordnung als Obliegenheit oder Nebenpflicht nicht selbst vornahm. Somit wäre auf die einzelvertragliche Vereinbarung und die Bedeutung der jeweiligen Einzelhandlung des Auftraggebers für den Vertrag bei der rechtlichen Einordnung abzustellen gewesen.

Durch die Arbeiten Müller-Foells³⁶³ und Nicklischs³⁶⁴ wurde die Bedeutung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers für die Durchführbarkeit speziell des Bauvertrages herausgearbeitet. Im Unterschied zu anderen Werkvertragstypen ist die Durchführbarkeit des Bauvertrages -

³⁶⁰ Oertmann § 642 Nr. 6; Planck § 642 c) γ).

³⁶¹ Vgl. Planck vor §§ 642 – 645 1.

³⁶² Der Diskussionsentwurf ist bei Canaris „Schuldrechtsmodernisierung 2002“, S. 3 ff veröffentlicht. Vgl. auch Siegburg „Handbuch des Gewährleistungsrechts“ S. 44.

³⁶³ C. Müller-Foell "Die Mitwirkung des Auftraggebers beim Werkvertrag" 1982.

³⁶⁴ Nicklisch, aaO.

ausgehend vom Vertragsmodell des VOB Vertrages - in besonderem Maße von der Mitwirkung des Auftraggebers abhängig. Dies folgt insbesondere daraus, daß der Bauvertrag in der Phase zwischen Planung, Ausführung und Fertigstellung typischerweise wesentlichen Änderungen unterworfen ist. Im Falle von Vertragsänderungen bedarf es der Abstimmung zwischen den Vertragsparteien. Ohne die Mitwirkung des Auftraggebers können diese Situationen nicht im gegenseitigen Interesse bewältigt werden. Zudem sind am Zustandekommen eines Bauwerkes infolge fortschreitender Spezialisierung und Arbeitsteilung regelmäßig verschiedene Unternehmer und Sonderfachleute beteiligt, deren Tätigkeit und Arbeitsabläufe koordiniert werden müssen. Die Koordinationsaufgabe, die wesentlich zum Gelingen des Baus beiträgt, kann nur durch den Auftraggeber wahrgenommen werden, bei dem die vertraglichen Beziehungen der einzelnen Baubeteiligten verknüpft sind. Hinzu kommt, daß der Bauvertrag im Unterschied zu anderen Werkvertragstypen die wirtschaftlichen Potentiale des Auftragnehmers über längere Zeit bindet. Scheitert die Durchführung des Bauvertrages, ist der einzelne Auftragnehmer oft nicht in der Lage seinen Betrieb sofort umzustellen und auf eine andere Baustelle zu verlagern. Der Auftragnehmer muß für die jeweilige Baustelle und deren voraussichtliche Dauer ausreichende Ressourcen bereit halten und kann Anschlußaufträge nur für eine nach der voraussichtlichen Fertigstellung liegende Zeit annehmen. Der Auftragnehmer ist insofern auf die vertragsgemäße Durchführung des Vertrages zur Aufrechterhaltung seines Betriebes angewiesen. Dies gilt nicht nur bei Großprojekten, sondern schon bei mittleren Bauvorhaben. Auch für diese Vorhaben muß der Auftragnehmer seinen Betrieb für längere Dauer bereitstellen. Für mittlere Unternehmen ab ca. 50 Mitarbeitern hat die Durchführung eines kleineren Vertrages eine ähnlich große Bedeutung, wie es Großprojekte für die Großbetriebe der Bauindustrie haben. Die so gegebene tatsächliche Abhängigkeit des Auftragnehmers von der Mitwirkung des Auftraggebers bewirkt, daß die Auslegung der vertraglichen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers beim Bauvertrag deren rechtliche Einordnung als echte vertragliche Nebenpflichten bedingt. Die Mitwirkungshandlungen haben vor allem die Funktion, die vertraglichen Risiken des Auftragnehmers zu begrenzen. Die Einordnung als bloße Obliegenheiten

würde der vertraglichen Realität, die beiden Vertragsparteien gleichermaßen bewußt ist, nicht gerecht.

Eine Mitwirkungspflicht kann nicht ausschließlich dort angenommen werden, wo ihre Erfüllung notwendige Voraussetzung für die Durchführbarkeit des Vertrages ist³⁶⁵. Mitwirkungshandlungen sind Ausdruck notwendiger vertraglicher Zusammenarbeit. Das Gefüge vertraglicher Pflichten soll eine angemessene Risikoverteilung ermöglichen. Die Bedeutung der einzelnen Vertragspflicht nimmt zu, wenn die Parteien, wie beim Bauvertrag, in verstärktem Maße aufeinander angewiesen sind. Die Nichterfüllung einer einzelnen Mitwirkungshandlung mag die Vertragserfüllung nicht vereiteln, sie beeinträchtigt jedoch die Basis der vertraglichen Zusammenarbeit.

Der BGH sieht die Grundlage des Kooperationsprinzips im Bauvertragsrecht in einem Geflecht gegenseitiger Informations-, Mitwirkungs- und Schutzpflichten begründet³⁶⁶. Dieses Kooperationsprinzip ist für den Bauvertrag kennzeichnend, wenn daraus Verpflichtungen und Rechtsfolgen entstehen können. Das Kooperationsprinzip setzt die Gestaltungsmöglichkeiten der Vertragsparteien voraus. Mitwirkungshandlungen, die lediglich als Obliegenheiten ohne verbindlichen Leistungsbefehl einzuordnen sind, können das Verhältnis gegenseitigen Zusammenwirkens, auf das der BGH in seinen Entscheidungen abstellt, nicht prägen. Ein wirksames Prinzip der Kooperation kann nur aus einem Geflecht gegenseitiger vertraglicher Pflichten entstehen.

Zwar dient die Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als vertragliche Pflicht, ähnlich wie bei der Einordnung der Abnahmeverpflichtung nach § 640 BGB als Hauptpflicht, vor allem den Interessen des Auftragnehmers. Denn allein diesem kommt die Verstärkung der Rechtsbehelfe im Verletzungsfall zugute. Doch rechtfertigt die Bedeutung der Erfüllung der Mitwirkungshandlungen durch den Auftraggeber für den Vertragszweck eine Einordnung als vertragliche Pflichten.

³⁶⁵ So OLG Celle BauR 2001, S. 1598.

³⁶⁶ BGH BauR 1996, S. 542; BauR 2000, S. 409.

Durch die Regelungen der VOB/B, in der eine Vielzahl von Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ausdrücklich genannt und mit eigenen Rechtsfolgen ausgestaltet sind, wird diese Auslegung bestätigt. Den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers wird durch den Regelungstext ein anderes Gewicht verliehen. Der VOB/B, in der die längere Vertragsdauer des Bauvertrages und mögliche Vertragsänderungen durch eigene Regelungen inhaltlich berücksichtigt wurden, liegt ein anderes Vertragsmodell als dem gesetzlichen Werkvertragsrecht zu Grunde, das den tatsächlichen Gegebenheiten des Bauvertrages besser angepaßt ist. Die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers sind aus diesem Grund beim VOB/B Bauvertrag regelmäßig als echte Nebenpflichten und nicht lediglich als Obliegenheiten einzuordnen.

Eine pauschale Einordnung aller Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als vertragliche Nebenpflichten verbietet sich jedoch ebenfalls. Nach der hier vertretenen Ansicht ist vielmehr auf die Bedeutung der jeweiligen Mitwirkungshandlung für den Bauvertrag abzustellen. Nicht jede Mitwirkungshandlung ist in gleichem Maße für die Zusammenarbeit der Vertragsparteien notwendig und deshalb für das Kooperationsprinzip kennzeichnend. Im Einzelfall, etwa bei den nicht ausdrücklich in den vertraglichen Regelungen aufgeführten Mitwirkungshandlungen, ist eine geringere Bedeutung denkbar. Es muß sich für jede Mitwirkungshandlung als Ergebnis der vertraglichen Auslegung ergeben, ob sie als Nebenpflicht einzuordnen ist. Die in der VOB/B genannten Mitwirkungshandlungen erhalten ihren rechtlichen Charakter in der Regel bereits durch die ihrer expliziten Regelung zum Ausdruck kommenden Bedeutung für den Vertrag und der Tatsache, daß die einzelne Mitwirkungshandlung in ein Geflecht gegenseitiger Mitwirkungs-, Informations- und Schutzpflichten eingebunden ist. Ergibt sich aus dem Inhalt der Mitwirkungshandlung keine eindeutige rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlung, muß auf objektive Kriterien, wie die wirtschaftliche Bedeutung des Vertrages für die Parteien und die Notwendigkeit der Erfüllung der Mitwirkungshandlung für die vertragliche Zweckerreichung zurückgegriffen werden. Je größer die wirtschaftliche Bedeutung des Vertrages für eine oder beide Vertragsparteien ist, desto mehr spricht aufgrund des

beiderseitigen Interesses an der Zweckerreichung dafür, eine Mitwirkungshandlung als Vertragspflicht zu behandeln. Die Behandlung einer Mitwirkungshandlung als Vertragspflicht ist gerechtfertigt, wenn die Erfüllung der Mitwirkungshandlung für die vertragliche Zweckerreichung notwendig ist oder diese dadurch wesentlich gefördert wird. Eine Aufstellung allgemeingültiger Kriterien, die es ermöglichen würde, eine exakte Einordnung der jeweiligen vertraglichen Handlung als Obliegenheit, Nebenpflicht oder Hauptpflicht vorzunehmen, ist angesichts der Vielgestaltigkeit bauvertraglicher Konstellationen kaum praktikabel. Durch katalogisierte Einordnungskriterien können individualvertragliche Besonderheiten nicht berücksichtigt werden, sofern diese nicht in den durch derartige Kriterien vorgegebenen Rahmen passen. Verträge sind Ausdruck individueller Willensbildung und damit stark von subjektiven Komponenten abhängig.

Eine Auslegung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers als Hauptpflichten ist insbesondere im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtsfolgen nicht gerechtfertigt³⁶⁷. Die Annahme einer Hauptpflicht würde voraussetzen, daß die jeweilige Mitwirkungshandlung des Auftraggebers für das Vertragsverhältnis kennzeichnend ist. Die Mitwirkungshandlungen wären in das vertragliche Synallagma derart einzubinden, daß der Auftragnehmer seine Bauleistung nur unter der Bedingung der Mitwirkung des Auftraggebers erbringen würde. Selbst wenn eine tatsächliche Abhängigkeit der Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers von der Mitwirkung des Auftraggebers vorhanden ist und letzterer durch mangelnde Mitwirkung die Bauausführung blockieren oder gar verhindern kann, würde man der tatsächlichen Interessenlage der Vertragsparteien durch diese Auslegung nicht gerecht. In einem echten Gegenseitigkeitsverhältnis stehen beim Bauvertrag nur die Leistungspflicht des Auftragnehmers und die dieser Pflicht korrespondierende Zahlungspflicht des Auftraggebers. Diese kennzeichnen den Bauvertrag. Alle weiteren vertraglichen Pflichten dienen dazu, die Erfüllung dieser Hauptpflichten zu ermöglichen und abzusichern, sie stehen jedoch nicht selbst in diesem Gegenseitigkeitsverhältnis. Sämtliche Nebenpflichten sind wichtig und ihre Nichterfüllung kann die Vertragserfüllung behindern oder vereiteln. Es

³⁶⁷ Huber Leistungsstörungen Bd. II S. 4000, aA Jasper S. 99.

kann daraus aber nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß es sich bei diesen Pflichten um Hauptleistungspflichten handelt³⁶⁸.

Der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das Leistungsstörungenrecht eingeführte zentrale Begriff der Pflichtverletzung³⁶⁹ ändert an der Frage der Qualifikation der einzelnen Pflicht als Obliegenheit, Nebenpflicht oder Hauptpflicht nichts. Zwar kommt es innerhalb des Leistungsstörungenrechts auf diese Unterscheidung weniger an, weil der Tatbestand der Pflichtverletzung sowohl bei der Verletzung einer Haupt- als auch bei der Verletzung einer Nebenpflicht gegeben ist³⁷⁰. Gerade deshalb bleibt aber die Einordnung einer vertraglichen Handlung als Vertragspflicht von Interesse. Zudem beantwortet das allgemeine Schuldrecht auch nach der Schuldrechtsreform nicht die Frage der Durchsetzbarkeit einer einzelnen vertraglichen Pflicht. Innerhalb der vertraglichen Pflichten wird auch nach der Neuregelung abgestuft nach der Bedeutung der einzelnen Pflicht zwischen wesentlichen und sonstigen Pflichten³⁷¹ unterschieden. Diese Abgrenzung ermöglicht, verstärkt subjektive Komponenten zu berücksichtigen, so daß eine auf den Einzelfall abgestimmte Betrachtung erleichtert wird³⁷².

bb. Durchsetzbarkeit der Mitwirkungspflichten

Mit der Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Einordnung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ist nicht gleichzeitig die Frage nach der Durchsetzbarkeit der einzelnen Mitwirkungshandlung mittels Klage beantwortet. Diese ist nicht für alle Mitwirkungshandlungen gleich zu beantworten.

Es ist in Rechtsprechung und Literatur unbestritten, daß nicht alle Nebenpflichten gleichermaßen durchsetzbar sind. Es sind nur die Nebenpflichten durchsetzbar, die eine eigenständige Bedeutung neben der

³⁶⁸ So aber Jasper S. 99.

³⁶⁹ Vgl. § 280 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26. November 2001, BGBl I 2001, S. 3142.

³⁷⁰ Kaiser ZfBR 2001, S. 148; Anders ZIP 2001, S. 184.

³⁷¹ Zum Beispiel §§ 282, 323 Abs. 4, 324 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes; Canaris JZ 2001, S. 512.

Hauptpflicht besitzen³⁷³. Die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers sind deshalb – soweit es sich um Nebenpflichten handelt - nach selbständigen und unselbständigen Pflichten zu unterscheiden. Auszugehen ist von den Hauptleistungspflichten des Auftraggebers, der Zahlungspflicht und der Abnahmepflicht. Selbständige Bedeutung kommt den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers zu, wenn sie gegenüber diesen Hauptleistungspflichten selbständige Bedeutung, d.h. einen Eigenzweck, besitzen.

Auch die Kriterien, die es rechtfertigen einer Nebenpflicht eigenständige Bedeutung einzuräumen, sind im einzelnen nicht geklärt. Durch die Unterteilung der einzelnen Pflichten in Kategorien wie selbständige, unselbständige Nebenpflichten oder in Nebenleistungs- und sonstige Pflichten³⁷⁴ läßt sich diese Frage nicht beantworten. Sinnvoller ist es, daß durch die einzelne Pflicht geschützte Interesse zu bewerten und darauf abzustellen, ob die Pflicht danach einen Anspruch zugunsten des Gläubigers, d.h. eine bestimmte Anforderung an ein Tun oder Unterlassen durch den Schuldner, beinhaltet. Nach wie vor praktikabel ist es, zwischen Pflichten zu unterscheiden, die entweder ein Erfüllungs- oder aber ein Erhaltungsinteresse zum Inhalt haben³⁷⁵. Während das Erfüllungsinteresse regelmäßig einen Anspruch beinhaltet, ist dies bei Erhaltungsinteressen in der Regel nicht der Fall. Pflichten, die ein Erhaltungsinteresse zum Gegenstand haben, können selbständig durchsetzbar sein, soweit sie vertraglich mit einem Erfüllungsanspruch versehen sind³⁷⁶, oder wenn das Erhaltungsinteresse inhaltlich konkret mit einem Anspruch verbunden ist³⁷⁷.

Echte Mitwirkungspflichten mit eigenständiger Bedeutung sind zunächst die Bereitstellungspflichten des Auftraggebers in Bezug auf Genehmigungen und Planungsunterlagen gemäß §§ 3 Nr. 1, 4 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B. Entgegen einer teilweise in der Literatur und Rechtsprechung

³⁷² Vgl. BT/D 14/6040 v. 14.05.2001, S. 141 f.

³⁷³ Palandt-Heinrichs § 242 Rn. 25; Erman § 242 Rn. 54.

³⁷⁴ Vgl. dazu die Nachweise bei Staudinger-Schmidt Vor §§ 241 ff Rn. 310; MK-Kramer § 241 Rn. 14; Huber Leistungsstörungen Bd. II § 44.

³⁷⁵ Stoll, Heinrich „Die Lehre von den Leistungsstörungen“ 1936, S. 25f; Thiele JZ 1967, S. 649 ff.

³⁷⁶ Thiele JZ 1967, S. 653; MK-Kramer Einl. zu § 241 FN 323.

vertretenen Ansicht³⁷⁸ ist der Auftraggeber verpflichtet, die notwendigen Genehmigungen zu besorgen. Es handelt sich nicht lediglich um eine Zuständigkeitszuweisung an den Auftraggeber ohne echten Pflichtcharakter. Soweit man aufgrund der Auslegung des Bauvertrages ein Eigeninteresse des Auftragnehmers an der Vertragsdurchführung bejaht, so daß der Auftraggeber verpflichtet ist, an der Vertragsdurchführung mitzuwirken, handelt es sich auch bei der Pflicht, notwendige Genehmigungen zu beschaffen, um eine echte Vertragspflicht. Ohne die Vorlage der Baugenehmigung und sonstiger im Einzelfall notwendiger Genehmigungen kann mit dem Bauen nicht begonnen werden. Die Pflichten zur Beschaffung der Genehmigungen und der Planungsunterlagen verpflichten den Auftraggeber zur Vornahme einer Handlung, so daß ihnen selbständige Bedeutung neben den Hauptleistungspflichten zukommt³⁷⁹.

Die Pflicht des Auftraggebers aus § 3 Nr. 2 VOB/B zur Vermessung des Baugrundstückes und zur Absteckung der Hauptachse ist eine Nebenpflicht des Auftraggebers, der selbständige Bedeutung zukommt. Es handelt sich um eine Planungsaufgabe des Auftraggebers, die den gleichen Rechtsfolgen wie die Pflichten aus § 3 Nr. 1 VOB/B unterliegt³⁸⁰. Sie ist somit selbständig durchsetzbar.

Ähnlich zu behandeln sind die Bereitstellungspflichten des Auftraggebers aus § 4 Nr. 4 VOB/B, obwohl ihnen praktisch eine geringere Bedeutung zukommt³⁸¹.

Problematischer ist die Frage der Durchsetzbarkeit der Verpflichtung des Auftraggebers, ein Baugrundstück zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung ist weder im Gesetz noch in der VOB/B ausdrücklich genannt. Zu differenzieren ist zwischen der Pflicht, das Grundstück als solches bereit zu stellen, und der Pflicht, ein aufnahmeberechtigtes Grundstück, d.h. ein Grundstück

³⁷⁷ Vgl. Motzer JZ 1983, S. 886, der bereits einen konkretisierbaren Inhalt der Pflicht ausreichen läßt, Stürner JZ 1976, S. 384 ff; Gernhuber § 2 IV; aA Canaris JZ 1965, S. 475.

³⁷⁸ BGH BauR 1974, S. 274; 1976, S. 128; Stein ZfBR 1986, S. 210; Heiermann/Riedl/Rusam B § 4 Rn. 8.

³⁷⁹ Vgl. MK-Roth § 242 Rn. 140; 175; Heiermann/Riedl/Rusam B § 3 Rn. 7.

³⁸⁰ Ingenstau/Korbion B § 3 Nr. 2 Rn. 30.

mit fristgerecht fertiggestellter und mangelfreier Vorunternehmerleistung, bereit zu stellen.

Hinsichtlich der Pflicht zur Bereitstellung des Grundstückes ging der Gesetzgeber des BGB wie selbstverständlich davon aus, daß der Auftraggeber das Baugrundstück bereit zu stellen habe³⁸², so daß eine ausdrückliche Regelung nicht getroffen wurde. Es handelt sich nicht lediglich um eine Obliegenheit des Auftraggebers. Der Auftraggeber ist nach Vertragsschluß verpflichtet, die Vertragsdurchführung zu ermöglichen und zu fördern. Die Pflicht zur Bereitstellung des Grundstückes ist deshalb als vertragliche Nebenpflicht zu qualifizieren³⁸³. Sachlich handelt es sich um eine Leistungssicherungspflicht des Auftraggebers, die nicht selbständig durchsetzbar ist. Zwar können auch vorbereitende Pflichten im Einzelfall einen Eigenzweck haben³⁸⁴. Die Pflicht zur Bereitstellung des Baugrundstückes kann aber nur im Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht gesehen werden, deren Durchführbarkeit sie absichert.

Wesentlich komplizierter zu beantworten ist die Frage, ob der Auftraggeber im Sinne einer Schuldnerpflicht verpflichtet ist, dem Auftragnehmer ein aufnahmebereites Grundstück zur Verfügung zu stellen. Eine Differenzierung der rechtlichen Konsequenzen beider Bereitstellungspflichten dürfte jedoch nicht gerechtfertigt sein. Die Pflicht zur Bereitstellung eines aufnahmebereiten Grundstückes ist zwar weder in der VOB/B noch im BGB ausdrücklich angesprochen, doch ist unstreitig, daß der Baugrund ohne besondere Vereinbarung durch den Auftraggeber zu erbringen ist. Beauftragt der Auftraggeber den Auftragnehmer nur mit einer Teilleistung des Gesamtbauwerkes, muß er den Baugrund derart vorbereiten, daß der Auftragnehmer mit der von ihm geschuldeten Leistung beginnen kann. Es handelt sich um eine Bereitstellungspflicht des Auftraggebers, die ebenso wie die Pflicht zur Bereitstellung des Baugrundstückes kraft Natur der Sache besteht. Zwar hat die Pflicht zur Bereitstellung eines aufnahmebereiten

³⁸¹ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 4 Rn. 12.

³⁸² Mot. II S. 476 zu § 568.

³⁸³ Staudinger-Peters § 642 Rn. 33; Kniffka in Jhb. Baurecht 2001, S. 15 scheint diese Ansicht auch für die Rechtsprechung des BGH wieder zu geben.

³⁸⁴ Ermann § 242 Rn. 55.

Grundstückes für den Auftraggeber wesentlich weitreichendere Konsequenzen und eine völlig andere Qualität, da er entgegen der Grundkonzeption des BGB Werkvertragsrechts aus der Rolle des die Leistung entgegen nehmenden Gläubigers in die Rolle eines leistungsverpflichteten Schuldners versetzt wird. Der Wille oder das Interesse des Auftraggebers, keine Leistungsverpflichtung zu übernehmen, ist nicht entscheidend. Eine Verpflichtung kann durch Vertrag begründet werden, wenn diese für eine Vertragspartei erkennbar von Bedeutung ist und es zu keiner unzumutbaren Benachteiligung der verpflichteten Partei kommt³⁸⁵. Der Auftraggeber macht sich die Vorteile einer arbeitsteiligen Wirtschaft zu Nutze, indem er mehrere verschiedene Unternehmer nacheinander am Bau einsetzt, so daß jeder dieser Auftragnehmer seine Spezialkenntnisse zugunsten des Auftraggebers einbringen kann. Aus der Planungs- und Koordinierungsverantwortung des Auftraggebers folgt, daß dieser die notwendigen Anordnungen des Zusammenwirkens der einzelnen Unternehmer untereinander zu treffen hat. Da somit der Einsatz mehrerer Unternehmer am Bau vor allem dem Interesse des Auftraggebers dient, muß er andererseits die Nachteile der arbeitsteiligen Bauwirtschaft tragen. Da der Auftraggeber die Durchführung des Bauvorhabens durch die einzelnen Unternehmer will, übernimmt er auch die Verpflichtung, die notwendigen Voraussetzungen für den Unternehmereinsatz zu schaffen³⁸⁶. Für den Auftragnehmer ist die Verpflichtung des Auftraggebers, ihm eine ordnungs- und fristgemäß fertiggestellte Vorleistung zur Verfügung zu stellen, von besonderer Bedeutung, weil er aufgrund der getrennten Beauftragung keine rechtliche Grundlage für ein Vorgehen gegenüber dem Vorunternehmer hat, so daß er sich nur an den Auftraggeber als seinen Vertragspartner halten kann. Der Auftraggeber ist nicht schutzlos gestellt. Er hat aufgrund seines Vertragsverhältnisses zum Vorunternehmer stets die Möglichkeit, sich bei diesem schadlos zu halten. Der Auftragnehmer wird durch die Annahme einer Verpflichtung des Auftraggebers auch nicht von seinen Prüfungs- und Hinweispflichten bezüglich der Vorunternehmerleistung entbunden. Verletzt er diese, hat er für die Mangelhaftigkeit der Leistung ganz oder teilweise einzustehen. Letztendlich geht es lediglich darum, dem Auftragnehmer nicht

³⁸⁵ RGZ 101, 429; RG DRiZ 1925, Nr. 417; BGH NJW 1972, S. 99; Gernhuber § 2 III 4, § 13 III; Esser/Schmidt Schuldrecht AT § 12 III; Larenz Schuldrecht I/1 § 2; Ruhig S. 337.

³⁸⁶ Jagenburg FA für Mantscheff S. 105.

das Risiko einer durch den Vorunternehmer verursachten Leistungsverzögerung oder Leistungsverweigerung aufzubürden. Die Verpflichtung des Auftraggebers, dem Auftragnehmer eine fertiggestellte Vorunternehmerleistung zur Verfügung zu stellen, ergibt sich entgegen der Rechtsprechung des BGH³⁸⁷ nicht nur beim Hinzutreten weiterer Umstände. Die Einordnung als Vertragspflicht ergibt sich regelmäßig bereits aus der Auslegung des Vertrages.

Da die Verpflichtung zur Bereitstellung des aufnahmebereiten Baugrundstückes die Fertigstellung der Vorunternehmerleistung beinhaltet, hat der Auftraggeber für das Verschulden seiner Vorunternehmer nach § 278 BGB einzustehen. Insbesondere bei Behinderungen des Auftragnehmers greift § 6 Nr. 6 VOB/B, so daß der Auftragnehmer Schadenersatz und entgangenen Gewinn beanspruchen kann. Es handelt sich bei dieser Pflicht um eine Leistungssicherungspflicht, die nicht gesondert eingeklagt werden kann. Sie sichert die Durchführbarkeit der Hauptleistung des Auftragnehmers. Die Folgen ihrer Verletzung wirken sich unmittelbar auf die Hauptleistung aus.

Selbständige Bedeutung hat dagegen die Abrufpflicht des Auftraggebers aus § 5 Nr. 2 VOB/B, die eine einklagbare vertragliche Nebenpflicht darstellt³⁸⁸. Da der Auftragnehmer ein schützenswertes Interesse an der Durchführung des Bauvorhabens haben kann, stellt die Abrufpflicht eine Mitwirkungshandlung des Auftraggebers dar, durch die der Ausführungsbeginn festgelegt und die Vertragsabwicklung ermöglicht wird. Verweigert der Auftraggeber diese Mitwirkungshandlung steht dem Auftragnehmer, wenn er den Bauvertrag kündigt, ein Anspruch auf Zahlung der Vergütung zu, wobei er zu korrekter Abrechnung verpflichtet ist³⁸⁹.

Der daneben in § 5 Nr. 2 VOB/B geregelten Auskunftspflicht des Auftraggebers kommt eine eigenständige Bedeutung nicht zu. Sie sichert die Abrufpflicht und erleichtert deren Durchsetzung. Bei verspäteter oder

³⁸⁷ BGH BauR 2000, S. 723; BGH BauR 1994, S. 629; BGH ZfBR 1992, S. 31.

³⁸⁸ RGZ 57, 105, 109; BGH NJW 1972, S. 99; Ingenstau/Korbion B § 5 Nr. 2 Rn. 18; Nicklisch/Weick § 5 Rn. 10.

³⁸⁹ BGH IBR 2000, S. 591.

verweigerter Auskunft ist der Auftragnehmer behindert und hat das Recht auf eine Fristverlängerung. Es sind daneben auch Schadenersatzansprüche denkbar.

Der Koordinationspflicht des Auftraggebers gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B kommt große Bedeutung zu, da sie den ungestörten und reibungslosen Bauablauf unter den Bedingungen einer arbeitsteiligen Wirtschaft, die sich der Auftraggeber zu Nutze macht, sicherstellen soll. Sie dient dem Schutz des Auftragnehmers und sichert den Bauablauf. Ihr kommt selbständige Bedeutung zu, so daß es sich um eine durchsetzbare Nebenleistungspflicht handelt³⁹⁰. An der Durchsetzung dieser Pflicht kann ein Interesse bestehen, wenn ohne die Vornahme der durch den Auftraggeber geschuldeten Koordination der Bauablauf gestört und damit die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet würde. Gerade diese Pflicht bezieht den Auftraggeber in besonderem Maße in die Phase der Vertragsdurchführung ein und charakterisiert die Stellung des Auftraggebers beim Bauvertrag. Die Koordinierungspflicht ist deshalb eine das Kooperationsverhältnis der Bauvertragsparteien besonders kennzeichnende Pflicht³⁹¹.

Bei der Verpflichtung der gemeinsamen Zustandsfeststellung gemäß § 3 Nr. 4 VOB/B handelt es sich um eine vertragliche Nebenpflicht, die in dem Moment entsteht, in dem der andere Vertragsteil ihre Erbringung fordert³⁹². Ihr kommt lediglich beweissichernde Wirkung und sie dient der Streitvorbeugung. Im Falle der Verweigerung der Mitwirkung durch den Auftraggeber kommen Schadenersatzansprüche aus pVV oder die Rechte aus § 6 VOB/B in Betracht. Selbständig einklagbar ist diese Pflicht nicht³⁹³, denn sie beinhaltet keinen Eigenzweck.

Den Informationspflichten des Auftraggebers aus § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B und § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B kommt keine eigenständige Bedeutung zu. § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B besteht vor allem im Interesse des Auftraggebers

³⁹⁰ Nicklisch/Weick § 4 Rn. 20.

³⁹¹ Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 330.

³⁹² Ingenstau/Korbion B § 3 Nr. 4 Rn. 49; Heiermann/Riedl/Rusam B § 3 Rn. 19; Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr. 4 Rn. 11.

³⁹³ Heiermann/Riedl/Rusam B § 3 Rn. 19; Nicklisch/Weick § 3 Rn. 18; Ganten/Jagenburg/Motzke § 3 Nr. 4 Rn. 11.

selbst, der sich durch die Erfüllung dieser Pflicht den Vorteil der Ausschlußwirkung verschaffen kann. Eine Verpflichtung gegenüber dem Auftragnehmer besteht nicht, so daß es sich hier um eine bloße Obliegenheit des Auftraggebers handelt. Soweit die inhaltlichen Anforderungen der Informationspflichten nicht eingehalten werden, treten die durch die Pflicht bezweckten Wirkungen nicht ein, die Ausschlußwirkung der Schlußzahlung besteht nicht. Der Auftraggeber kann unter den Voraussetzungen des § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B das Recht, Sicherheitsleistung zu fordern, verlieren. Im Falle des § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B ist ein Schadenersatzanspruch aus pVV denkbar³⁹⁴. Diese Regelung begründet demzufolge eine echte Verpflichtung gegenüber dem Auftragnehmer und ist als Nebenpflicht einzuordnen.

Die weiteren in der VOB/B nicht genannten Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, wie die Pflicht zur Prüfung der Bedenkenanzeige des Auftragnehmers oder zur Prüfung der Schlußrechnung des Auftragnehmers sind nicht selbständig durchsetzbar, da ihnen keine eigenständige Bedeutung zukommt. Diese Pflichten korrespondieren vielmehr mit vorangehenden Auftragnehmerpflichten, deren Erfüllbarkeit auch ohne Erfüllung der korrespondierenden Pflicht des Auftraggebers gewährleistet ist. Gleichfalls nicht einklagbar sind die weiteren Fürsorge- und Obhutspflichten des Auftraggebers³⁹⁵. Auch diese Pflichten beinhalten keinen Eigenzweck.

Es ist festzustellen, daß der überwiegenden Zahl der im Bauvertragsrecht anerkannten Mitwirkungspflichten des Auftraggebers eine eigenständige Bedeutung zukommt, die ihre selbständige Durchsetzbarkeit ermöglicht. Dies gilt insbesondere für die spezifisch bauvertraglichen Pflichten, die in der VOB/B genannt sind. Dagegen sind allgemeine vertragliche Fürsorge- und Obhutspflichten auch im Bauvertrag nicht durchsetzbar.

³⁹⁴ Ganten/Jagenburg/Motzke § 17 Nr. 6 Rn. 17; Ingenstau/Korbion B § 17 Rn. 87.

³⁹⁵ Ermann § 242 Rn. 59; Palandt-Heinrichs § 242 Rn. 25.

b. Nebenpflichten des Auftragnehmers

Neben den Mitwirkungspflichten des Auftraggebers wird das Kooperationsverhältnis der Bauvertragsparteien auch durch die neben der Hauptleistungspflicht bestehenden Nebenpflichten des Auftragnehmers gekennzeichnet, die ihn zur Information und Aufklärung des Auftraggebers verpflichten.

Im Unterschied zu den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ist die Einordnung der im Bauvertrag bestehenden weiteren Pflichten des Auftragnehmers als echte vertragliche Nebenpflichten unbestritten³⁹⁶. Die Einordnung als Obliegenheiten kommt wegen der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers nicht in Betracht, da die Nebenpflichten des Auftragnehmers häufig in Zusammenhang mit dessen Hauptleistungspflicht stehen. Die durch den Auftragnehmer zu erfüllenden Handlungen kommen dem Auftraggeber zu Gute und dienen nicht vorrangig den Interessen des Auftragnehmers.

Eine das Verhältnis der Bauvertragsparteien in besonderem Maße kennzeichnende Pflicht des Auftragnehmers ist die Pflicht gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B Bedenken gegen die vorgesehene Art der Bauausführung, die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder gegen die Bauleistung anderer Unternehmer anzumelden. Nach Ansicht einiger Autoren handelt es sich um eine Hauptpflicht des Auftragnehmers im Bauvertrag³⁹⁷, weil sie die in § 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B enthaltene Hauptpflicht des Auftragnehmers zur Ausführung der Leistung erweitert. Eine Befreiung von der Gewährleistungspflicht kann der Auftragnehmer nur erreichen, wenn er die Pflicht aus § 4 Nr. 3 VOB/B erfüllt hat. Als Hauptpflicht wäre die Pflicht zur Bedenkenanmeldung selbständig durchsetzbar. Nach anderer Ansicht ist die Pflicht zur Bedenkenanmeldung eine vertragliche Nebenpflicht des

³⁹⁶ Kaiser BauR 1981, S. 311; Nicklisch FS für Bosch S. 731; Clemm BauR 1987, S. 609; Motzke ZfBR 1988, S. 244.

³⁹⁷ Ingenstau/Korbion B § 4 Nr. 3 Rn. 188; Heiermann/Riedl/Rusam B § 4 Rn. 46; Locher „Privates Baurecht“ Rn. 100; Vygen Bauvertragsrecht Rn. 345; Kaiser BauR 1981, S. 311; Dähne BauR 1976, S. 225; Leineweber, S. 174.

Auftragnehmers³⁹⁸. Die Haftung des Auftragnehmers aus § 13 und § 4 Nr. 7 VOB/B knüpfe an die Mangelhaftigkeit des Bauwerkes und nicht an die Nichterfüllung der Bedenkenanmeldung an. Aber auch als Nebenpflicht soll die Pflicht des § 4 Nr. 3 VOB/B wegen ihrer Bedeutung für die Erfüllung des Bauvertrages selbständig durchsetzbar sein³⁹⁹.

Problematisch ist, daß es sich bei § 4 Nr. 3 VOB/B dem Grunde nach um eine Aufklärungspflicht des Auftragnehmers handelt. Während die Auskunftspflicht der Informationsbeschaffung zur genauen Erfassung und Präzisierung eines zukünftigen Anspruches dient, soll die Aufklärungspflicht dem Berechtigten die Möglichkeit einräumen, sein Verhalten einzurichten oder Maßnahmen zu ergreifen, um Nachteile abzuwenden⁴⁰⁰. Durch § 4 Nr. 3 VOB/B soll der Auftraggeber durch rechtzeitige Bedenkenmitteilung in die Lage versetzt werden, mögliche Mängel frühzeitig zu erkennen und zu beseitigen, so daß die fehlerfreie Fertigstellung des Bauwerkes auf wirtschaftliche Weise sichergestellt werden kann. Aufklärungspflichten werden nach herrschender Meinung als unselbständige Nebenpflichten qualifiziert, die nicht selbständig einklagbar sind⁴⁰¹. Eine selbständige Bedeutung kommt diesen Pflichten ausnahmsweise zu, wenn ein schutzwürdiges Interesse an der klagweisen Durchsetzung dieser Pflicht gegeben ist⁴⁰². Ein solches Interesse ist im Falle des § 4 Nr. 3 VOB/B denkbar, da die rechtzeitige Erfüllung der Hinweispflicht dem Auftraggeber erheblich Zeit und Kosten ersparen kann. Die zur Mängelbeseitigung aufgewandte Zeit kann nicht oder nur unzureichend durch Sekundäransprüche kompensiert werden. Die Klagemöglichkeit wird praktisch nur bestehen, wenn der Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte dafür hat, daß der Auftragnehmer die Pflicht aus § 4 Nr. 3 VOB/B nicht erfüllt hat. Die praktische Bedeutung der möglichen gerichtlichen Durchsetzbarkeit dieser Pflicht wird aus diesem Grunde eher gering sein.

³⁹⁸ BGH BauR 1974, S. 202; OLG Karlsruhe BauR 1972, S. 380; Clemm BauR 1987, S. 609; Nicklisch/Weick § 4 Rn. 68; Motzke ZfBR 1988, S. 244.

³⁹⁹ Clemm aaO.

⁴⁰⁰ MK-Roth § 242 Rn. 197.

⁴⁰¹ Ermann § 242 Rn. 54; MK-Roth § 242 Rn. 197, 206; Palandt-Heinrichs § 242 Rn. 25.

⁴⁰² Palandt-Heinrichs § 242 Rn. 26; Stürner JZ 1976, S. 384; Motzer JZ 1983, 884.

Ähnlich verhält es sich mit den zur Mängelbeseitigung notwendigen Kosten, die der Auftraggeber in aufwendigen Prozessen erstreiten muß und die bei einer Insolvenz des Auftragnehmers nicht mehr durchsetzbar sein können. Zwar wird die Verletzung der Hinweispflicht des § 4 Nr. 3 VOB/B oft erst zu Tage treten, wenn der Mangel des Bauwerkes entdeckt wird. Doch kann in Einzelfällen auch die verzögerte Erfüllung der Hinweispflicht ihre wirtschaftliche Funktion erfüllen. Aus diesem Grunde muß dem Auftraggeber die Möglichkeit der Erzwingung der Hinweispflicht des § 4 Nr. 3 VOB/B insbesondere wegen deren zentraler Bedeutung für die vertragsgemäße Erfüllung des Bauvertrages gegeben werden.

Anders verhält es sich mit der Verpflichtung des Auftragnehmers aus § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B, Bedenken gegen Anordnungen des Auftraggebers anzumelden. Da diese Pflicht mit dem Anordnungsrecht des Auftraggebers aus § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B korrespondiert, handelt es sich um eine unselbständige Aufklärungspflicht, die in ihrer Bedeutung hinter § 4 Nr. 3 VOB/B zurücksteht, aber mit dieser teilweise deckungsgleich ist⁴⁰³. Eine durchsetzbare Pflicht, jede Anordnung des Auftraggebers auf ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, würde den Auftragnehmer über die Notwendigkeiten des Kooperationsverhältnisses hinaus unzumutbar belasten und kann deshalb nicht angenommen werden.

Die Pflicht des Auftragnehmers, gemäß § 3 Nr. 3 VOB/B die vom Auftraggeber übergebenen Planungsunterlagen zu überprüfen, stellt eine vertragliche Nebenpflicht in Form einer Hinweis- und Aufklärungspflicht dar, deren Bedeutung für die Erfüllung des Bauvertrages nicht so groß ist, daß von einer Durchsetzbarkeit ausgegangen werden kann. Zwar besitzt § 3 Nr. 3 VOB/B in Bezug auf die Planungsunterlagen eine eigenständige Vorklärungsfunktion gegenüber § 4 Nr. 3 VOB/B⁴⁰⁴. Durch § 3 Nr. 3 VOB/B soll aber nicht die Planungsverantwortlichkeit des Auftraggebers auf den Auftragnehmer übertragen werden.

Die Pflicht des Auftragnehmers gemäß § 4 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B, dem Auftraggeber eingesetzte Nachunternehmer bekannt zu geben, ist eine

⁴⁰³ Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 1 Rn. 233.

vertragliche Nebenpflicht⁴⁰⁵. Neben der Schadenersatzpflicht des Auftraggebers besteht für den Auftraggeber auch die Möglichkeit, diese Nebenpflicht einzuklagen⁴⁰⁶. Dies entspricht dem Grundprinzip der selbständigen Durchsetzbarkeit von Auskunftspflichten⁴⁰⁷, zu denen auch die Pflicht aus § 4 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B gehört.

Die Pflicht zur Bedenkenanzeige aus § 6 Nr. 1 VOB/B wird als vertragliche Nebenpflicht qualifiziert, die zu Schadenersatzansprüchen aus pVV führen kann, wenn der eingetretene Schaden kausal auf der Pflichtverletzung beruht⁴⁰⁸. Sie hat eine Informationsfunktion, die den Auftraggeber in die Lage versetzen soll, Störungen des Bauablaufes rechtzeitig zu erkennen und Abhilfe zu schaffen. Dies bewirkt jedoch nicht, daß diese Pflicht in den Kreis der selbständigen Nebenpflichten eingeordnet werden könnte.

Die Pflicht des § 6 Nr. 1 VOB/B führt daneben auch zu einer Haftungserleichterung des Auftragnehmers, der sich durch die rechtzeitige Behinderungsanzeige von der Haftung für unverschuldete Leistungsverzögerungen befreien kann. § 6 Nr. 1 VOB/B ähnelt einem Gestaltungsrecht des Auftragnehmers⁴⁰⁹. Der Pflicht kommt kein vom Auftraggeber selbständig durchsetzbarer Eigenzweck zu, sondern sie dient dazu, die fristgerechte Erfüllung der Hauptleistungspflicht sicherzustellen.

Die Verpflichtung des Auftragnehmers gemäß § 15 Nr. 3 VOB/B Stundenlohnarbeiten vor Beginn anzuzeigen, ist eine vertragliche Nebenpflicht⁴¹⁰. Es handelt sich um eine Auskunftspflicht, die dem Auftraggeber die Kontrolle der Stundenlohnarbeiten ermöglichen soll. Als Auskunftspflicht, die dem Auftraggeber die Möglichkeit seines zukünftigen Eingreifens in das Baugeschehen geben soll, erfüllt sie einen Eigenzweck.

⁴⁰⁴ Heiermann/Riedl/Rusam B § 3 Rn. 11; Ingenstau/Korbion B § 3 Nr. 3 Rn. 43.

⁴⁰⁵ Nicklisch/Weick § 4 Rn. 122; Ingenstau/Korbion B § 4 Nr. 8 Rn. 427; Ganten/Jagenburg/Motzke § 4 Nr. 8 Rn. 62.

⁴⁰⁶ Ingenstau/Korbion B § 4 Nr. 8 Rn. 427; Ludwigs S. 156.

⁴⁰⁷ Ermann § 242 Rn. 55; Clemm BauR 1987, S. 613 mwN.

⁴⁰⁸ Heiermann/Riedl/Rusam B § 6 Rn. 8; Ganten/Jagenburg/Motzke § 6 Nr. 1 Rn. 7, 17.

⁴⁰⁹ Heiermann/Riedl/Rusam B § 6 Rn. 8.

Der Rechtscharakter der Abrechnungspflicht des Auftragnehmers gemäß § 14 Nr. 1 VOB/B ist umstritten. Während teilweise angenommen wird, es handle sich um eine Obliegenheit des Auftragnehmers⁴¹¹, geht die überwiegende Meinung von einer vertraglichen Nebenpflicht des Auftragnehmers aus⁴¹². Die Vorlage der Schlußrechnung kann für den Auftraggeber von Bedeutung sein, wenn er Überzahlungen durch geleistete Abschlagszahlungen fürchtet oder wenn das Bauwerk fremdfinanziert wird und Bereitstellungsinsen anfallen, weil die Bank mangels Vorlage der Rechnung keine Auszahlungen leistet. In diesen Fällen kommt der Vorlage der Rechnung ein Eigenzweck zu, der es rechtfertigt, sie als selbständige Nebenpflicht mit der Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung zu qualifizieren⁴¹³. Die Möglichkeit des Auftraggebers nach § 14 Nr. 4 VOB/B selbst die Schlußrechnung aufzustellen, steht dem nicht entgegen, weil der Auftraggeber häufig fachlich nicht in der Lage ist, das Bauvorhaben abzurechnen. Zwar werden dem Auftraggeber die ihm bei Rechnungserstellung entstandenen Kosten ersetzt, so daß sich der fachlich unerfahrene Bauherr professioneller Hilfe bedienen kann, doch enthält § 14 Nr. 4 VOB/B lediglich eine Wahlmöglichkeit des Auftraggebers, die keine Beeinträchtigung der Durchsetzbarkeit der Verpflichtung des Auftragnehmers aus § 14 Nr. 1 VOB/B enthält.

Die nicht ausdrücklich in der VOB/B genannten Hinweis- und Aufklärungspflichten des Auftragnehmers ergänzen die Hauptleistungspflicht und sichern den Leistungserfolg. Ihnen kommt keine eigenständige Bedeutung zu⁴¹⁴, so daß sie nicht selbständig einklagbar sind. Das gleiche gilt für die weiteren Schutz- und Obhutspflichten des Auftragnehmers, denen ebenfalls kein Eigenzweck zukommt.

⁴¹⁰ Ganten/Jagenburg/Motzke § 15 Nr. 3 Rn. 13; Ingenstau/Korbion B § 15 Nr. 3 Rn. 36; Nicklisch/Weick § 15 Rn. 24.

⁴¹¹ Trapp BauR 1979, S. 272; Ganten/Jagenburg/Motzke § 14 Nr. 1 Rn. 4.

⁴¹² LG Kiel BauR 1983, S. 581; OLG München NJW-RR 1987, S. 146; Nicklisch/Weick § 14 Rn. 5; Heiermann/Riedl/Rusam B § 14 Rn. 15; Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 200.

⁴¹³ OLG München NJW-RR 1987, S. 146; LG Aachen BauR 2001, S. 107; Nicklisch/Weick § 14 Rn. 5; aA Ganten/Jagenburg/Motzke § 14 Nr.1 Rn. 5.

⁴¹⁴ Ermann § 242 Rn. 54.

Im Gegensatz zur Durchsetzbarkeit der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, denen überwiegend eine eigenständige Bedeutung zukommt, die ihre Durchsetzbarkeit ermöglicht und sinnvoll erscheinen läßt, ist nur eine geringe Anzahl der Nebenpflichten des Auftragnehmers selbständig einklagbar. Die Nebenpflichten des Auftragnehmers dienen vielmehr der Ergänzung seiner Hauptleistungspflicht, indem sie zusätzliche Verhaltensanforderungen aufstellen. Im Vergleich zu einfacher strukturierten Vertragstypen ist erkennbar, daß die Hauptleistungspflicht des Auftragnehmers durch zahlreiche Nebenpflichten verstärkt werden, die der Information und dem Schutz des Auftraggebers dienen. Dennoch wird deutlich, daß die Nebenpflichten des Auftragnehmers vor allem der Absicherung und Ergänzung der Hauptleistungspflicht dienen, so daß sie in wesentlich geringerem Umfang charakteristisch für den Bauvertrag sind, als es die Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers sind.

III. Zusammenfassung des 1. Teiles

Die VOB/B hat die Besonderheiten des zwischen den Vertragsparteien des Bauvertrages bestehenden Verhältnisses aufgegriffen und in den zahlreich den Hauptleistungspflichten beigeordneten Verpflichtungen der Parteien zum Ausdruck gebracht. Dem Langzeit- und Rahmencharakter des Bauvertrages wurde dadurch Rechnung getragen, daß dem Auftraggeber in § 1 Nr. 3 und 1 Nr. 4 VOB/B das Recht gegeben wurde, Leistungsänderungen und Leistungserweiterungen einseitig anzuordnen, so daß der Auftraggeber unproblematisch auf Planänderungen reagieren kann. In diesem Falle wird der Auftraggeber in § 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 VOB/B zu Verhandlungen über die dem Auftragnehmer zustehende Mehrvergütung verpflichtet. Dieses Geflecht von Verpflichtungen rechtfertigt es, von einem Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts zu sprechen. Die Folgen mangelnder Verhandlungsbereitschaft haben nach der Rechtsprechung des BGH negative Auswirkungen auf die Ansprüche der Vertragsparteien. Der Vertragspartei, die durch ihr Verhalten die Verhandlungen zum Scheitern bringt oder keine Verhandlungsbereitschaft zeigt, kann die Durchsetzung ihres Anspruches verwehrt sein. Die bei der Anwendung der VOB/B Klauseln im Zusammenhang

mit Leistungsänderungen und Nachtragsforderungen bestehenden Schwierigkeiten sind darauf zurückzuführen, daß die VOB/B das bei der Verhandlung von Leistungsänderungen und Nachträgen anzuwendende Verfahren formell und inhaltlich nur wenig ausgestaltet⁴¹⁵.

Die Hauptleistungspflichten des Bauvertrages werden durch eine Vielzahl von Informations- und Auskunftspflichten ergänzt. Diese Pflichten hat der BGH in den „Kooperationsurteilen“ zum bestimmenden Merkmal des Kooperationsverhältnisses der Bauvertragsparteien erklärt. Die Rechtsprechung stellt auf den Zweck der jeweiligen Pflicht im Einzelfall ab, um diesen Informationspflichten klare Konturen zu geben. Insbesondere an die Informations- und Anzeigepflichten des Auftragnehmers werden durch die neuere Rechtsprechung inhaltlich höhere Anforderungen gestellt⁴¹⁶. Den Informationspflichten soll ein höherer Stellenwert im Bewußtsein der Vertragsparteien gegeben werden, um das in der Praxis vielfach gestörte Kommunikationsverhältnis der Parteien wiederherzustellen. Dies gilt insbesondere für die Informationspflichten, die wie die Behinderungsanzeige nach § 6 Nr. 1 VOB/B eine Warnfunktion haben. Wer die Informationspflichten nicht oder nicht entsprechend den inhaltlichen Vorgaben erfüllt, hat für die Folgen mangelnder Kenntnis der anderen Vertragspartei einzustehen.

Das Kooperationsprinzip wird im VOB/B Bauvertrag insbesondere durch zahlreiche dort geregelten Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers geprägt, die nach der hier vertretenen Auffassung überwiegend als vertragliche Nebenpflichten und nicht lediglich als Obliegenheiten einzuordnen sind.

Insgesamt geht die VOB/B von einem Vertragsmodell aus, das den Auftraggeber durch seine Planungs- und Koordinierungsverantwortung aktiv in die Ausführungsphase einbezieht. Die VOB/B versucht dadurch, möglichen Konflikten vorzubeugen und Verhandlungslösungen für Streitfälle herbeizuführen. Unterschiede zwischen den verschiedenen Interessenlagen auf Auftraggeberseite werden durch die VOB/B nicht gemacht. Die VOB/B legt den gleichen Maßstab unabhängig davon an, ob auf Auftraggeberseite eine

⁴¹⁵ Wirth Jhb. Baurecht 2002, S. 97.

Privatperson, ein Wirtschaftsunternehmen, die öffentliche Hand oder ein anderes Bauunternehmen steht. Das undifferenzierte Auftraggeberbild der VOB/B wird den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Durch die fehlende Berücksichtigung bestimmter Interessenlagen auf Auftraggeberseite kann die Regelung insgesamt unausgewogen werden und zusätzliches Konfliktpotential schaffen.

Die VOB/B ist speziell für das öffentliche Auftragswesen geschaffen worden. Dieser Zweck prägt die Vertragsstrukturen der VOB/B. Trotz der faktischen Bedeutung für den gesamten Bausektor sollte durch die VOB/B keine gleichermaßen interessengerechte standardisierte Regelung für das private Baurecht geschaffen werden⁴¹⁷. Die aus diesem Grunde bestehenden Mängel der VOB/B bei der Berücksichtigung verschiedener Interessen auf Auftraggeberseite werden nicht behoben werden können, sofern der DVA sein derzeitiges Selbstverständnis nicht ändert.

Die bestehenden rechtlichen Regelungen reichen nicht aus, um die Parteien auf das notwendige Maß an Kooperation zu verpflichten. Trotz bestehender Sanktionsmöglichkeiten der Verletzung der Kooperationsverpflichtung ist die Zahl der streitig endenden Bauverträge im Vergleich zu anderen typischen Vertragsarten überdurchschnittlich hoch. Allerdings weichen die diesbezüglichen Zahlenangaben in zugänglichen Veröffentlichungen teilweise erheblich voneinander ab⁴¹⁸. Teilweise wird der Anteil baurechtlicher Streitigkeiten an den landgerichtlichen Verfahren mit 30 bis nahezu 50 % angegeben⁴¹⁹. Dagegen beziffert das Statistische Bundesamt

⁴¹⁶ Quack in IBR 2000, S. 200.

⁴¹⁷ Kniffka/Quack FS 50 Jahre BGH S. 19; Lampe-Helbig in FS für Korbion S. 267.

⁴¹⁸ Eine verlässliche Statistik zu dieser Frage existiert nicht. Die erheblich voneinander abweichenden Zahlenangaben dürften in den Erhebungsmethoden begründet sein. Soweit statistische Angaben aufgrund der bei den Gerichten geführten Zählkarten erstellt wurden, geben diese die Realität oft nur unzureichend wieder, da Prozesse erst durch Widerklagen oder die Ausübung von Zurückbehaltungsrechten zu Bauprozessen werden können. Eine nachträgliche Auswertung der Verfahren wurde bislang aufgrund des damit verbundenen Aufwandes nicht vorgenommen. Die in diesem Text wiedergegebenen Angaben des OLG Dresden beruhen auf Schätzungen der Richter der sächsischen Langerichtsbezirke, die im Auftrag des OLG Dresden zusammengestellt wurden und die dem Verfasser freundlicherweise durch das OLG Dresden zur Verfügung gestellt wurden.

⁴¹⁹ BauR Beilage zu Heft 4/2001 S. 9, Voth BauR 1988, S. 666; Keilholz in FS für Korbion S. 207; Das OLG Dresden beziffert den Anteil baurechtlicher Streitigkeiten mit durchschnittlich 23 % bei den erstinstanzlichen landgerichtlichen Verfahren in Sachsen. Dagegen wird der

diesen Anteil mit durchschnittlich 6,5 %⁴²⁰, wobei allerdings erhebliche regionale Schwankungen zu verzeichnen sind⁴²¹. Der Anteil der Bauverträge an den vor Gericht behandelten Werkverträgen liegt nach allen Quellen bei ca. 90%⁴²². Auch wenn der Bausektor entgegen der öffentlichen Wahrnehmung möglicherweise weniger streitanfällig ist, ist der Anteil baurechtlicher Streitigkeiten an der Gesamttätigkeit der Gerichte gemessen an der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Bausektors⁴²³ sehr hoch. Es muß deshalb nach den Ursachen der Konfliktrichtigkeit des Bauens gesucht werden, um auf eventuelle Mängel der bestehenden Rechtslage rückschließen zu können.

Neben dem in der VOB/B angelegten undifferenzierten Auftraggeberbild besteht ein Mangel der Regelung darin, daß durch die VOB/B keine Verknüpfung der Einzelverträge der am Bau beteiligten Unternehmer und Sonderfachleute geschaffen wird. Insbesondere die Beziehung der neben- und nacheinander tätigen Unternehmer bleibt ungeregelt. Die starke Rolle des Auftraggebers wird an dieser Regelung deutlich, da alle vertraglichen Beziehungen bei ihm zusammenlaufen und von ihm koordiniert werden müssen. Die Koordinationspflicht des Auftraggebers ist jedoch nicht so ausgeprägt, daß das Kommunikations- und Abstimmungsbedürfnis der Beteiligten befriedigt wird. Diese Situation ließe sich in der bestehenden Regelung dadurch lösen, wenn die Position des Auftraggebers weiter verstärkt wird, so daß dieser dafür verantwortlich ist, die notwendige Kommunikation herzustellen. Dafür müßten die einzelnen Unternehmer als Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers im Verhältnis zu anderen Unternehmern angesehen werden.

Anteil baurechtlicher Verfahren bei den Landgerichten in erster Instanz durch das Statistische Bundesamt, VII C – 8.11, mit lediglich 7,24 % (1998) angegeben.

⁴²⁰ Statistisches Bundesamt, Zivilgerichte 1998, VII C - 8.11, die Statistik wertet die Daten der Geschäftsstellen der jeweiligen Gerichte aus und berücksichtigt auch baurechtliche Zahlungsklagen.

⁴²¹ Bis zu 18 % in bayrischen Gerichtsbezirken, über 15 % in Sachsen, aber nur 0,4 % in Hamburg oder 1,6 % in Düsseldorf; nach Angaben des OLG Dresden liegt der Anteil in einigen Gerichtsbezirken bei ca. 40%.

⁴²² Nicklisch JZ 1984, S. 758; Voth BauR 1988, S. 666; Keilholz in FS für Korbion S. 207.

⁴²³ Anteil des Bausektors am BIP 1980 12 %; 1985 11%; 1990 10%; 1995 11,8%; 1999 10,7%, aus Norm S.I.A./Dez. 2000 Teil 2 5.2.2. S. 16.

2. Teil - Ursachen mangelnder Kooperation

I. Konfliktrichtigkeit des Bauens

Mangelnde Kooperation ist nicht in erster Linie durch fehlende oder unzureichende rechtliche Regelungen zu erklären. Eine Anzahl tatsächlicher Gründe bedingen die Streit anfälligkeit des Bauvertrages und erschweren die Kooperation der Bauvertragsparteien.

Die Konfliktrichtigkeit von Bauverträgen hängt in erster Linie mit den weiter oben dargestellten strukturellen Merkmalen des Bauvertrages, insbesondere seinem Langzeit- und Rahmencharakter, zusammen. Diese Merkmale unterscheiden den Bauvertrag von anderen Verträgen, bei denen das Risiko von Leistungsänderungen während der Vertragsdurchführung gering ist. Unvorhergesehene Ereignisse, wie Baugrundrisiken, oder Witterungseinflüsse, beeinflussen den Bauablauf und erschweren die praktische und technische Umsetzung des Bauvorhabens. Häufig notwendig werdende Planänderungen führen zu Änderungen der Leistungen und damit zu Preisänderungen. Diese führen zu finanziellen Mehrbelastungen des Auftraggebers und beinhalten zusätzliches Konfliktpotential. Die tatsächlichen Baukosten liegen oft 250 – 300 % über dem Ausschreibungsvolumen. Die Ursachen dieser Kostenüberschreitung sind verschieden. Nicht beeinflussbare Faktoren wie Witterungseinflüsse, Gesetzesänderungen oder Streiks beeinflussen die Baukosten ebenso wie Faktoren, die von den Parteien beeinflusst werden können. Zu letzteren gehören die Planung, Leistungsänderungen und eine effektive Bauleitung. Untersuchungen haben gezeigt, daß es gerade die beeinflussbaren Faktoren sind, die den erhöhten Kostenaufwand am Bau verursachen⁴²⁴.

Der Bauherr versucht regelmäßig, berechnete und unberechnete Nachforderungen abzuwehren, um seine Finanzierung zu retten. Gelingt ihm dies nicht, kann er versuchen, den Architekten wegen ungenügender Planung

und Ausschreibung zur Verantwortung zu ziehen, wenn Fehler der Planung die Mehrforderungen bedingen. Dieser wird dann seinerseits die Rechnungen des Auftragnehmers streng prüfen, um durch Kürzungen wieder den ursprünglichen Vertragspreis zu erreichen. Die werkvertraglich festgelegte Vorleistungspflicht des Auftragnehmers trägt insbesondere bei Nachträgen Konfliktpotential in den Vertrag, da der Auftragnehmer die Bauleistung im Regelfall bereits erbracht hat, wenn es zum Streit über die Vergütung kommt. Eine rechtzeitige Verständigung über die zu zahlende Vergütung ist wesentliche Voraussetzung eines kooperativen Zusammenwirkens der Parteien⁴²⁵. Hinzu kommt die Notwendigkeit einer korrekten Planung, die unnötige Nachträge vermeidet und damit die Situationen verringert, in denen die ursprünglich vereinbarten Vertragsbedingungen neu verhandelt werden müssen.

Weiteres Konfliktpotential ist in dem notwendigen Zusammentreffen mehrerer Firmen auf der Baustelle enthalten, die sich gegenseitig behindern. Oder es kommt durch den Einsatz mehrerer Auftragnehmer auf der Baustelle zu Mängeln während der Ausführung. Kommt es dann tatsächlich zu Behinderungen oder Mängeln, findet sich ohne Streit niemand bereit, die Verantwortung dafür zu übernehmen.

Ein tatsächliches Problem, das eine Ursache mangelhafter Kooperationsbereitschaft der Vertragsparteien darstellt, ist der sprichwörtliche „Pfusch am Bau“. Kaum ein Bauvorhaben läuft ab, ohne das mehr oder weniger erhebliche Mängel auftreten⁴²⁶. Der technische Fortschritt, der sich in der Bauwirtschaft durch neue Bauprodukte und veränderte Verarbeitungsvarianten bemerkbar macht, hat dieses Problem nicht gelöst. Für den Zweck dieser Untersuchung sind insbesondere die Mängel relevant, die bereits während der Ausführungsphase, also noch vor Abnahme festgestellt werden. Aus zugänglichen Veröffentlichungen sind keine verlässlichen Erhebungen über diese Mängel vorhanden. Aus dem 3. Bauschadensbericht der

⁴²⁴ Kohl Berliner Anwaltsblatt 1999, S. 472 f; Voth BauR 1988, S. 669 der Planungsschäden mit 13 – 57 % und Ausführungsschäden mit 37 – 58 % angibt.

⁴²⁵ Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 84.

⁴²⁶ Kohl Berliner Anwaltsblatt 1999, S. 474.

Bundesregierung⁴²⁷ geht hervor, daß sich die deutsche Bauwirtschaft einem jährlichen Schadensvolumen von ca. 6,7 Mrd. DM pro Jahr ausgesetzt sieht. 80 % aller Schadensfälle treten in den ersten fünf Jahren nach Fertigstellung auf, wobei 2/3 davon innerhalb der ersten beiden Jahre zu verzeichnen sind⁴²⁸. Die Mängelhäufigkeit nimmt nach Ablauf der ersten fünf Jahre nach Fertigstellung erheblich ab. Es ist zu vermuten, daß eine Vielzahl von Mängeln während der Bauphase festgestellt werden können, die dann im Rahmen des Erfüllungsanspruches des Auftraggebers durch den Auftragnehmer beseitigt werden. Weigert sich der Auftragnehmer, die Mängel anzuerkennen und zu beseitigen, oder benutzt der Auftraggeber die Mängelabwehr unberechtigt dazu, Rechnungen des Auftragnehmers zu kürzen, kann ein Einvernehmen der Vertragsparteien nicht mehr erwartet werden.

Streitursachen, die auf tatsächliche, in der Natur des Bauens begründete Umstände zurückgeführt werden können, sind auftretende Mängel und Veränderungen des Leistungsumfanges oder der Preisgrundlagen während der Vertragsdurchführung.

II. Wirtschaftliche Rahmenbedingungen

Eine wichtige Rahmenbedingung der Kooperation zwischen den Vertragsparteien sind die wirtschaftlichen Verhältnisse, denen die Bauvertragsparteien unterworfen sind. Eine gesunde wirtschaftliche Situation der beteiligten Unternehmen, die im Stande sind, die geschuldete Vorleistung auszuführen, faire Preise, die der Auftraggeber bereit und in der Lage ist zu bezahlen und die Fähigkeit beider Seiten, notwendige Mehrleistungen oder Nacharbeiten wirtschaftlich durchzustehen und zu bezahlen, sind notwendige Voraussetzungen für ein einvernehmliches Verhältnis der Parteien. Im Rahmen dieser Arbeit muß deshalb auf die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der deutschen Bauwirtschaft eingegangen werden.

⁴²⁷ BT/Drucks. 13/3593 vom 25. Januar 1996, der 4. Bauschadensbericht wird laut Auskunft der Bundesregierung im Jahre 2003/2004 erwartet.

⁴²⁸ BT/Drucks. 13/3593 S. 30.

1. Entwicklungstendenzen

Das Vertragsmodell der VOB stimmt in mancher Hinsicht nicht mehr mit der wirtschaftlichen Realität überein. Dies gilt vor allem für den privaten Bausektor aber auch für öffentliche Bauvorhaben, für den die VOB/B vor allem konzipiert ist. Die aktive Einbeziehung des Auftraggebers in den Bauablauf stimmt nicht mit dem Nachfrageverhalten der Auftraggeber überein, das sich in den vergangenen Jahren stark geändert hat. Die Wirtschaft mußte darauf reagieren und sich durch neue Produkte und Leistungen, sowie durch veränderte Vertragsstrukturen und Unternehmereinsatzformen anpassen.

Der Bauherr als Finanzier des Bauvorhabens hat in der Regel kein eigenes Interesse daran, die ihm durch die VOB/B übertragenen Verpflichtungen während der Vertragsdurchführung und die damit verbundene Verantwortung zu übernehmen. Planungs-, Koordinierungs- und sonstige Mitwirkungspflichten sind für den Auftraggeber, dessen primäres Interesse es ist, das fertiggestellte Bauwerk in Gebrauch zu nehmen, lästige Begleiterscheinungen der Baumaßnahme⁴²⁹. Diese Tatsache führt zu veränderten Ansprüchen der Auftraggeber, die aufgrund ihrer – bedingt durch die anhaltend schlechte konjunkturelle Lage der Bauwirtschaft⁴³⁰ – starken Position, ihren Vorstellungen entsprechende Angebote erwarten und durchsetzen können⁴³¹.

Eine Möglichkeit des Auftraggebers, sich der Planungs- und Koordinierungsverantwortung weitestgehend zu entledigen ist die sog. funktionale Ausschreibung⁴³², bei der der Auftraggeber statt einer detaillierten Planung nur den Rahmen der gewünschten Bauleistung vorgibt und die

⁴²⁹ Gralla S. 47; Eschenbruch NZBau 2001, S. 585.

⁴³⁰ Vgl. Berichte in BW Heft 1/1995 S. 6; Heft 5/1995 S. 14; Heft 8/1995 S. 44; Heft 2/1998 S. 34; Heft 3/1999 S. 10; Heft 9/1999 S. 10; Heft 2/2000 S. 12; Heft 2/2001 S. 12; Heft 4/2001 S. 12; Baumarkt + Bauwirtschaft Heft 3/2002, S. 14; Heft 4/2002, S. 14; Linden in BW Heft 4/2001 S. 10 spricht von einem möglichen Dauerzustand; BW Heft 6/2001, S. 12.

⁴³¹ Weißfels Baumarkt + Bauwirtschaft Heft 2/2002, S. 23.

⁴³² Im Gegensatz zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis gemäß § 9 Nr. 6 VOB/A handelt es sich bei der funktionalen Leistungsbeschreibung um die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm gemäß § 9 Nr. 10 bis 12 VOB/A.

Detailplanung dem Auftragnehmer überläßt⁴³³. Die funktionale Ausschreibung kann für das gesamte Bauwerk oder für Teilleistungen davon angewandt werden. Der Auftraggeber ist vor allem an der Funktion der Immobilie interessiert, die er fertig hergestellt für seine Zwecke in Gebrauch nehmen will. Die Probleme und Risiken des Planungs- und Herstellungsprozesses kann der Auftraggeber auf diese Weise auf den Auftragnehmer verlagern. Der Auftraggeber erlangt Entlastung durch geringeren Vergabe-, Planungs- und Koordinierungsaufwand und frühe Kostensicherheit. Zudem verringert er sein Schnittstellenrisiko, da er sich nur noch einem einzigen Ansprechpartner gegenüber sieht. Die unverkennbaren Vorteile des Auftraggebers konzentrieren sich auf den Bereich der eigenen Risikominimierung. Diese Ausschreibungsvariante, die nach der Konzeption der VOB/A bei öffentlichen Bauvorhaben nur einen begrenzten Anwendungsbereich haben soll⁴³⁴, findet bei steigender Tendenz heute bereits bei mehr als 30 % aller Bauvorhaben Anwendung⁴³⁵.

Für die Auftragnehmer erhöhen sich durch Verträge mit funktionaler Leistungsbeschreibung die Risiken und die Kosten des einzelnen Vertrages erheblich. Der Auftragnehmer übernimmt das Planungs-, das Mengen- und das Koordinationsrisiko, die sämtlich schlecht in die Anfangskalkulation einbezogen werden können⁴³⁶. Die durch die Auftragnehmer zu erbringenden Planungsleistungen sind kostenintensiv und die Auftragnehmer übernehmen neben dem Erfolgs- und Preisrisiko für ihre Bauleistung auch das Risiko der Vollständigkeit und Richtigkeit der Planung.

Nicht zu übersehen sind aber auch die unternehmerischen Chancen, die mittels funktionaler Leistungsbeschreibung verwirklicht werden können. Durch den Einbezug des Auftragnehmers in die Planung des Vorhabens wird zu einem frühen Zeitpunkt dessen fachliche Kompetenz in die Bauvorbereitung

⁴³³ Ingenstau/Korbion A § 9 Nr. 10 Rn. 128; Oberhauser S. 86; Döring in FS für Vygen S. 175.

⁴³⁴ Ingenstau/Korbion A § 9 Nr. 10 Rn. 128.

⁴³⁵ BW 6/1998 S. 43; Bericht über den 3. Deutschen I.I.R. Baukongreß 1998 in Wiesbaden; Oberhauser S. 87 gibt an, daß 38 von 100 Verträgen mittels funktionaler Leistungsbeschreibung vergeben werden.

⁴³⁶ Döring in FS für Vygen S. 180; Schelle in FS für Vygen S.129.

einbezogen. Das Schnittstellenrisiko zwischen Planung und Ausführbarkeit kann reduziert werden, so daß insgesamt Kosten reduziert werden können.

Als Folge dieser Tendenz werden im Zusammenhang mit der funktionalen Leistungsbeschreibung überwiegend Pauschalpreisverträge abgeschlossen⁴³⁷, bei denen der Auftragnehmer für die ausgeschriebene Bauleistung einen von Anfang an feststehenden Vertragspreis erhält. Wird der Pauschalpreisvertrag mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung verbunden, besteht für den Auftragnehmer ein erhebliches Kalkulationsrisiko, da er durch die übernommene Planungsverantwortung keinen Anspruch auf Mehrvergütung hat, wenn es zu späteren Leistungsänderungen kommt. Neben dem Abschluß eines Pauschalpreisvertrages ist der Auftraggeber auch daran interessiert, das Bauvorhaben als Gesamtleistung und nicht in einzelnen Fachlosen zu vergeben. Auf diese Weise kann er seinen eigenen Aufwand maximal reduzieren und zudem erwarten, durch die Reduzierung des Schnittstellenrisikos im Planungsbereich Kostenvorteile zu erzielen.

In ca. 50% aller Bauverträge verpflichten sich die Auftragnehmer zum Schlüsselfertigbau⁴³⁸, d.h. der Auftragnehmer übernimmt sämtliche Lieferungen, Leistungen und Nebenleistungen, die zur mängelfreien, funktionsgerechten, gebrauchts- und schlüsselfertigen Herstellung des Werkes erforderlich sind. Auch diese Verträge werden häufig als Pauschalpreisverträge mit funktionaler Leistungsbeschreibung vergeben⁴³⁹. Es werden in diesen Fällen Generalübernehmer oder Generalunternehmer zwischengeschaltet, die leistungsfähig genug sind, die Planungs- und Koordinierungsverantwortung zu übernehmen. Der Generalunternehmervertrag ist einer der in Deutschland am häufigsten verwandten Vertragstypen, der es dem Bauherrn ermöglichen soll, sein eigenes Koordinierungsrisiko zu verringern. Kostenvorteile des Auftraggebers dürften bei dieser Art der Vertragsgestaltung nach neueren Untersuchungen nicht gegeben sein. Bei Parallelausschreibungen, d.h. die

⁴³⁷ Oberhauser S. 82 geht von 82 Pauschalpreisverträgen unter 100 Bauverträgen aus; Vgl. auch Döring FS für Vygen S. 178.

⁴³⁸ Vgl. BWI-Bau 1999, S. 58 geht für den gesamten Bausektor von ca. 20% aus, wobei die Zahlen im Hochbau mit über 50% angegeben werden. Dies wird durch die Jhb. Baurecht 2002, S. 392 veröffentlichte Statistik des BWI-Bau über den Hochbausektor in Nordrhein-Westfalen bestätigt. Oberhauser S. 84 geht sogar von 72 % aller Verträge aus.

gleiche Bauleistung wird sowohl in Einzellosen als auch als Gesamtleistung ausgeschrieben, wurde festgestellt, daß die Einzellosvergabe durchschnittlich 10 % billiger ist als die Gesamtvergabe⁴⁴⁰. Der Trend zur Anwendung des Generalunternehmervertrages kann lediglich durch einen reduzierten Aufwand auf Auftraggeberseite für Organisation, Koordination und Überwachung und durch die Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer nicht aber aus Kostengründen erklärt werden.

2. Wirtschaftliche Auswirkungen

Diese Tendenz bewirkt – neben anderen Faktoren – eine Veränderung der Struktur der deutschen Bauwirtschaft. Das traditionelle Nebeneinander von Großbetrieben auf der einen und kleineren Betrieben auf der anderen Seite, die jeweils für unterschiedliche Projekte in Frage kommen und demzufolge nicht in unmittelbarer Konkurrenz zueinander stehen, läßt sich nicht mehr aufrecht erhalten. Dies ist zusätzlich auf die seit Jahren anhaltend schlechte konjunkturelle Lage im Bausektor zurückzuführen, die sich insbesondere in einem Rückgang der Auftragszahlen im Wirtschafts- und öffentlichen Bau bemerkbar macht, auf den sich die Großbetriebe bislang konzentriert haben⁴⁴¹.

Die deutsche Bauwirtschaft ist traditionell durch den Mittelstand, kleinere und kleinste Baubetriebe geprägt. 50 % der Baubetriebe Deutschlands haben lediglich bis zu 49 Beschäftigte, weitere 23 % entfallen auf Betriebe mit bis zu 200 Beschäftigten⁴⁴². Der Anteil der Großbetriebe, mit mehr als 200

⁴³⁹ Oberhauser S. 82.

⁴⁴⁰ Hatzmann IBR 2001, S. 292; Eschenbruch NZBau 2001, S. 585.

⁴⁴¹ BW Heft 2/2000 S. 12; Heft 12/2000 S. 13; Heft 2/2001 S. 12; Stütze der Bauwirtschaft ist demnach der Wohnungsbau, in dem vorwiegend kleinere Unternehmen tätig sind. Auch in diesem Bereich ist jedoch ein Rückgang der Auftragseingänge festzustellen. Insbesondere in den neuen Bundesländern ist der Wohnungsmarkt in den Jahren nach 1996 zusammengebrochen (BW Heft 2/2001 S. 12; vgl. auch OLG Dresden AZ: 4 U 3169/97, Urteil vom 22. Juni 2000).

⁴⁴² BW Heft 9/1999 S. 11; 1980 lag der Anteil der kleinen Betriebe mit einer Zahl von 725.880 bei 50,8%, diese Zahl erhöhte sich bis 1997 auf 55,4% bei einem Rückgang der Anzahl dieser Betriebe auf 484.930. Bei den Betrieben mit 50 – 199 Beschäftigten lag der Anteil 1980 mit 354.448 Betrieben bei 24,9 % und ging bis 1997 mit 199.826 Betrieben auf 22,8 % zurück. Vgl. auch Glatzel in FS für von Craushaar S. 342.

Beschäftigten, liegt dagegen bei ca. 20 %⁴⁴³. Die prozentuale Zusammensetzung des Marktes ist über die Jahre bei Abnahme der absoluten Anzahl der Baubetriebe als Folge der andauernden Rezession im Bausektor⁴⁴⁴ relativ konstant geblieben.

Diese strukturellen Tatsachen haben Auswirkungen auf die organisatorischen Voraussetzungen der einzelnen Betriebe, die auf die veränderten Marktanforderungen reagieren müssen. Leistungsfähige Unternehmen, die eher unter den Großbetrieben zu finden sind, bieten neben der reinen Bauausführung zunehmend zusätzliche Dienstleistungen, wie die Generalunternehmertätigkeit, die Projekt- und Systementwicklung, Systemangebote und Totalunternehmerleistungen bis hin zum Betreiben von Bauanlagen an⁴⁴⁵. Die wenigsten Unternehmen kleiner und mittlerer Größe sind mit ihren technischen, fachlichen und finanziellen Möglichkeiten in der Lage, den geänderten Auftraggeberanforderungen der funktionalen Ausschreibung und des Schlüsselfertigbaus zu genügen⁴⁴⁶. Sie kommen aus diesem Grunde als Nach- oder Subunternehmer größerer als Generalunternehmer auftretender Konkurrenten in Betracht⁴⁴⁷. Der Generalunternehmer übernimmt als Auftraggeber die Erstellung des gesamten Bauwerks oder wesentlicher Teile davon⁴⁴⁸. Er kann Leistungen selbst oder durch Nach- bzw. Subunternehmer erbringen. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, daß der Generalunternehmer einen Anteil von ca. 30% der Bauleistung selbst erbringt⁴⁴⁹. Ob dies noch der Realität entspricht, ist zweifelhaft. Tatsächlich wird der Anteil der eigenen Bauleistung des Generalunternehmers geringer sein. Funktion und Vorteil des Einsatzes eines Generalunternehmers ist es nicht in erster Linie, die Bauleistung

⁴⁴³ BW aaO, 1980 lag der Anteil mit 347.214 Betrieben bei 24,3 %; 1997 mit 190.358 bei nur noch 21,8 %; In diesem Marktsegment besteht die Gefahr der Kartellbildung, vgl. Linden BW Heft 6/2001, S. 12.

⁴⁴⁴ Vgl. zu den Insolvenzfällen in der Bauwirtschaft BW Heft 2/98 S. 34; Heft 11/1995 S. 56. Die Insolvenzen im Bausektor haben seit 1990 ständig zugenommen und sind im Vergleich zu anderen Wirtschaftszweigen überdurchschnittlich hoch.

⁴⁴⁵ Refisch BWI-Bau 1992, S. 4; ders. in BWI-Bau 1993, S. 2.

⁴⁴⁶ Gralla S. 73.

⁴⁴⁷ Oberhauser S. 118 stellt einen Anteil des Generalunternehmereinsatzes von 81 % der von ihr untersuchten Verträge fest.

⁴⁴⁸ Vygen Bauvertragsrecht S. 17; Oberhauser S. 119.

⁴⁴⁹ Insbesondere im öffentlichen Vergabeverfahren werden Generalunternehmer, die weniger als 30% der Bauleistung im eigenen Betrieb erbringen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen; OLG Frankfurt BauR 2000, S. 1595; OLG Düsseldorf BauR 2000, S. 1640; BauR 2000, S. 1623; OLG Bremen BauR 2001, S. 94.

in einer Hand zu bündeln, sondern der Generalunternehmer übernimmt die Koordinierungsverantwortung des Bauherrn. Aus diesem Grunde wird die klare Trennung von Generalunternehmern und Generalübernehmern, die keinerlei Bauleistungen selbst erbringen, sondern ausschließlich Planungs-, Koordinierungs- und Managementleistungen anbieten⁴⁵⁰, durchbrochen.

Die als Generalunternehmer tätigen Unternehmen setzen für die Ausführung der Bauleistung zu einem großen Teil Subunternehmer ein. Dies kommt in der Kostenstruktur der Unternehmen zum Ausdruck. Die Kosten von Großunternehmen, d.h. von Unternehmen mit mehr als 1000 Beschäftigten bestehen zu 49,0 % aus Nachunternehmerleistungen, dagegen nur zu 24,1 % aus eigenen Personalkosten. Kleinere Unternehmen haben nur einen Nachunternehmerkostenanteil von 16,4 %, aber einen eigenen Personalkostenanteil von 39,4 %⁴⁵¹. Das bedeutet, dass größere Unternehmen einen immer geringeren Anteil der Produktion selbst erbringen und den weitaus größeren Teil an Subunternehmer weitergeben. Das ist für diese Unternehmen kostengünstiger und erlaubt ihnen, Teile des übernommenen Risikos auf den Nachunternehmer zu verlagern.

Die Vielzahl kleinerer Unternehmen, die einen großen Anteil an eigenen, regelmäßig anfallenden Personalkosten zu tragen haben, verfügen über eine geringe Eigenkapitalquote⁴⁵². Sie zählen im Preiswettbewerb regelmäßig zu den Verlierern, so daß sie gezwungen sind, Preise zu akzeptieren, die nahezu keinen Gewinnanteil enthalten. Durch die Abhängigkeit von Generalunternehmern, die die Leistung quasi aus zweiter Hand vergeben, sind sie von einem fairen und transparenten Wettbewerb ausgeschlossen⁴⁵³. Aufgrund der anhaltenden Rezession der Bauwirtschaft, die sich in einem generellen Auftragsrückgang bemerkbar macht, akzeptieren viele Unternehmen Aufträge, bei denen sie nichts oder kaum etwas verdienen können, nur um ihren Betrieb aufrecht zu erhalten. Diese Unternehmen sehen sich zusätzlich der

⁴⁵⁰ BGH NJW 1978, S. 1054; Oberhauser S. 121; Gralla S. 48.

⁴⁵¹ BW Heft 5/1999 S.10; Heft 8/1999 S. 10; Heft 1/2001 S. 12; Baumarkt + Bauwirtschaft Heft 1/2002, S. 15.

⁴⁵² Unter 10% bei über 40% der Baufirmen, BW Heft 7-8/2001, 13; Linden in BW Heft 5/2000 S. 12; Refisch BIW 1992, S. 5.

⁴⁵³ Schelle in FS für Vygen S. 129.

Konkurrenz ausländischer Baufirmen ausgesetzt, die ihre Leistungen teilweise zu wesentlich günstigeren wirtschaftlichen Bedingungen anbieten können, was zu einer weiteren Verschärfung des Preiswettbewerbs beiträgt⁴⁵⁴. Die Baupreise sind demzufolge seit Jahren unter Druck, so daß bei den meisten Gewerken ein realer Preisrückgang festzustellen ist⁴⁵⁵.

Aufgrund des zu beobachtenden verheerenden Preiskampfes um Aufträge sind in der Praxis wirtschaftlich nicht sinnvolle Erscheinungen zu beobachten, die nur durch ein Marktversagen erklärt werden können. Bauleistung werden teilweise in einer Kette von einem Subauftragnehmer zu einem jeweils geringeren Preis vergeben. Der zwischengeschaltete Unternehmer hat nichts weiter zu tun, als einen anderen Auftragnehmer zu finden, der die gleiche Bauleistung billiger ausführt. Eine häufig beklagte Folge dieser Preisentwicklung im Bauwesen ist, daß Bauunternehmer, die gezwungen sind, derart niedrige Vertragspreise anzubieten, über Behinderungsanzeigen und Nachtragsforderungen versuchen, wirtschaftliche Vorteile zu erzielen und den Vertrag nachträglich in die Gewinnzone zu manövrieren⁴⁵⁶. Die Folge sind Konflikte, die zu wirtschaftlichen Nachteilen auf beiden Seiten führen.

Eine wirtschaftliche Trendwende ist nicht in Sicht. Anzeichen für eine wesentliche Steigerung der Nachfrage sind nicht ersichtlich, so daß eine wirtschaftliche Erholung des Bausektors langfristig nur durch einen weiteren Abbau der Kapazitäten verbunden mit einem langsamen Anstieg der Preise zu erwarten ist. Dabei wird es sich um einen langfristigen Prozeß handeln, der im Zusammenhang mit der Integration mittel- und osteuropäischer Staaten in den europäischen Binnenmarkt gesehen werden muß⁴⁵⁷. Bauunternehmen werden sich zukünftig umorientieren müssen. Die eigene Produktion der Unternehmen wird nicht mehr das einzige Betätigungsfeld eines erfolgreichen Bauunternehmens sein können, sondern Bauunternehmen werden umfassende

⁴⁵⁴ Diederichs/Getto/Vohmann in BW Heft 6/2000 S. 36; Möller IBR 2000, S. 348; Heiermann Baumarkt + Bauwirtschaft Heft 1/2002, S. 28. Abhilfe soll jetzt in gewissen Umfang die gesetzlich eingeführte Bauabzugsbesteuerung bringen (BT/Drucks. 14/4658, S. 8), vgl. dazu Stickan/Martin in Betrieb 2001, S. 1441 ff. Ob sich dieses Gesetz tatsächlich positiv auf die Entwicklung der Bauwirtschaft auswirken wird oder nur zusätzlichen Verwaltungsaufwand der Betriebe verursachen wird, bleibt abzuwarten.

⁴⁵⁵ BW Heft 7/2000 S. 14; BWI Daten zum Baugeschehen 2000, S. 75.

⁴⁵⁶ Schlapka BauR 2001, S. 1646 f; Wirth Jhb. Baurecht 2002, S. 87.

Dienstleistungen anbieten müssen, die über die reine Bauleistung hinausgehen⁴⁵⁸.

Aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Unternehmer von größeren Konkurrenten werden nicht nur die wirtschaftlichen Bedingungen des Vertrages, sondern auch dessen rechtliche Regelungen diktiert. Der Generalunternehmer wird selten die unveränderte VOB/B zum Gegenstand seines Vertrages machen. Vielmehr wird er versuchen, die vertraglichen Bedingungen des Nachunternehmers, insbesondere in Bezug auf Gewährleistung, Vertragsstrafe und Zahlungen gegenüber seinen eigenen Vertragsbedingungen mit dem Auftraggeber zu seinem Vorteil zu verändern. Aufgrund seiner wirtschaftlich starken Stellung wird ihm dies häufig gelingen.

Verschärft wird die dadurch bedingte wirtschaftliche Situation der einzelnen Unternehmen durch die häufig schlechte Zahlungsmoral vieler Auftraggeber⁴⁵⁹. Insbesondere Generalunternehmer, die als Auftraggeber gegenüber ihren Nachunternehmern zur Zahlung verpflichtet sind, bezahlen fällige Rechnungen sehr spät.

Der Generalunternehmer oder auch der Generalübernehmer ist aufgrund des ihm vom Bauherrn vorgegebenen Pauschalpreises gezwungen, preisliche und terminliche Vorgaben genau einzuhalten. Die Unternehmen werden kaum bereit sein, über Terminverlängerungen, Baubehinderungen und vor allem Mehrvergütungsansprüche ernsthafte Verhandlungen zu führen. Der Interessengegensatz zwischen dem Generalübernehmer oder dem Generalunternehmer einerseits und den Subunternehmern andererseits dürfte aus diesen wirtschaftlichen Gründen stärker ausgebildet sein, als es in der von der VOB vorgesehenen vertraglichen Situation der Einzellosvergabe der Fall ist. Der Auftraggeber nach dem Vertragsmodell der VOB ist auf die fachliche Kompetenz des einzelnen Unternehmers angewiesen. Er benötigt neben der

⁴⁵⁷ Jacobs BW Heft 5/2001, S. 26.

⁴⁵⁸ Jacobs aaO.

⁴⁵⁹ BW Heft 4/2000 Zahlungseingang bei Schlussrechnungen durchschnittlich nach 65 – 95 Tagen. Ähnliche Ergebnisse ergab eine Umfrage des BWI Bau Düsseldorf im Januar 1999. 75 % aller Unternehmen haben Erfahrungen mit schlecht zahlenden Auftraggebern gemacht, BW Heft 7-8/2001, S. 14.

reinen Bauleistung auch Planungs-, Beratungs- und sonstige Hilfsleistungen, die ihn zu verstärkter Kommunikation mit dem einzelnen Auftragnehmer zwingen. Der Generalunternehmer ist selbst fachlich kompetent und daher ausschließlich an der reinen Bauleistung interessiert, die er im eigenen finanziellen Interesse möglichst schnell und billig erlangen möchte. Eine Interessenkongruenz zwischen Generalunternehmern und Subunternehmern gegenüber den Interessen des Bauherrn ist nicht gegeben⁴⁶⁰.

3. Zusammenfassung

Die anhaltend schlechte konjunkturelle Lage der deutschen Bauwirtschaft und der dadurch bedingte ruinöse Preiswettbewerb sind Ursachen für mangelnde Kooperationsbereitschaft der Bauvertragsparteien. Diese wirtschaftlichen Komponenten werden in der rechtlichen Regelung nicht berücksichtigt. Den Kräften des Marktes wird freier Raum gelassen. Es ist zwar nicht Aufgabe des Rechts, sich an möglicherweise nur zeitweisen konjunkturellen Erscheinungen zu orientieren und wirtschaftliches Krisenmanagement zu ermöglichen. Die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes können andererseits bei der Diskussion des Kooperationsproblems aus rechtlicher Sicht nicht ignoriert werden.

Als ökonomische Faktoren, die zu mangelnder Kooperation der Bauvertragsparteien führen, sind die schlechte Zahlungsmoral der Auftraggeber, der verschärfte Wettbewerb und die unter Druck befindlichen Baupreise zu nennen. Hinzu kommen Strukturveränderungen in der deutschen Bauwirtschaft, auf die seitens der Unternehmen nicht ausreichend reagiert wurde. Bestehende Vertragsstrukturen müssen den veränderten wirtschaftlichen Bedingungen angepaßt werden.

⁴⁶⁰ aA offenbar Moeser ZfBR 1997, S. 115; instruktiv Pfeiffer/Neumann/Malkwitz/Horvath Baumarkt + Bauwirtschaft Heft 3/2002, S. 42 f..

3. Teil – Lösungen anderer Vertragsordnungen

Nicht nur in Deutschland hat der Kooperationsgedanke die Ausgestaltung des Vertragsrechts und insbesondere des Bauvertragsrechts beeinflusst. Die Konfliktlagen des Baugeschehens sind unabhängig vom Herstellungsort gleich. Jede Vertragsordnung versucht, eine angemessene Lösung dieser Situationen zu finden.

In diesem Teil der Arbeit werden internationale standardisierte Vertragsordnungen und Vertragsformen für Bauleistungen dahingehend untersucht, ob sie eine insgesamt ausgewogenere Regelung oder aber besonders gelungene Einzelregelungen für die Gewährleistung des Kooperationsverhältnisses der Bauvertragsparteien aus rechtlicher Sicht enthalten, die geeignete Alternativen für die aufgezeigten Mängel der VOB/B darstellen. Ausgewählt wurden Vertragsbedingungen, die für deutsche Bauunternehmen unmittelbar anwendbar sein können. Zusätzlich werden das Vertragsrecht der DDR und die schwedischen Standardvertragsbedingungen für Bauverträge vorgestellt, da diese Vertragsordnungen in besonderer Weise dem Kooperationsgedanken Rechnung tragen. Aus einem Vergleich dieser Vertragsordnungen mit den Regelungen des deutschen Bauvertragsrechts soll versucht werden, die Regelungsbereiche des Bauvertragsrechts einzugrenzen, auf die das Kooperationsprinzip besonders einwirkt. Zudem sollen Anregungen für eine Verbesserung der Regelungen der VOB/B gefunden werden.

I. GMP-Vertrag

Der aus dem englischen und amerikanischen Rechtskreis stammende GMP-Vertrag findet zunehmend auch in Deutschland Anwendung⁴⁶¹. Anliegen dieses Verträge ist es, neben der Reduzierung des Konfliktpotentials eine Optimierung der Handlungsabläufe und dadurch eine Reduzierung der Kosten und eine Verbesserung der Qualität der Bauleistung zu erreichen.

⁴⁶¹ Moeser ZfBR 1997, S. 113; Gralla S. 67 ff, 118 ff, 343 ff; Grünhoff NZBau 2000, S. 313 ff; Oberhauser BauR 2000, S. 1397 ff; Kullack BW 4/2001, S. 17 f; Cadez BW 1/2000, S.20 ff;

1. Vertragsstruktur

Der GMP-Vertrag stellt keine besondere rechtliche Regelung dar und ist nicht an ein spezielles nationales Recht gebunden. Vielmehr wird durch den GMP-Vertrag eine bestimmte Vertragsstruktur vorgegeben. Der GMP-Vertrag stellt keine eigenständige standardisierte Vertragsordnung für den Bauvertrag dar, sondern er bedarf der Abstimmung und Ausgestaltung in Bezug auf den konkreten Einzelfall. Da im Rahmen dieser Arbeit allgemeingültigen Vertragsklauseln untersucht werden sollen, durch die das Kooperationsverhältnis der Bauvertragsparteien sicher gestellt werden soll, ist allein das Grundprinzip des GMP-Vertrages von Interesse.

Im wesentlichen handelt es sich bei dem GMP-Vertrag um einen Pauschalpreisvertrag mit garantiertem Höchstpreis und einer besonderen Vergütungsvereinbarung. Der garantierte Maximalpreis ist nach der Vereinbarung der Parteien nicht der endgültige Vertragspreis, sondern er setzt sich aus einem variablen Anteil, der hauptsächlich aus Vergütungsansprüchen für Nachunternehmer besteht, und aus einem festen Anteil, der die Planungs-, Koordinierungs- und Bauleistungen des Auftragnehmers erfaßt, zusammen⁴⁶². Ziel des GMP-Vertrages ist die Optimierung der Baukosten⁴⁶³.

Es ist denkbar, daß der Auftraggeber mehrere GMP-Verträge mit verschiedenen Bauunternehmern schließt. Im Regelfall wird aber ein Generalunternehmervertrag mit GMP-Klausel geschlossen, da als Auftragnehmer eines GMP-Vertrages nur leistungsfähige größere Unternehmen in Betracht kommen, die aufgrund ihres technischen know hows in der Lage sind, komplexe Planungs- und Koordinierungsleistungen auszuführen. Konsequenterweise wird der GMP-Vertrag vor allem bei

Lögters BW 5/1999, S. 42 f; Biebelheimer/Wazlawik BauR 2001, S. 1639 ff; Eschenbruch NZBau 2001, S. 585; Kapellmann NZBau 2001, S. 592.

⁴⁶² Wie vor.

⁴⁶³ Biebelheimer/Wazlawik BauR 2001, S. 1644.

Schlüsselfertigbauverträgen eingesetzt, bei denen sich die Vorteile dieses Vertragstyps für Auftraggeber und Auftragnehmer maximieren lassen⁴⁶⁴.

2. Optimierungspotential

Dem Auftraggeber wird durch Einblick in die Bücher des Auftragnehmers, bzw. durch die Festlegung diesbezüglicher Informationspflichten, die Kontrolle der Abrechnung der Subunternehmerleistung, d.h. des festen Kostenanteils, ermöglicht. Es besteht dadurch eine Vertrauensbasis zwischen den Vertragsparteien, die Voraussetzung für die erfolgreiche Zusammenarbeit im GMP-Vertrag ist.

Die Beteiligung des Auftragnehmers an der Planung bewirkt, daß dieser sein technisches und fachliches know how, das im Regelfall ausführungsorientiert sein wird, frühzeitig einbringen kann. Durch vorausschauende Planung können Probleme vermieden und Kostenvorteile durch alternative Ausführungsvarianten erzielt werden. Die Einbindung des Auftragnehmers in die Planung kann eine kürzere Projektabwicklung und damit die Erhöhung der Wirtschaftlichkeit des gesamten Bauvorhabens bewirken.

Umgekehrt wird der Bauherr aktiv in die Planungsphase einbezogen, um notwendige Entscheidungen frühzeitig treffen zu können. Zeitaufwendige Rückkoppelungen in der Ausführungsphase können auf diese Weise vermieden werden.

Optimierung der Planung durch frühzeitige Einschaltung des Unternehmers und des Bauherrn, sowie eines sog. construction managements in die Phase der Vertragsdurchführung, d.h. einer effektiven Bauablaufkoordinierung, sollen zu einer Unterschreitung des vereinbarten Maximalpreises führen. Der erzielte Überschuß wird nach vorher ausgehandelten Prozentsätzen zwischen dem Bauherrn und dem Auftragnehmer

⁴⁶⁴ Cadez in BW 1/2000 S. 20 spricht von einem „Schlüsselfertigbau-Pauschalvertrag mit Garantierter Maximum-Preis-Vergütung“.

verteilt⁴⁶⁵. Durch die verstärkte Zusammenarbeit zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber des GMP-Vertrages entsteht ein partnerschaftliches Verhältnis intensiver Zusammenarbeit, in dem auf beiden Seiten ein wirtschaftliches Interesse an einer effektiven Vertragsdurchführung vorhanden ist.

Die Weichenstellung für die Ausschöpfung des im GMP-Vertragsmodell angelegten Optimierungspotentials erfolgt bereits in der Planungsphase⁴⁶⁶. Die Phase der Vertragsdurchführung wird durch den GMP-Vertrag nicht besonders gestaltet. In dieser Phase bedingt die Struktur des GMP-Vertrages nicht die Zusammenarbeit der Vertragsparteien, da sich die Erforderlichkeit besonderer Mitarbeit des Auftraggebers in der Ausführungsphase nicht mehr aus der Struktur des GMP-Vertrages ergibt⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Wie vor; die Aufteilungssätze können entweder fest oder variable vereinbart werden, vgl. dazu Gralla S. 171 ff.

⁴⁶⁶ Eine andere, ebenfalls aus dem amerikanischen Rechtskreis stammende alternative Vertragsform ist der Construction Management Vertrag, dessen Optimierungspotential ebenfalls in der Planungsphase liegt. Das Construction Management Modell, das mit deutschen Projektsteuerungs-Modellen vergleichbar ist, entstand aus dem Bedürfnis amerikanischer Auftraggeber der durch den extensiven Einsatz von Generalunternehmern bedingten Preisanstiegen und Budgetüberschreitungen bei gleichzeitigen Qualitätseinbußen entgegen zu steuern. Der Construction Manager steht dem Auftraggeber als Berater zur Seite, der die Planungs- und Bauabläufe für den Auftraggeber koordiniert, so daß die einzelnen Bauleistungen direkt und ohne Zwischenschaltung eines Generalunternehmers vergeben werden können. Vgl. Eschenbruch NZBau 2001, S. 586 ff; Kapellmann NZBau 2001, S. 592 ff.

⁴⁶⁷ Gralla S. 146; Thierau schlägt auf der 16. Baurechtstagung der Arbeitsgemeinschaft im Deutschen Anwaltsverein am 10./11. November 2000 in Hamburg die Aufnahme folgender Kooperationsverpflichtung-Mitwirkungsverpflichtung Klausel des Auftraggebers vor:

„ Dieses Bauvorhaben soll gemeinsam mit dem Auftraggeber in kooperativer und partnerschaftlicher Weise durchgeführt werden. Beide Vertragsparteien wollen nach Vertragsschluß zunächst in einer Voroptimierungsphase im Rahmen des durch die nachfolgenden Vertragsbestandteile definierten Bausolls Kosten einsparen. Hierzu wird folgende grundsätzliche Leistungsabgrenzung vereinbart: ...

Durch die unter ... festgelegten Vertragsbestandteile wird das vorläufige Bausoll für den GMP gemäß . . . definiert. Die Parteien werden gemeinsam versuchen, in der Voroptimierungsphase bei im wesentlichen gleichbleibender Funktionalität und Qualität Kosten einzusparen, wobei die Vorschläge und Empfehlungen des Auftragnehmers/Auftraggebers (je nach Vereinbarung) vorrangig berücksichtigt werden.

Der Auftraggeber verpflichtet sich, aktiv mit dem Auftragnehmer nicht nur in der Planungs- und Optimierungsphase, sondern während der gesamten Bauzeit partnerschaftlich zusammenzuarbeiten. Hierfür stellt er während der gesamten Vertragslaufzeit eine sachkundig und kompetent besetzte Projektleitung . . . Beide Parteien verpflichten sich, bei jeglichen Streitfällen, insbesondere bei Streitigkeiten über . . . unverzüglich während der Bauzeit eine einvernehmliche Regelung herbeizuführen.“

Durch diese Klausel werden dem Auftraggeber jedoch keine über den bereits durch die VOB/B vorgegebenen Rahmen hinausgehende Mitwirkungshandlungen als echte Vertragspflichten zugewiesen und es werden keine Folgen des Verstoßes gegen die Mitwirkungspflichten festgelegt. Die Klausel bewirkt damit nichts anderes als eine Ausformulierung der allgemeinen

Die Ausführungsphase wird bei diesem Vertragsmodell durch den Auftragnehmer allein verantwortlich gestaltet.

3. Risiken

Die Beteiligung des Bauherrn an Optimierungsgewinnen, die durch Nachunternehmervergaben erzielt werden können, bewirkt, daß ihm regelmäßig ein Mitspracherecht oder sogar ein Letztentscheidungsrecht bei der Auswahl der Nachunternehmer eingeräumt wird⁴⁶⁸. Die Risiken des Auftragnehmers können sich beträchtlich erhöhen, da er für die Nachunternehmer als seine Erfüllungsgehilfen einzustehen hat.

Durch den GMP-Vertrag erhöhen sich die Risiken des Auftragnehmers nicht unerheblich, da er teilweise die Planungsverantwortung übernimmt. Bei notwendig werdenden Nachträgen kann sich die übernommene Planungsverantwortung zum Nachteil des Auftragnehmers auswirken. Der auch bei einem herkömmlichen Generalunternehmervertrag bestehende Streit um Nachträge ist beim GMP-Vertrag nicht ausgeschlossen, da sich die Preisgarantie zunächst auf den bei Vertragsschluß erkennbaren Leistungsumfang bezieht⁴⁶⁹. Eine größere Kostensicherheit für den Auftraggeber besteht beim GMP-Vertrag nicht. Lediglich durch den Einbezug des Auftragnehmers in die Planungsphase können sich Nachträge durch vorausschauende Planung vermeiden lassen.

Die Bauausführung mittels GMP-Vertrag ist für den Auftraggeber nicht notwendig preisgünstiger als im herkömmlichen Pauschalpreisvertrag. Zwar fällt aufgrund der transparenten Abrechnung der Nachunternehmerleistung der diesbezügliche Sicherheitszuschlag weg, doch wird der Auftragnehmer des GMP-Vertrages den Maximalpreis dennoch höher kalkulieren als den vergleichbaren Pauschalpreis⁴⁷⁰, um eine Verschlechterung seines Ergebnisses zu vermeiden und um seinen erhöhten Risiken durch

Leistungstreuepflicht, so daß sie keine Besonderheit des GMP-Vertrages darstellt. (Thomas Thierau, Seminararbeiten „Neue Formen des Bauvertrages“).

⁴⁶⁸ Oberhauser BauR 2000, S. 1405; Grünhoff NZBau 2000, S. 315.

⁴⁶⁹ Kullack in BW 4/2001 S. 18; Grünhoff NZBau 2000, S. 315; Moeser ZfBR 1997, S. 117.

⁴⁷⁰ Cadez in BW 1/2000 S. 22.

Übernahme von Planungsleistungen und seinem teilweise beschränkten Einfluß auf die Nachunternehmerauswahl Rechnung zu tragen. Zudem wird der Preiswettbewerb bei Einsatz dieser Vertragsform durch den Wegfall, bzw. die Verkürzung der Ausschreibungsphase und die frühzeitige Bindung der Vertragsparteien aneinander reduziert⁴⁷¹. Wegen des frühzeitigen Einbezuges des Auftragnehmers in die Planungsphase wird der Auftraggeber nur mit wenigen Anbietern Vertragsverhandlungen aufnehmen, um schnell zum Vertragsabschluß zu gelangen. Andererseits werden aufgrund der Komplexität der Aufgabe nur wenige Unternehmen für den Auftrag in Frage kommen. Echte Preisreduzierungen können nur durch eine optimale Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erreicht werden. Letztlich sollte der GMP-Vertrag nicht ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Kostenreduzierung, sondern vor allem im Hinblick auf das ihm inne wohnende Optimierungspotential beurteilt werden.

Die strukturellen Eigenarten des GMP-Vertrages bergen besondere Risiken bei der Abgrenzung des Leistungsumfangs des Auftragnehmers. Die Bausollbestimmung im Vertrag hat nur vorläufigen Charakter, da sie durch Optimierung verändert werden kann und soll. Es können dadurch Konflikte entstehen, daß Optimierungsbemühungen durch den Auftraggeber als Qualitäts- oder Leistungsminderungen begriffen werden, die zu einer Reduzierung des Gesamtpreises führen. Diese Probleme lassen sich durch eine sorgfältige vertragliche Vereinbarung zwar entschärfen, ohne daß eine vollständige Beseitigung des darin angelegten Konfliktpotentials möglich wäre.

Durch die Eingliederung des Auftragnehmers in das Lager des Auftraggeber und deren gemeinsamen Interesses an zu erzielenden Optimierungsgewinnen verschärft sich andererseits der Interessengegensatz zu den Nachunternehmern. Ein Großteil des zu erwartenden Optimierungsgewinns der Vertragsparteien hängt von einer Reduzierung oder Kosteneinsparung bei den Nachunternehmerleistungen ab⁴⁷², so daß dort der wirtschaftliche Druck erhöht werden wird, dem die als Nachunternehmer in Betracht kommenden kleineren Unternehmen gezwungen sein können nachzugeben.

⁴⁷¹ Oberhauser BauR 2000, 1402; Freiburger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 181.

4. Zusammenfassung

Der GMP-Vertrag entfaltet sein Optimierungspotential bei großvolumigen Projekten mit erheblichem Planungsbedarf, sofern der Auftragnehmer in die Planungsphase einbezogen wird. Wird der Auftragnehmer nicht in die Planungsphase einbezogen, kann sich der wirtschaftliche Vorteil des GMP-Vertrages allein aus der Preisunterschreitung bei den Nachunternehmerleistungen ergeben. Dieses Vorgehen beinhaltet keinen vertragsrechtlicher Vorteil, da es allein um die Umverteilung des erzielten Gewinns, nicht aber um Optimierung des Projektablaufes geht.

Es handelt sich bei einem GMP-Vertrag um eine vertragliche Variante nicht um eine vollständige Vertragsordnung, so daß das Verallgemeinerungspotential des GMP-Vertrages gering ist. Die Ausschöpfung des Optimierungspotentials durch Einbezug des Auftragnehmers in die Planungsphase und die dadurch gewährleistete intensive Kommunikation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sind jedoch Anknüpfungspunkte für einen verallgemeinerungsfähigen Regelungsansatz.

Der GMP-Vertrag vermag nicht, den bestehenden Gegensatz der Interessen des Auftragnehmers und des Auftraggebers zu mildern, der auch bei diesem Vertragsmodell die kooperative Zusammenarbeit der Vertragsparteien gefährdet. Es wird deutlich, daß gerade die erfolgreiche Abwicklung des GMP-Vertrages von einem unbedingten Willen zur Kooperationsbereitschaft aufbauend auf einem engen Vertrauensverhältnis beider Vertragsparteien abhängt. Der GMP-Vertrag enthält wenige Regelungen, die ein Kooperationsverhältnis der Vertragsparteien herstellen sollen. Er setzt ein solches Verhältnis vielmehr voraus. Von Vorteil für das Kooperationsverhältnis der Vertragsparteien ist die dem GMP-Vertrag eigene verstärkte Einbeziehung des Auftraggebers in den Bauablauf, da er aktiv an notwendigen Entscheidungen mitzuwirken hat. Dadurch wird die Koordinierungsfunktion

⁴⁷² Gralla S. 121 spricht hier von Vergabegewinnen.

des Auftraggebers gestärkt und das Schnittstellenrisiko zwischen Planung und Ausführung verringert.

II. Vertragsrecht der DDR

Das Vertragsrecht der DDR war im Vertragsgesetz⁴⁷³ und dem ZGB⁴⁷⁴ geregelt. Das Vertragsgesetz enthielt das Werkvertragsrecht der Wirtschaftsbetriebe. Das ZGB galt für das Bauvertragsrecht für Bauvorhaben privater Zwecke.

1. Zielsetzung

Das Vertragsgesetz der DDR nahm für sich in Anspruch, dem kooperativen Charakter vertraglicher Beziehungen im Wirtschaftsleben in besonderem Maße Rechnung zu tragen. Die vertraglichen Beziehungen, die dem Vertragsgesetz unterlagen, waren in den Dienst der Planwirtschaft und der Planerfüllung gestellt, so daß der gesetzlichen Regelung vor allem die Funktion eines Ansatzpunktes wirtschaftlicher Hebel in einem System zukam, in dem menschliches Verhalten über ökonomische Mittel und Methoden stimuliert werden sollte⁴⁷⁵. Hintergrund war die Annahme eines einheitlichen Interesses aller Wirtschaftsbetriebe an der Erfüllung des staatlich vorgegebenen Wirtschaftsplans, das mit Hilfe vertraglicher Beziehungen verfolgt wurde. Die gesetzlichen Regelungen mußten ausreichend flexibel sein, um die gewünschte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der vertraglichen Beziehungen zu gewährleisten, den Verhältnissen des Einzelfalls gerecht zu werden sowie ausreichend Raum für eigenverantwortliches Handeln der Vertragspartner zu lassen⁴⁷⁶.

Die Regelungen des Vertragsgesetzes sind ebenso wie die des ZGB aufgrund ihres ideologischen Hintergrundes auf unser Wirtschaftssystem nur bedingt übertragbar. Aber auch im damaligen Wirtschaftsleben ging es

⁴⁷³ Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft vom 25.02.1965; GBl. I S. 107.

⁴⁷⁴ Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19.06.1975; Gbl. I Nr. 27 S. 465.

⁴⁷⁵ Kommentar zum Vertragsgesetz; Einleitung S. 31.

aufgrund knapper Ressourcen darum, größtmögliche wirtschaftliche Effizienz durch vertragliche Regelungen sicherzustellen, so daß Einzelregelungen des Vertragsgesetzes heute noch interessant sind.

2. Anwendungsbereich

Das Vertragsgesetz war nur für Wirtschaftsverträge anwendbar. Es zielte auf eine spezifische Interessenlage der Vertragspartner ab. Das Bauvertragsrecht für den privaten Bereich war im BGB, das bis 1975 auch in der DDR galt, und später in den §§ 189 – 196 ZGB geregelt. Durch die Unterscheidung in Wirtschaftsrecht auf der einen und Verbraucherrecht auf der anderen Seite wurde durch die Gesetzgebung den unterschiedlichen Interessen und der verschiedenen Schutzbedürftigkeit der jeweils Beteiligten Rechnung getragen.

3. Struktur und Inhalt des Vertragsgesetzes

Im Werkvertragsrecht des Vertragsgesetzes war in den §§ 67 – 72 geregelt. § 67 Satz 2 verpflichtet den Auftraggeber zur Mitwirkung. Indem das Vertragsgesetz die Mitwirkungspflicht des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Zahlungs- und Abnahmepflicht genannt hat, war klargestellt, daß es sich dabei um eine Hauptleistungspflicht des Auftraggebers handelte. Die Regelung war ausreichend flexibel, keine einzelnen Mitwirkungshandlungen aufzuzählen, sondern auf die Vereinbarung der Parteien zu verweisen, die sich auch aus der Vertragsauslegung oder aus konkludenten Handlungen der Parteien ergeben konnte⁴⁷⁷. Das Vertragsgesetz hatte die Bedeutung der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers für die Erfüllbarkeit des Werkvertrages erkannt und in einer dieser Bedeutung Rechnung tragenden Weise geregelt. Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten, die bei der rechtlichen Einordnung der einzelnen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nach dem BGB oder der VOB/B entstehen, konnten vermieden werden. Die Auslegung der vertraglichen Pflichten konnte sich darauf beschränken, den Leistungsinhalt festzustellen. Die rechtliche Einordnung der

⁴⁷⁶ Kommentar zum Vertragsgesetz, Einleitung S. 29.

Mitwirkungshandlung war eindeutig, so daß die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Mitwirkungspflichten den Vertragsparteien bewußt waren. Die Vertragsparteien waren gefordert, diese Regelung im Einzelvertrag durch die Ausgestaltung einzelner Mitwirkungspflichten umzusetzen.

Neben der Bedeutung, die den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im Werkvertragsrecht beigemessen wurde, waren auch die Informations- und Beratungspflichten des Auftragnehmers in § 68 Vertragsgesetz ausdrücklich geregelt. Der Auftragnehmer war verpflichtet, den Auftraggeber bei Abschluß des Vertrages über die zweckmäßigste Art und Weise der Ausführung und den Umfang der Leistung fachlich zu beraten. Nach § 68 Abs. 2 hatte der Auftragnehmer auch über den Stand der Ausführung Auskunft zu erteilen. Zudem regelte § 68 Abs. 2 Satz 2 Vertragsgesetz eine Beratungspflicht des Auftragnehmers, den Auftraggeber mit Besonderheiten der Behandlung und Nutzung des Leistungsgegenstandes vertraut zu machen. Damit waren die erforderlichen Beratungspflichten sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht geregelt. § 69 Vertragsgesetz enthielt eine Obhutspflicht des Auftragnehmers in Bezug auf die ihm zur Ausführung der Leistung übergebenen Gegenstände.

Im Gegensatz zur Regelung in VOB/B und BGB wurden den Informations-, Beratungs- und Obhutspflichten des Auftragnehmers im Vertragsgesetz eigene Regelungen gewidmet. Andererseits waren die Regelungen abstrakt gehalten, um alle Werkvertragstypen angemessen regeln zu können. Der Vorteil der gesetzlichen Regelung im Vertragsgesetz bestand darin, auch den zeitlichen Anwendungsbereich der Informationspflichten eindeutig geregelt zu haben.

Nach § 70 des Vertragsgesetzes der DDR war der Auftragnehmer verpflichtet, die Zustimmung des Auftraggebers einzuholen, wenn sich bei Auftragsausführung ergab, daß der Auftrag nur bei Überschreitung des Kostenanschlages um mehr als 10% ausgeführt werden konnte. Führte der Auftragnehmer den Auftrag dennoch aus, war der Auftraggeber nicht zur

⁴⁷⁷ Kommentar zum Vertragsgesetz § 67 Rn. 2.6.

Zahlung verpflichtet. Diese Regelung verschaffte dem Auftraggeber Sicherheit in Bezug auf Mehrforderungen und verpflichtete die Vertragsparteien zu intensiver Kommunikation während der Vertragsdurchführung. Andererseits war in § 70 Abs. 2 Vertragsgesetz geregelt, daß der Vertrag aufzuheben ist, wenn der Auftraggeber nicht mit der Erhöhung des Preises einverstanden ist. In diesem Fall war der Vertrag nach dem Leistungsstand abzurechnen. Im Gegensatz zur Regelung der VOB/B war ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers vertraglich vorgesehen. Diese Regelung sanktionierte die mangelnde Verhandlungsbereitschaft des Auftraggebers und verschaffte dem Auftragnehmer ausreichende Sicherheit für den Fall von Mehrforderungen. Es war eine für die Parteien vorhersehbare und leicht durchführbare Regelung für den häufig vorkommenden Fall von Mehrforderungen aufgrund von Leistungsänderungen vorhanden. Aufgrund ihrer Klarheit und Eindeutigkeit war diese Regelung geeignet, die bei den §§ 2 Nr. 5 und 6 VOB/B häufig auftretenden Streitigkeiten zu vermeiden. Die durch diese Klarheit geschaffene gegenseitige Abhängigkeit der Vertragsparteien verpflichtete zu intensiver Kooperation.

Unterschiedliche Regelungen der einzelnen Vertragstypen des Werkvertragsrechts, die deren spezifischen Unterschieden gerecht wurden, waren nicht vorhanden. Es war kein ausgesprochenes Bauvertragsrecht im Bereich des Wirtschaftsvertragsrechts vorhanden. Dies mag damit zusammenhängen, daß man aufgrund der Annahme eines gemeinsamen Interesses der Wirtschaftssubjekte von einer geringeren Streit anfälligkeit vertraglicher Beziehungen ausging, so daß die werkvertraglichen Regelungen des Vertragsgesetzes ausreichend waren, den Rahmen der kooperativen Beziehungen beim Bauvertrag vorzugeben.

Besonders interessant ist auch der im Vertragsgesetz vorgesehene Weg der Streitbeilegung. Streitigkeiten über Wirtschaftsverträge wurden vor dem staatlichen Vertragsgericht ausgetragen, das als Organ des Ministerrates kein ordentliches Gericht oder Schiedsgericht im heutigen Sinne, sondern ein Verwaltungsorgan war⁴⁷⁸, an dessen Entscheidungen nicht ausschließlich

⁴⁷⁸ Vogel S. 50.

Juristen, sondern im jeweiligen Fachbereich qualifizierte Mitarbeiter der Betriebe, staatlicher oder gesellschaftlicher Organe beteiligt waren⁴⁷⁹. Die Fachkompetenz des Entscheidungsorgans war hoch, so daß technisch komplizierte Sachverhalte kompetent behandelt werden konnten. Das Vertragsgericht war in der Verfahrensdurchführung weitgehend frei und nicht an eine förmliche Verfahrensordnung gebunden⁴⁸⁰. Durch die Form der Besetzung des Gerichts und durch die Möglichkeit der flexiblen Verfahrensdurchführung war gewährleistet, daß den wirtschaftlichen Aspekten des vertraglichen Konfliktes Rechnung getragen werden konnte.

Gemäß § 19 der Vertragsgerichtsverordnung⁴⁸¹ konnten die Vertragsgerichte, die über Streitigkeiten über die Gestaltung und Erfüllung von Verträgen nach dem Vertragsgesetz im Rahmen eines Schiedsverfahrens entscheidungsbefugt waren, erst über den Streitfall entscheiden, wenn die Betriebe und Einrichtungen eine eigenverantwortliche Lösung des Streitfalles erfolglos versucht hatten⁴⁸². Dieses vorgeschaltete Verfahren war gesetzliche Antragsvoraussetzung⁴⁸³. Wurde in diesem Vorverfahren bereits eine Einigung erzielt, konnte deren Inhalt unter den Voraussetzungen des § 19 a SVG-VO auch vollstreckt werden. Hatten die Parteien den Schlichtungsversuch vor Antragserhebung unterlassen, konnten die Vertragsgerichte gemäß § 30 Abs. 1 SVG-VO den Vertragsparteien aufgeben, eine eigenverantwortliche Lösung vor Eröffnung des Schiedsverfahrens anzustreben. Diese Entscheidungsmöglichkeit stand dem Vertragsgericht in jeder Phase des Verfahrens zu⁴⁸⁴. Die Parteien konnten auf diese Weise auch noch im Streitfall gezwungen werden, eine kooperative Lösung zu finden und sich miteinander zu verständigen. Über den Versuch einer einvernehmlichen Lösung der Vertragsparteien wurde ein Protokoll gefertigt, in dem die Gründe des Scheiterns der Verhandlungen festgehalten wurden und das dem Antrag auf Eröffnung eines Verfahrens vor dem Vertragsgericht gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 6 SVG-VO beigelegt wurde. Die

⁴⁷⁹ Kommentar zur SVG-VO § 5 Rn. 2.8.

⁴⁸⁰ Kommentar zur SVG-VO § 19 Rn. 2.6.

⁴⁸¹ Verordnung über die Aufgaben und die Arbeitsweise des Staatlichen Vertragsgerichts vom 18.04.1963, GBl. II S. 293 mit ÄnderungsVO vom 9.09.1965, GBl. II S. 711 und 2. ÄnderungsVO vom 12.03.1970, GBl. II S. 205 im Folgenden SVG-VO.

⁴⁸² Vgl. § 20 Abs. 2 Nr. 6 VertragsgerichtVO nach dem das Ergebnis des Schlichtungsversuches dem Antrag beizufügen war.

⁴⁸³ Kommentar zur SVG-VO § 19 Rn. 1.2.f.

Partei, die den einvernehmlichen Lösungsversuch zum Scheitern brachte oder sich nicht bemühte, eine kooperative Verhandlungslösung zu finden, mußte mit nachteiligen Entscheidungen des Vertragsgerichts rechnen.

In das vor dem Vertragsgericht stattfindende Schiedsverfahren wurden neben den Streitparteien sämtliche an der vertraglichen Beziehung beteiligten Unternehmen einbezogen, um den Streit vollständig zu klären⁴⁸⁵.

Neben dem Schiedsverfahren vor dem Vertragsgericht wurde durch die 2. Änderungsverordnung vom 12.03.1970 zur Vertragsgerichtsverordnung ein sogenanntes Kooperationsicherungsverfahren eingeführt, bei dem das Vertragsgericht prophylaktisch zur Streitvermeidung und zur Sicherung der Effektivität der Vertragserfüllung tätig wurde, wenn die beteiligten Unternehmen die Entstehung eines Konfliktes befürchteten. Auch hier war der vorherige Versuch einer einvernehmlichen Lösung Verfahrensvoraussetzung⁴⁸⁶. Das Verfahren konnte mit einem Beschluß des Vertragsgerichts enden, in dem es Änderungen des Vertrages oder Auflagen anordnete oder eine Entscheidung über die Leistung traf.

Das Vertragsgesetz der DDR regelte einfach, klar und umfassend die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien für den Wirtschafts- und Industriebereich, ohne die notwendige Flexibilität, die bei Zusammenfassung vieler unterschiedlicher Vertragstypen unter die gleiche gesetzliche Norm notwendig ist, vermissen zu lassen. Das Vertragsgesetz ging – geprägt durch eine abweichende politische und ökonomische Auffassung der Wirtschaftsbeziehungen – von einem anderen Vertragsmodell als das BGB aus. Die Vertragsparteien des Vertragsgesetzes hatten auf der Ebene der Gleichordnung zusammenzuarbeiten. Der Auftraggeber war als Kooperationspartner aktiv in den Prozeß der Vertragsdurchführung einbezogen. Nicht geregelt war die vertragliche Beziehung mehrerer an der Werkdurchführung beteiligter Auftragnehmer. Das Vertragsgesetz ging

⁴⁸⁴ Kommentar zur SVG-VO § 30 Rn. 1.1.

⁴⁸⁵ Kommentar zur SVG-VO § 19 Rn. 2.3.

⁴⁸⁶ Kommentar zur SVG-VO § 18a Rn. 2.3.

ausschließlich von einem Zweipersonenverhältnis der vertraglichen Beziehung aus.

4. Struktur und Inhalt des ZGB

Das Bauvertragsrecht für Verbraucher war in den §§ 189 – 196 ZGB geregelt, das eine ausdrückliche Regelung für die Besonderheiten von Bauleistungen im Unterschied zum Dienstleistungs- und Reparaturvertrag, der in den §§ 164 – 188 ZGB geregelt war, traf. Die ZGB Regelungen orientierten sich an den Bestimmungen des Vertragsgesetzes, die durch verbraucherschützende Normen, wie die Aufnahme einer Garantiezeit⁴⁸⁷, erweiterter Gewährleistungsrechte⁴⁸⁸, die Festlegung des Leistungsumfangs⁴⁸⁹ und bestimmte inhaltliche Anforderungen an den Bauvertrag⁴⁹⁰ ergänzt wurden. Insbesondere die Vorschriften über Mehrvergütung im Falle der Überschreitung des vereinbarten Preises gemäß § 195 ZGB entsprachen im wesentlichen § 70 des Vertragsgesetzes. Der Auftragnehmer wurde über die Regelung des § 70 Vertragsgesetz hinaus durch § 195 ZGB verpflichtet, den Auftraggeber unverzüglich über die Gründe der Preisüberschreitung zu informieren. Die Verletzung dieser Informationspflicht verpflichtete den Auftragnehmer zur Ausführung der Leistung zum ursprünglichen Preis⁴⁹¹. Eine Kündigung des Bauvertrages stand dem Auftragnehmer im Falle der Weigerung des Auftraggebers, den höheren Preis zu bezahlen, nicht zu, wenn er die Preisüberschreitung durch eigenes vertragswidriges Verhalten verursacht hatte.

Auch die Normen des ZGB nahmen auf wesentliche Besonderheiten des Bauvertrages Rücksicht, indem sie eine klare und eindeutige Regelung für Preisänderungen und eine Festlegung des vertraglichen Leistungsumfanges trafen. Diese Regelung war zwar weniger flexibel, als die vergleichbaren Regelungen des Vertragsgesetz, doch wurde der besonderen Interessenlage und

⁴⁸⁷ § 196 ZGB, die Garantiezeit für Bauleistungen betrug für neu errichtete Bauwerke 5 Jahre, für sonstige Bauleistungen 2 Jahre.

⁴⁸⁸ § 196 Abs. 2 ZGB erlaubte es dem Bauherrn, Gewährleistungsansprüche auch außerhalb der Garantiezeit geltend zu machen, wenn diese durch grobe Verstöße gegen die anerkannten Regeln der Baukunst verursacht worden waren.

⁴⁸⁹ §§ 192, 193 ZGB.

⁴⁹⁰ §§ 190 Abs. 2, 192 ZGB.

der Schutzbedürftigkeit des als Auftraggeber auftretenden Verbrauchers Rechnung getragen.

III. Allgemeine Bestimmungen für Bau- und Lieferaufträgen des Europäischen Entwicklungsfonds

Wenig Beachtung in der rechtswissenschaftlichen Diskussion haben die auch in Deutschland anwendbaren „Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen, die vom Europäischen Entwicklungsfonds finanziert werden“⁴⁹² gefunden, in denen die Vergabe- und Vertragsbedingungen für öffentliche Aufträge des Europäischen Entwicklungsfonds geregelt sind. Diese Vertragsbedingungen enthalten aufgrund ihrer bürokratischen Struktur nur wenige Regelungen, die der Kooperation der Vertragsparteien dienen. Überwiegend orientieren sich die Vertragsbedingungen einseitig an den Interessen der Verwaltung. Die Darstellung der Vertragsbedingungen beschränkt sich auf die wesentlichen Regelungen zur Verteilung der vertraglichen Risiken.

Die Regelungen für Bauverträge beschränken sich auf die Vorgabe des rechtlichen Rahmens der vertraglichen Beziehung zur Verwaltung, deren Ausgestaltung einer einzelvertraglichen Regelung vorbehalten bleibt. Die vertraglichen Risiken werden häufig mit Hilfe zeitlicher Fiktionen verteilt. Nach Ablauf einer in der Regelung festgesetzten Frist gelten bestimmte Ereignisse als eingetreten oder bestimmte Handlungen als vorgenommen. Diese Regelungstechnik bedingt Rechtssicherheit. Andererseits ist eine flexible Regelung des jeweiligen vertraglichen Problems ausgeschlossen, da nach Fristablauf unabhängig von vertraglichen Notwendigkeiten die jeweilige Rechtsfolge als eingetreten gilt.

Die Verwaltung ist gemäß Art. 108 verpflichtet, ein Baustellentagebuch zu führen. Die während des Bauablaufes vorgenommenen Eintragungen sind vom Auftragnehmer gegenzuzeichnen. Reagiert er innerhalb

⁴⁹¹ Der Auftraggeber mußte ohne gesonderte Vereinbarung lediglich eine Abweichung des Preises von bis zu 10% vom Kostenanschlag hinnehmen, § 195 Abs. 4 ZGB.

⁴⁹² Amtsblatt der EG L Nr. 39/3 v. 14.02.1972.

von 15 Tagen nicht, wird angenommen, daß er mit der Eintragung einverstanden ist. Das Bautagebuch dient der Beweissicherung, bzw. der Beweisantizipation. Weitergehende Mitwirkungs- oder Koordinationspflichten werden dem Auftraggeber nicht auferlegt.

Dem Auftragnehmer wird trotz grundsätzlicher Planungsverantwortung des Auftraggebers die Haftung für Planungsfehler⁴⁹³ und teilweise auch das Baugrundrisiko⁴⁹⁴ übertragen. In Bezug auf Nachtragsforderungen, bei denen die Risikoverteilung einer unvollständigen Planung relevant wird, ist eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche in den Allgemeinen Bestimmungen nicht getroffen worden.

In Art. 90 ist das Recht des Auftragnehmers geregelt, Umstände gegenüber der Verwaltung geltend zu machen, die zu Behinderungen der Vertragsdurchführung führen. Die Verwaltung haftet nicht für Umstände, die für sie nicht vorhersehbar waren. Damit wird das Risiko für außergewöhnliche Ereignisse auf den Auftragnehmer übertragen. Die Behinderungsanzeige muß durch den Auftragnehmer spätestens 30 Tage nach Eintritt des behindernden Ereignisses oder aber unverzüglich nach dem Zeitpunkt, zu dem er Kenntnis von dem behindernden Ereignis erlangen müßte, durch eingeschriebenen Brief angezeigt werden.

Der Auftraggeber hat das Recht, einseitig Leistungsänderungen anzuordnen, die der Auftragnehmer auszuführen hat⁴⁹⁵. Ein Leistungsverweigerungsrecht steht dem Auftragnehmer nicht zu. Für die aus der Leistungsänderung folgenden Vergütungsansprüche des Auftragnehmers sehen die Vertragsbedingungen keine Verhandlungspflichten vor. Die Neufestlegung des Preises wird vielmehr anhand eines quantitativ abgestuften Maßstabes vorgenommen⁴⁹⁶. Zudem kann die Verwaltung gemäß

⁴⁹³ Art. 58

⁴⁹⁴ Art. 98

⁴⁹⁵ Art. 11 der Allgemeinen Bestimmungen gilt als Grundsatzbestimmungen, Art. 110 ist die spezielle Regelung für den Bauvertrag.

⁴⁹⁶ Bei Leistungserweiterungen oder Leistungsverringerungen, die 1/5 der ursprünglichen Leistungsmenge nicht überschreiten, gilt der ursprünglich vereinbarte Preis (Art. 111 f). Bei Leistungserweiterungen von 1/5 bis 1/3 der ursprünglichen Leistungsmenge kann der Auftragnehmer in der Schlußrechnung Schadenersatz für die ihm entstandenen Nachteile

Art. 114 Abs. 1 von Amts wegen einen neuen Preis festsetzen, wenn Mengenänderungen, insbesondere Mengenverringerungen, unabhängig von ihren Anordnungen auftreten und eine Einigung über den Preis nicht zu Stande kommt.

IV. Bauvertragsbedingungen Schwedens

Das schwedische Byggnadets Kontraktskommitte erarbeitet 1992 die Standardbedingungen für Bauverträge „AB 92“ und 1994 die Bedingungen „ABT 94“, die für den Generalunternehmervertrag gelten⁴⁹⁷. Diese Vertragsbedingungen haben in Schweden eine ähnliche Funktion wie die VOB und sie werden den meisten Bauverträgen zugrunde gelegt⁴⁹⁸. Zusätzlich existieren mit den „AFU 92“ Standardvertragsbedingungen für den Nachunternehmervertrag, die diesen auf die AB 92 abstimmen. Es existieren spezielle Bedingungen für den Bau von Industrieanlagen, Kraftwerken und anderen Industrieanlagen⁴⁹⁹. Mit den Standardvertragsbedingungen ABS, die ebenfalls vom Byggnadets Kontraktskommitte erstellt wurden, liegen besondere Bedingungen für den Eigenheimbau vor. Diese wurden aufgrund eines Urteils des Marknadsdomstolen aus dem Jahre 1979 geschaffen, der die Bedingungen der AB 92 für den privaten Eigenheimbauer für nicht angemessen hielt⁵⁰⁰. Die

verlangen. Bei Leistungserweiterungen, die 1/3 der ursprünglichen Leistung überschreiten, hat der Auftragnehmer auch das Recht, den Vertrag innerhalb von 2 Monaten zu kündigen. Wenn Mehrleistungen innerhalb eines einzelnen Postens der ursprünglichen Leistung durch Anordnungen der Verwaltung notwendig werden, und diese mehr als 20% der ursprünglichen Menge nach oben oder unten ausmachen, kann der Auftragnehmer nur Entschädigung verlangen, Art. 113 Abs. 1. Der durch die Vertragsbedingungen notwendig werdende Schadensnachweis im Falle der Anordnung von Mehrleistungen dürfte schwer zu führen sein und kaum vollständig die wirtschaftlichen Nachteile ersetzen, die der Auftragnehmer im Falle der Anordnung von Mehrleistungen ohne Vereinbarung eines neuen Vertragspreises oder einer zusätzlichen Vergütung erleidet, da der Schadenersatz immer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogen sein muß, d.h. der Auftragnehmer wird durch den Schadenersatz so gestellt, wie er stehen würde, wenn die Mehrleistungen bei Vertragsschluß vorhersehbar gewesen wären. Die Verwaltung muß damit nicht das Risiko der Verteuerung der Bauleistung infolge einseitiger Anordnungen übernehmen.

⁴⁹⁷ Herausgegeben in Broschüren des Byggnadets Kontraktskomitee, dem u.a. die Byggtreprenörerna (Schwedische Bauvereinigung), die Bygggherreföreningen (Schwedische Bauherrenvereinigung), die Elektriska Installatörsorganisationen (Schwedische Organisation der Elektroinstallationsbetriebe), Svenska Kommunförbundet (Organisation Kommunaler Autoritäten), Bostadsföretag (Wohnungsbauunternehmen), und Staten genom Byggnadsstyrelsen och Fortifikationsförvaltningen (der Staat, Bauverwaltung).

⁴⁹⁸ www.foreningenk.org.

⁴⁹⁹ Zum Beispiel die NLM 94, ABA 99 die vom Byggnadets Kontraktskommitte herausgegeben werden, und der SSG-Vertrag, der vom Verband der Waldindustrie erarbeitet wurde.

⁵⁰⁰ Hedberg S. 14.

ABS Bedingungen orientieren sich am Modell der AB 92, sehen jedoch Änderungen und Zusätze vor, die auf die Interessenlage des Eigenheimbauers zugeschnitten sind.

Im Unterschied zur VOB/B wurden die schwedischen Standardvertragsbedingungen nicht speziell für öffentliche Bauaufträge erarbeitet, sondern sie entstanden aus einem Bedürfnis nach Verallgemeinerung stets notwendiger Regelungen in Bauverträgen. Die Existenz verschiedener standardisierter Vertragsbedingungen, die jeweils auf eine besondere vertragliche Situation abgestimmt sind, fördert den Abschluß interessengerechter Verträge unter Beachtung einer unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit der beteiligten Parteien.

Im Rahmen dieser Arbeit sind nur die Grundstrukturen des schwedischen Bauvertragssystems und dessen Besonderheiten im Hinblick auf die Kooperationsbeziehung der Vertragsparteien darzustellen.

1. AB 92

Die Standardvertragsbedingungen AB 92 sind für den klassischen Bauvertrag nach Planung des Auftraggebers ohne Berücksichtigung einer besonderen Unternehmereinsatzform gedacht. Die erste Ausgabe wurde 1972 mit den AB 72 erstellt, die 1987 und 1992 überarbeitet wurden.

a. Planung und Vorbereitung der Bauleistung

Die Verantwortungsbereiche der Bauvertragsparteien werden in den AB 92 klar voneinander abgegrenzt. Der Auftraggeber trägt die Planungsverantwortung, der Auftragnehmer dagegen die Ausführungsverantwortung⁵⁰¹. Der Auftragnehmer ist nicht verpflichtet, die vorgegebenen Pläne und Unterlagen des Auftraggebers auf Richtigkeit oder Vollständigkeit zu prüfen, sondern er kann diese voraussetzen⁵⁰².

⁵⁰¹ Hedberg S. 29.

Art. 10 des ersten Kapitels enthält eine gegenseitige Informationspflicht für den Fall, dass Fehler, Abweichungen oder die Unvollständigkeit der Planungsunterlagen von einer Vertragspartei festgestellt wird. Wird die Information der anderen Vertragspartei unterlassen, trägt die säumige Partei den dadurch entstehenden Schaden. Es handelt sich um eine echte vertragliche Verpflichtung, deren Nichterfüllung die säumige Partei zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet. Die Informationspflicht erstreckt sich auch auf die Phase der Vertragsdurchführung.

b. Leistungsänderungen

Im zweiten Kapitel der AB 92 werden Regelungen zur Ausführung der Bauleistung getroffen. Dem Auftraggeber steht nach Art. 2 das Recht zu, Änderungen und Erweiterungen der Bauleistung anzuordnen. Der Auftragnehmer ist dann verpflichtet aber auch berechtigt, diese zusätzlichen Arbeiten auszuführen. Der Auftraggeber ist an den Auftragnehmer als ausführendes Unternehmen gebunden⁵⁰³. Beauftragt der Auftraggeber einen anderen Auftragnehmer mit diesen Arbeiten, steht dem Auftragnehmer ein Ersatzanspruch für das entgangene Einkommen zu⁵⁰⁴. Eine Ausnahme gilt, wenn die zusätzlichen Arbeiten nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Vertragsarbeiten stehen und wenn diese Arbeiten nicht von gleicher Art wie die vertraglich vereinbarten Arbeiten sind. Als Änderungen und Erweiterungen der vertraglichen Leistung gelten gemäß Art. 3 auch zusätzliche Arbeiten, die auf Planungsfehler, auf Abweichungen der tatsächlichen Bedingungen des Bauplatzes oder auf Umständen beruhen, die nicht der Vermutung des Art. 9 des 1. Kapitels unterliegen. Nicht als Änderungen gelten hingegen Arbeiten, die auf Anordnung der Behörden ausgeführt werden müssen.

Die Änderungsanordnungen haben schriftlich zu erfolgen. Werden die Arbeiten ohne schriftliche Anordnungen ausgeführt, besteht ein Anspruch auf Vergütung nur, wenn der Verlust des Vergütungsanspruches zu einem unzumutbaren Ergebnis führen würde. Durch die Formalisierung der Regelung

⁵⁰² Hedberg S. 29.

⁵⁰³ Hedberg S. 41.

⁵⁰⁴ Dieser ist in Kapitel 6 Art. 1 Abs. 2 geregelt.

soll Klarheit über die Anordnung und damit Sicherheit für den späteren Vergütungsanspruch erreicht werden. Spätere Beweisschwierigkeiten können vermieden werden. Liegt eine schriftliche Anordnung vor, steht fest, daß es sich um eine vom Auftraggeber angeordnete Zusatzleistung handelt, die zusätzliche Vergütungsansprüche auslöst. Werden die Anordnungen vom Auftraggeber zu spät getroffen, besteht gemäß Art. 4 Abs. 3 des zweiten Kapitels ein Anspruch des Auftragnehmers auf Terminverlängerung sowie auf Ersatz der zusätzlich entstehenden Kosten.

Art. 1 des 6. Kapitels legt die Verpflichtung der Vertragsparteien zur Vereinbarung eines neuen Preises für den Fall der Anordnung von Änderungen oder Erweiterungen fest⁵⁰⁵. Nach Möglichkeit ist diese Vereinbarung vor Beginn der Ausführung zu treffen. Falls der Auftraggeber einen anderen Unternehmer mit der Ausführung der Änderungen oder Erweiterungen beauftragt, steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Ersatz seiner bisherigen Aufwendungen und auf Ersatz seines entgangenen Gewinns zu. Ein Ersatzanspruch besteht nach Art. 2 dieses Kapitels auch für Arbeiten, die bereits ausgeführt wurden, aber infolge von Änderungen oder Erweiterungen nutzlos werden, sofern diese Ansprüche innerhalb von 6 Monaten nach Abnahme der Gesamtleistung angemeldet werden. Führt eine Änderungs- oder Erweiterungsanordnung zu einem Erschwernis der Ausführung, ist nicht nur der Vertragspreis nach Art. 1, sondern auch die Kostengrundlage nach Art. 3 anzupassen, wenn diese Ansprüche spätestens innerhalb von 6 Monaten nach der Endabnahme schriftlich geltend gemacht werden. Dabei hat der

⁵⁰⁵ Maßgeblich für Preisänderungen soll nach Art. 4 der ursprüngliche Vertragspreis, d.h. der Einheitspreis, sein. Dieser Einheitspreis ist maßgeblich für Mehrmengen oder Mengenverringerungen bis zu 25% innerhalb der durch diesen Einheitspreis abgegoltenen Arbeitseinheit bis zu einem Wert von 0,5% der Auftragssumme. Die Grenze der Verbindlichkeit des ursprünglichen Einheitspreises ist eng gezogen, so daß die Vertragsparteien auch bei geringfügigen Änderungen eine Preisanpassung verlangen können. Unabhängig von dieser Regelung gilt der Einheitspreis aber auch bei größeren Abweichungen, bis eine Partei die Erklärung abgibt, daß sie den Einheitspreis nicht mehr als verbindlich ansieht, d.h. die jeweilige Vertragspartei muß eine Preisanpassung ausdrücklich verlangen. Für den Fall, daß der Wert der Änderungen nicht gemäß Art. 4 des 6. Kapitels festgelegt werden kann und vorausgesetzt, daß die Parteien sich nicht auf einen neuen Preis verständigen, gibt Art. 5 iVm Art. 7 eine Methode zur Wertbestimmung vor, die sich am Selbstkostenprinzip orientiert. Bei der Kalkulation des neuen Einheitspreises sind die in Art. 7 aufgezählten Kostenstellen, wie z.B. Materialkosten, Kosten der Arbeit, der Überwachung, der Einrichtungen, der Subunternehmer und der notwendigen Versicherungen zu beachten. Gewinn und sonstige feste Kosten werden durch einen pauschalen prozentualen Aufschlag bei der Preisbildung berücksichtigt, vgl. Hedberg. S. 113 f.

Auftragnehmer im Einzelnen darzulegen, daß und in welchem Umfang durch die Leistungsänderung die Kalkulationsgrundlage angegriffen ist, um Mißbräuchen dieser Regelung durch die Unternehmerseite vorzubeugen⁵⁰⁶.

c. Organisation des Bauablaufs

Jede Vertragspartei hat nach Art. 1 des dritten Kapitels einen Ansprechpartner für die Baustelle zu benennen, um die Abstimmung zu erleichtern. Dieser Ansprechpartner soll befugt sein, verbindliche Entscheidungen vor Ort zu treffen⁵⁰⁷. Die Leitung der Ausführungsarbeiten hat Seitens des Auftragnehmers durch eine kompetente Person erfolgen.

Der Auftraggeber hat das Recht, den Fortgang der Bauarbeiten zu beaufsichtigen. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, dem Auftraggeber die Besichtigung der Baustelle zu ermöglichen und durch Hinweise und Informationen die Durchführung der Besichtigung zu ermöglichen. Beanstandet der Auftraggeber anlässlich einer Besichtigung die Leistung des Auftragnehmers, ist der Auftragnehmer verpflichtet, der Beanstandung abzuhelpen oder, wenn er der Ansicht ist, die Beanstandung ist nicht gerechtfertigt, dieser schriftlich zu widersprechen. Ist die Beanstandung nicht gerechtfertigt werden sämtliche Arbeiten, die im Zusammenhang mit der Beanstandung ausgeführt wurden, wie Änderungen oder Erweiterungen behandelt.

Art. 12 legt die Koordinierungsverantwortung des Auftraggebers als vertragliche Pflicht fest⁵⁰⁸. Die Koordinierungspflicht des Auftraggebers umfaßt die Koordination seiner Arbeiten mit denen des Auftragnehmers, sowie die Koordination der verschiedenen nebeneinander tätigen Unternehmer, um die Einhaltung des Zeitplanes zu ermöglichen und um gegenseitige Behinderungen zu vermeiden. Wird die Koordinierungsverantwortung nicht oder nicht ausreichend wahrgenommen, stellt dies einen Vertragsbruch dar, der den

⁵⁰⁶ Hedberg S. 113 f.

⁵⁰⁷ Hedberg S. 52.

⁵⁰⁸ Hedberg S. 60.

Auftragnehmer zu Schadenersatz- und Bauzeitverlängerungsansprüchen berechtigt⁵⁰⁹.

Durch Art. 16 wird der Auftragnehmer verpflichtet, allein oder gemeinsam mit dem Auftraggeber, ein Baustellentagebuch zu führen. Diese Verpflichtung ist jedoch keine vertragliche Nebenpflicht sondern eine gemeinsame Obliegenheit des Auftraggebers und des Auftragnehmers, da beide Parteien ein Dokumentationsinteresse haben⁵¹⁰. Zusätzlich sollen die Parteien verpflichtet sein, im erforderlichen Umfang Bauversammlungen abzuhalten, über die ein schriftliches Protokoll zu fertigen ist. Beide Bestimmungen der AB 92 dienen vornehmlich der Beweissicherung hinsichtlich der Vorfälle auf der Baustelle und der Herstellung einer Kommunikation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer durch die Verpflichtung zur Teilnahme an den Baustellenversammlungen.

d. Lösung von Streitfällen

In Kapitel 9 ist festgelegt, daß Streitfälle durch ein Schiedsgericht gemäß der Schwedischen Schiedsgerichtsordnung zu entscheiden sind. Bei Streitfällen geringeren Umfangs kann jede Partei aber auch ein staatliches Gericht zur Entscheidung anrufen. Streitfälle berechtigen den Auftragnehmer nicht, die Arbeiten zu unterbrechen. Gleichzeitig ist der Auftraggeber nicht berechtigt, aufgrund des Streits Zahlungen zurückzuhalten.

2. AFU 92

Die AFU 92 modifizieren die Bedingungen der AB 92 für die Bedürfnisse des Subunternehmervertrages. Hauptziel ist es, den Subunternehmervertrag weitgehend auf den Vertrag des Auftragnehmers mit dem Auftraggeber abzustimmen, um Widersprüche zu vermeiden. So wird z.B. in Kapitel 4, Art. 6 festgelegt, daß die Gewährleistungsfrist des

⁵⁰⁹ Hedberg S. 61; Die Regelungen zur Behinderung des Auftragnehmers bei den Ausführungsarbeiten und die daraus folgenden Ansprüche entsprechen weitgehend denen der VOB/B.

⁵¹⁰ Hedberg S. 62

Subauftragnehmers in keinem Fall länger sein soll, als die Gewährleistungsfrist des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber. Dem Auftraggeber des Subunternehmervertrages wird zusätzlich zu den in der AB 92 genannten Kündigungsgründen das Recht eingeräumt, den Vertrag zu kündigen, wenn sein eigener Vertrag gekündigt oder beendet wurde.

In Kapitel 5, Art. 8 wird der Gefahrübergang der Leistung des Subunternehmers auf den Zeitpunkt einer gemeinsamen Besichtigung nach Fertigstellung der Leistung festgelegt, die der Subunternehmer verlangen kann. Die Bestimmung wurde zum Schutz des Auftragnehmers eingeführt, der sonst bis zur Abnahme für den zufälligen Untergang der Leistung verantwortlich wäre. Andererseits hat der Auftraggeber des Subunternehmervertrages so die Möglichkeit, die Abnahme der Leistung von der Abnahme durch den eigenen Auftraggeber abhängig zu machen.

3. ABT 94

Die ABT 94 enthalten die standardisierten Bauvertragsbedingungen für den Generalunternehmer- und Schlüsselfertigbauvertrag. Im Zusammenhang mit diesem Regelwerk wurden die Bedingungen BKK 1/94 für den Festpreisvertrag und BKK 2/94 für den cost plus Vertrag entwickelt. Auch diese Vertragsbedingungen stimmen weitestgehend mit der Grundstruktur der AB 92 überein⁵¹¹, so daß sich diese Darstellung auf einige Ausnahmen beschränken kann.

Der bedeutendste Unterschied der ABT 94 zu den Ab 92 ist die Verlagerung der Planungsverantwortung auf den Auftragnehmer. Der Auftraggeber trägt nur noch die Verantwortung für seine Planungsvorgaben und für von ihm vorgeschriebene technische Lösungen. Die Detailplanung und bestimmte technische Lösungen, die vom Auftragnehmer zu erbringen sind, müssen mit dem Auftraggeber abgestimmt werden. Der Auftraggeber hat dabei also ein Mitspracherecht, es trifft ihn aber auch die Mitverantwortung, da solche Planungsleistungen, die vom Auftraggeber akzeptiert wurden, gemäß der

⁵¹¹ Hedberg S. 186.

Vermutung in Kapitel 2, Art. 9 im Einklang mit den vertraglichen Anforderungen stehen. Trotz der Alleinverantwortung des Auftragnehmers für Planung und Herstellung der Bauleistung verbleibt die Koordinationspflicht gemäß Kapitel 3, Art. 12 beim Auftraggeber. Der Auftraggeber kann sich auch beim Generalunternehmervertrag nicht gänzlich aus dem Baugeschehen in der Herstellungsphase zurückziehen.

4. Zusammenfassung

Im Unterschied zur VOB/B, die unabhängig von der Intention des DVA, der sich allein an den Bedürfnissen öffentlicher Bauherren orientiert, für sämtliche Vertragsformen und unabhängig von der jeweiligen Interessenlage jeweils als standardisierte Bedingungen des Bauvertrages gelten, stehen in Schweden verschiedene Vertragsbedingungen zur Verfügung, die jeweils auf die besondere Vertragssituation abgestimmt wurden. Die notwendigen Abweichungen der jeweiligen Vertragsbedingungen voneinander sind dabei nicht von struktureller Bedeutung, sondern sie beschränken sich auf voneinander abweichende Einzelregelungen.

Als Besonderheiten der schwedischen Vertragsbedingungen gegenüber der deutschen VOB/B ist die Festlegung der Koordinierungsverantwortung als vertragliche Verpflichtung des Auftraggebers und die Bestimmungen zur Berechnung der Mehrvergütung für den Fall zu nennen, daß eine Einigung der Parteien nicht zu Stande kommt. Zudem verwenden die schwedischen Vertragsbedingungen häufiger rechtliche Fiktionen und formelle Forderungen, wie Schriftformerfordernisse und Fristbestimmungen, um dadurch für beide Seiten Rechtssicherheit zu gewährleisten.

V. FIDIC Bauvertragsbedingungen

Von sehr großer Bedeutung für internationale Großprojekte der Bauwirtschaft sind die standardisierten Vertragsbedingungen, die von der Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) mit Sitz in der Schweiz herausgegeben werden. Die FIDIC Vertragsbedingungen gehen zurück auf die I.C.E. Conditions⁵¹² und haben ihre Wurzel im englischen Vertragsrecht. Ursprünglich waren die Bedingungen nur für sogenannte Ingenieurarbeiten, d.h. Tiefbauarbeiten, gedacht⁵¹³. Sie kommen mittlerweile bei allen Bauverträgen zum Einsatz. FIDIC Vertragsbedingungen werden ähnlich der VOB/B als Allgemeine Vertragsbedingungen den jeweiligen Bauverträgen zugrunde gelegt. Sie können mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des deutschen Rechts verglichen werden⁵¹⁴. Die einzelnen FIDIC Vertragsbedingungen, die üblicherweise nach der Farbe ihres Einbandes unterschieden werden, wurden 1999 einer grundlegenden Überarbeitung unterzogen, in deren Ergebnis die bisherigen Bedingungen⁵¹⁵ durch neue Vertragsbedingungen ersetzt wurden. Aktuell liegen vor, die

- Conditions of Contract for Construction, For Building and Engineering Works Designed by the Employer (*New Red Book*)
- Conditions of Contract for Plant and Design-Build, For Electrical and Mechanical Works and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor (*New Yellow Book*)
- Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (*Silver Book*)
- Short Form of Contract

⁵¹² Bauvertragsbedingungen, die vom British Institution of Civil Engineers herausgegeben werden.

⁵¹³ Goedel ZfBR 1978, S. 10.

⁵¹⁴ Mallmann, RIW 2000, S. 533; Kus/Markus/Steding, Jhb. Baurecht 2002, S. 238.

⁵¹⁵ Dies waren die „Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction“ Fourth Edition 1987 (*Red Book*); „Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works“ Third Edition 1987 (*Yellow Book*); „Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey“ First Edition 1995 (*Orange Book*), die Vertragsbedingungen können bei der FIDIC, P.O. Box 86, CH-1000 Lausanne 12 oder im Internet unter www.fidic.org erworben werden.

Die älteren Auflagen des *Red* und des *Yellow Books* sowie das *Orange Book*⁵¹⁶ bestehen daneben weiter und können dem Vertrag zugrunde gelegt werden.

Neben den Vertragsbedingungen werden durch die FIDIC Anleitungen, Mustertexte und Klauseln zur Ausarbeitung der Besonderen Vertragsbedingungen veröffentlicht, um eine Abstimmung auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen zu erleichtern⁵¹⁷. Die FIDIC hält einen Mustervertrag für ein Joint Venture, bzw. Konsortium, Musterverträge für die Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Berater (*White Book*) und auch Subunternehmerverträge bereit⁵¹⁸.

Das *Red Book* enthält Vertragsbedingungen für Bauprojekte nach der Planung des Auftraggebers, bei denen der Auftragnehmer keine oder nur geringfügige Planungsleistungen übernimmt. Das *Yellow Book* enthält die Vertragsbedingungen für die Lieferung komplexer Industrieanlagen und ist für den Bauvertrag nach funktionaler Leistungsbeschreibung des Auftraggebers gedacht. Diese beiden Musterverträge können als Nachfolger der bisherigen Voraufgaben des *Red* und des *Yellow Books* betrachtet werden. Das *Silver Book* enthält dagegen ein neues Vertragsformular, das nicht in der Tradition des bisherigen *Orange Books* steht. Es handelt sich um ein Vertragsmuster für den Schlüsselfertigbau, bei dem der Auftragnehmer Planungs- und Ausführungsleistungen zu einem Festpreis übernimmt. Es wurde speziell auf die Bedürfnisse privat finanzierter Projekte abgestimmt und weicht erheblich vom *Orange Book* ab. Das *Silver Book* steht im Verdacht, den Auftraggeber einseitig durch eine unausgewogene Risikoverteilung, durch zu große Eingriffsbefugnisse und durch eine ungenaue Leistungsbeschreibung zu bevorteilen⁵¹⁹. Ebenfalls ohne Vorgänger ist der Short Form of Contract, der für Bauprojekte mit einer Investitionssumme bis ca. 500.000,00 USD oder für relativ einfache Arbeiten, die nur kurze Zeit in Anspruch nehmen und zu deren

⁵¹⁶ Conditions of Contract for Design Built and Turnkey (1995).

⁵¹⁷ Booen, ICLR 1999, S. 5 ff.

⁵¹⁸ Bowcock www.fidic.org/resources/contracts.

⁵¹⁹ Kehlenbach ZfBR 1999, S. 295; Mallmann RIW 2000, S. 537; Jaynes www.fidic.org/resources/contracts; Wade www.fidic.org/resources/contracts; Le Goff www.fidic.org/resources/contracts; „EIC Contractors Guide“ to the FIDIC Conditions of Contracts for EPC Turnkey Projects, March 2000 www.eic.de.

Ausführung es nicht des Einsatzes spezialisierter Subunternehmer bedarf, empfohlen wird⁵²⁰. Der Short Form of Contract eignet sich auch als Vertragsformular für Subunternehmerverträge⁵²¹.

Soweit dies aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche der einzelnen Vertragsbedingungen gerechtfertigt ist, haben die neuen Vertragsbedingungen eine einheitliche Struktur und einen weitgehend übereinstimmenden Wortlaut. Unterschiedlich geregelt sind insbesondere Klausel 3 (Rolle des Ingenieurs), Klausel 5 (Nominierte Subunternehmer⁵²²; bzw. Design) und Klausel 12 (Test nach Fertigstellung). Die einzelnen Vertragsbedingungen sind aufgrund ihrer Orientierung am englischen Vertragsrecht sehr ausführlich und umfangreich gestaltet. Eine Lückenfüllung durch Rückgriff auf das geschriebene Recht oder auf Richtersprüche soll weitgehend vermieden werden.

Im Rahmen dieser Arbeit soll nur auf grundlegende Strukturen der neuen Vertragsbedingungen eingegangen werden, die der besonderen Beziehung der Bauvertragsparteien Rechnung tragen und im Hinblick auf das Kooperationsverhältnis der Parteien von Interesse sind.

1. Rolle des beratenden Ingenieurs

Grundlegender Unterschied der FIDIC Bedingungen gegenüber anderen standardisierten Bauverträgen ist die zentrale Rolle des beratenden Ingenieurs bei der Durchführung des Bauvorhabens. Der Ingenieur hat eine über die Funktion eines Bau- oder Projektleiters des Auftraggebers hinausgehende Funktion, da er wesentliche, vielfach auch rechtliche Probleme des Bauablaufs zu klären und zu entscheiden hat. Diese außerordentlich

⁵²⁰ Vgl. Vorwort zu „Short Form of Contract“ First Edition 1999; www.fidic.org/resources/contracts; Seppala „FIDIC`s New Standard Forms of Construction Contract: An Introduction“ www.fidic.org/resources/contracts; Booen „The Four FIDIC 1999 Contract Conditions: Their Principles, Scope and Details“, ebenda; Corbett ICLR 1999, S. 45.

⁵²¹ Corbett ICLR 1999, S. 45.

⁵²² Sog. nominated subcontractors, bei denen der Auftraggeber ein Auswahlrecht hat oder sich dieses vorbehält. In der deutschen Bauwirtschaft wird diesbezüglich von „beigestellten Unternehmern“ gesprochen. Der Auftraggeber eines Generalunternehmervertrages versucht den Auftragnehmer bestimmte, ihm bekannte, billigere Subunternehmer zum Vertragsschluß nahezu legen, vgl. Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 67.

dominante Funktion des Ingenieurs macht deutlich, daß die FIDIC Bedingungen in der Tradition des englischen Rechts stehen⁵²³. Der beratende Ingenieur hat dort eine feste und anerkannte Stellung als neutrale Institution bei der Vertragsabwicklung. Bauverträge größeren Umfangs ohne Einschaltung eines beratenden Ingenieurs sind in diesem Rechtskreis kaum denkbar.

Nach den älteren Auflagen der FIDIC Bedingungen des *Red, Yellow* und *Orange Book* hatte der Ingenieur als Streitschlichter und quasi-Schiedsrichter für sämtliche während der Vertragslaufzeit entstehenden Streitigkeiten zu agieren. Er hatte weitgehende Eingriffs- und Änderungsbefugnisse hinsichtlich der vertraglichen Bedingungen und seine Zustimmung war Voraussetzung für verschiedene Ansprüche des Auftragnehmers⁵²⁴. Der Auftragnehmer konnte sich nur durch Anrufung des Schiedsgerichts innerhalb einer kurzen Frist gegen die andernfalls eintretende Verbindlichkeit der Entscheidung des Ingenieurs zur Wehr setzen.⁵²⁵ Der Ingenieur galt aufgrund seiner umfassenden Entscheidungsbefugnis als unparteiische Institution⁵²⁶. Als solche mußte er seine Aufgaben als Bauherrenvertreter von seinen Befugnissen und Pflichten als unabhängige Institution strikt trennen. Die vorausgesetzte Neutralität des Ingenieurs war nur schwer mit der Tatsache zu vereinbaren, daß der Ingenieur vom Auftraggeber beauftragt und bezahlt wurde⁵²⁷. Unbehagen bereitete zudem die mangelnde Objektivierung des Entscheidungsspielraums des Ingenieurs. Die FIDIC Bedingungen gaben dem Ingenieur keine Entscheidungskriterien vor, sondern ließen ihm freien Raum⁵²⁸. Die Stellung des Ingenieurs wurde in der Literatur

⁵²³ Denzer S. 13 ff; Nicklisch in FS für Habscheid S. 218; Weick, Standardbedingungen, S. 226.

⁵²⁴ Zum Beispiel Klausel 51 Red Book a.F. beinhaltete die Befugnis des Ingenieurs, Änderungen anzuordnen. Dem Ingenieur kam in diesem Zusammenhang auch die Befugnis zu, darüber zu entscheiden, ob es sich um eine Änderung mit der Folge der Mehrvergütung oder lediglich um eine Konkretisierung der entsprechenden Leistung handelte. Er hatte im Falle der Änderungsanordnung eine instruction for variation auszustellen, die Voraussetzung für die Mehrvergütung war, Klausel 51.2. Der Ingenieur hatte dabei auch über die Anwendbarkeit der Vertragspreise für die Mehrvergütung zu entscheiden, sowie die Höhe der Mehrvergütung festzulegen, falls eine Einigung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber nicht zu Stande kam, Klausel 51.1. Ähnlich weitgehende Rechte hatte der Ingenieur bei Behinderungen gemäß Klausel 44, und bei Mehrvergütungsansprüchen gemäß Klausel 12.2, 6.4, 40.1 und 42.1.

⁵²⁵ Vgl. Klausel 67 Red Book; vgl. ausführlich Sepalla „International Construction Contract Disputes“ www.fidic.org/resources/contracts.

⁵²⁶ Denzer S. 25; Nicklisch in FS für Habscheid S. 228; Goedel RIW 1982, S. 82.

⁵²⁷ Denzer S. 36; Habscheid S. 228f mwN.

⁵²⁸ Die FIDIC Bedingungen benutzten Formulierungen wie „at his satisfaction“ „at his opinion“, die allein auf die subjektive Einschätzung des Ingenieurs abstellen.

erheblich kritisiert⁵²⁹. Gerade in kontinentalen Ländern wie Deutschland mit einem von den englischen Traditionen abweichenden Rechtsverständnis stieß das englische und amerikanische Modell des beratenden Ingenieurs auf Unverständnis. In der Praxis, in der das Baugeschehen zunehmend von privaten Geldgebern abhängt, wurden nicht ausschließlich positive Erfahrungen beratenden Ingenieuren gemacht.

Die FIDIC hat deshalb die Rolle des Ingenieurs modifiziert und in Klausel 3.1. des neuen *Red* und *Yellow Books* klargestellt, daß der Ingenieur vom Auftraggeber beauftragt wird und dessen Vertreter ist. Im *Silver Book* ist der Ingenieur als zwingende Institution nicht vorgeschrieben. In Klausel 3.1. diesen Vertragsbedingungen ist nicht vom Ingenieur sondern lediglich von einem Vertreter des Auftraggebers („*employers representative*“) die Rede. Die Verpflichtung des Ingenieurs zur Unparteilichkeit wurde vollständig aufgehoben⁵³⁰. Aus diesem Grunde kann der Ingenieur in den neuen Bedingung durch den Auftraggeber ersetzt werden, während die Parteien nach dem alten *Red Book* an den einmal nominierten Ingenieur gebunden waren. Streitigkeiten werden nicht mehr durch den Ingenieur sondern durch ein Dispute Adjudication Board entschieden. Da der Ingenieur nunmehr eindeutig als Vertreter des Auftraggebers auftritt, werden diesem die Fehler des Ingenieurs zugerechnet. Dem Auftragnehmer werden in Klausel 16.1. und 16.2 Rechtsbehelfe gegen das Verhalten des Ingenieurs an die Hand gegeben. Er kann in bestimmten Fällen die Arbeiten aussetzen oder den Vertrag kündigen.

Dennoch hat der Ingenieur auch im neuen *Red Book* eine über die Stellung eines Vertreters des Auftraggebers hinausgehende Stellung. So wird in Klausel 3.5 vom Ingenieur erwartet, daß er faire Entscheidungen trifft und alle relevanten Belange beachtet, sofern die FIDIC Bedingungen auf diese Klausel verweisen und vorher der Versuch einer einvernehmlichen Lösung gescheitert ist. Dem Ingenieur kommt die Aufgabe eines Mediators zu, der in Konfliktfällen eine Vereinbarung zwischen den Parteien vermitteln soll. Gelingt

⁵²⁹ Nicklisch in FS für Habscheid S.220; Goedel ZfBR 1978, S. 10 f; Bauer in Nicklisch (Hrsg.) „Der Subunternehmer bei Bau- und Anlageverträgen im In- und Auslandgeschäft“ S. 179, 188; Denzer S. 129.

⁵³⁰ Corbett ICLR 1999, S. 45; Bateson „FIDIC- New 1999 Edition of the Red Book; Impartiality of the Engineer“ www.fidic.org/resources/contracts.

ihm dies nicht, ist er in diesen Fällen befugt, eine Entscheidung zu treffen. Die Entscheidung des Ingenieurs wird für die Vertragsparteien verbindlich, wenn nicht eine der Vertragsparteien gemäß Klausel 20, d.h. mit Hilfe des Dispute Adjudication Board, gegen die Entscheidung vorgeht. Der Ingenieur entscheidet nach diesem Verfahren über Bauzeitverlängerung wegen unvorhergesehener Bedingungen und Bauzeitverlängerung wegen Tests des Auftraggebers während der Bauausführung. Seine Entscheidungsbefugnis erstreckt sich auf Bauzeitverlängerung infolge von Anordnungen des Ingenieurs oder auf die Preisbestimmung gemäß Klausel 12.3 und 12.4. Daneben ist das Verfahren hinsichtlich zusätzlicher Ansprüche des Auftragnehmers bei besonderen Leistungen oder im Falle von Vertragsanpassungen bei Gesetzesänderungen anwendbar. Eine Vielzahl weiterer Anwendungsfälle des Verfahrens nach Klausel 3.5 ist gegeben⁵³¹.

Grundsätzlich soll der Ingenieur gemäß Klausel 3.1 nicht befugt sein, den Vertrag zu ändern. Der Ingenieur kann aber Änderungen und Erweiterungen der vertraglichen Leistung anordnen. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, diese Leistungen auszuführen. Kommt eine Einigung über das Nachtragsangebot des Auftragnehmers nicht zu Stande, kann der Ingenieur auch über den aus der Änderung oder Erweiterung der Leistung folgenden Vergütungsansprüchen des Auftragnehmers entscheiden, wobei er einen angemessenen Gewinnanspruch des Auftragnehmers berücksichtigen soll⁵³². Dem Ingenieur wird bei der Entscheidung über die Vergütungsforderungen des Auftragnehmers ein weites Ermessen eingeräumt. Ist der Auftragnehmer mit dieser Entscheidung nicht einverstanden, muß er Einspruch erheben, so daß das Schlichtungsverfahren gemäß Klausel 20 durchzuführen ist. Dennoch bleibt er

⁵³¹ Anwendungsfälle sind Klausel 2.1 (Bauzeitverlängerung und Kosten wegen verspäteter Inbesitznahme der Baustelle); Klausel 2.5 (Ansprüche des Auftraggebers); Klausel 4.7 (Bauzeitverlängerung bei Verzögerungen infolge falscher Messpunkte), Klausel 4.20 (Preise und Mengen für Ausrüstungsnutzung des Auftraggebers); Klausel 4.24 (Bauzeitverlängerung oder Zusatzkosten bei Funden); Klausel 9.4 (Kosten für fehlgeschlagene Fertigstellungstests); Klausel 10.2 (Kosten für vorzeitige Übernahme durch den Auftraggeber); Klausel 10.3 (Folgen bei Verhinderung des Fertigstellungstests); Klausel 11.4 (Reduzierung des Vertragspreises bei Mängeln, die nicht vom Auftragnehmer nachgebessert wurden); Klausel 11.8 (Kosten der Ursachenerforschung von Mängeln); Klausel 14.4 (Zahlungsplan); Klausel 15.3 (Schätzung des Fertigstellungstermins); Klausel 16.1 (Zusätzliche Ansprüche des Auftragnehmers für Fälle berechtigter Arbeitsunterbrechung); Klausel 17.4 (zusätzliche Ansprüche bei Risikoverwirklichung für die der Auftraggeber einzustehen hat); Klausel 19.4 (zusätzliche Ansprüche in Fälle höherer Gewalt); Klausel 20.1 (Ansprüche des Auftragnehmers).

⁵³² Kus/Markus/Steding Jhb. Baurecht 2002, S. 257.

verpflichtet, die zusätzliche Leistung auszuführen⁵³³. Diese vertragliche Struktur kann zu einer lang anhaltenden Unsicherheit des Auftragnehmers über die Vergütung für zusätzliche Leistungen führen und somit das Kooperationsverhältnis der Parteien belasten.

Daneben hat der Ingenieur gemäß Klausel 14.6 eine faire Entscheidung bei der Ausstellung des Zertifikates für Abschlagszahlungen (*Interim Payment Certificate*) und gemäß Klausel 14.13 bei der Ausstellung des Zertifikates für die Schlußzahlung (*Final Payment Certificate*) zu treffen. Auch als Certifier hat der Ingenieur seine unabhängige Stellung beibehalten.

Im *Silver Book* wird konsequenterweise eine faire Entscheidung anstatt vom Ingenieur vom Auftraggeber erwartet. Die Bedeutung dieser Bestimmungen ist dort wesentlich geringer.

Schwierigkeit bereitet das Verständnis des Begriffs der Fairness, den die FIDIC Bestimmungen im Unterschied zu dem vorher verwandten Begriff der Unparteilichkeit verwenden. Auch diesem Begriff fehlt eine Objektivierung. Der Ingenieur wird seine Entscheidung an den Maßstäben auszurichten haben, die von einem Schiedsrichter erwartet werden können⁵³⁴. Problematisch an der Beschränkung der Anzahl der Entscheidungen, bei denen der Ingenieur fair zu entscheiden hat, ist ferner, daß er in anderen Fällen keinen inhaltlichen Vorgaben unterliegt. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, daß die FIDIC den Begriff der Fairness nicht in Abgrenzung zu sonst möglichen unfairen Entscheidungen gebrauchen wollte.

Die Stellung des Ingenieurs in den FIDIC Bedingungen als unabhängige und neutrale Institution geht auf das Bedürfnis der Bauvertragsparteien ein, während der Bauausführung eine mit den tatsächlichen Verhältnissen und sachlichen Gegebenheiten des Projektes vertraute Person als Koordinator des Vertrages einzuschalten, um notwendige Änderungen der vertraglichen Bedingungen, daraus resultierende Konflikte schnell und im gegenseitigen Einvernehmen lösen zu können sowie die Vertragsdurchführung

⁵³³ Kus/Markus/Steding Jhb. Baurecht 2002, S. 256 f.

nicht zu behindern. Die in den Neuauflagen der FIDIC Bedingungen vorgenommene Modifikation dieser Stellung macht den Zwiespalt deutlich, in dem sich der Ingenieur aufgrund seiner tatsächlichen Nähe zum Auftraggeber befand. Der Ingenieur konnte dem Bedürfnis der Vertragsparteien nach einer streitschlichtenden neutralen Institution, die den Vertrag begleitet und verwaltet, aufgrund seiner Nähe zum Auftraggeber nicht gerecht werden. Zwar sind wesentliche Teile seiner Koordinierungs- und Entscheidungsfunktion auch in den Neuauflagen der FIDIC Bedingungen erhalten geblieben, doch wurden dem Ingenieur einige wichtige Kompetenzen in Bezug auf die Veränderung der vertraglichen Bedingungen entzogen. Die Streitschlichtungsfunktion des Ingenieurs wurde aufgehoben.

2. Risikoverteilung

Die FIDIC Vertragsbedingungen haben ihre Bedeutung für internationale Bauvorhaben aufgrund ihrer ausgewogenen Risikoverteilung erlangt. Die allgemeine Risikoverteilung wird in Klausel 17 des *Red*, des *Yellow* und des *Silver Book* und Klausel 13 des Short Form of Contract vorgenommen. Die vertraglichen Risiken werden in Sphären aufgeteilt. Jede Partei trägt im Grundsatz die Risiken, die von ihr besser kontrolliert werden können.

Risiken, die von keiner der Parteien beherrscht werden können, wie z.B. Krieg, Rebellionen, ionisierende Strahlungen oder unvorhergesehene Naturgewalten o.ä., hat grundsätzlich der Auftraggeber zu tragen. Zu den hier genannten Risiken gehören aber auch die Verantwortung des Auftraggebers für seine oder die von ihm veranlaßte Planung sowie Risiken, die durch die Benutzung oder die Besetzung der Baustelle durch den Auftraggeber entstehen. Die diesbezügliche Aufzählung der Risiken des Auftraggebers in Klausel 17.3 ist abschließend⁵³⁵. Dies bedeutet jedoch nicht, daß alle anderen nicht in Klausel 17.3 genannten Risiken solche des Auftragnehmers sind, denn Klausel 17.3 bezieht sich weitestgehend auf Verlust- und Schadensrisiken, die auf unfallähnliche Situationen zurückzuführen sind und von den Parteien nicht

⁵³⁴ Corbett ICLR 1999, S. 43.

beherrscht werden können, nicht jedoch auf sonstige vertragliche Risiken, die in anderen Vertragsklauseln dem Auftraggeber zugeordnet sind⁵³⁶. Die Konsequenzen dieser dem Auftraggeber zugeordneter Risiken sind in Klausel 17.4 geregelt. Dem Auftragnehmer stehen danach Ansprüche auf zusätzliche Vergütung sowie auf Bauzeitverlängerung zu, über die der Ingenieur in dem oben dargestellten Verfahren nach Klausel 3.5 zu entscheiden hat. Entstehen die Ansprüche aufgrund fehlerhafter Planungsunterlagen oder aufgrund der Baustellenbesetzung kommen auch Gewinnersatzansprüche hinzu. Der Auftragnehmer hat für die Bauleistung bis zur Ausstellung des Übernahmezertifikates, das gemäß Klausel 10 vom Ingenieur auszustellen ist, einzustehen.

Abweichend von diesem Grundkonzept ist die Risikoverteilung im *Silver Book*, d.h. in den FIDIC Standardvertragsbedingungen für den Schlüsselfertigbau geregelt. Auch dort sind die durch den Auftraggeber zu übernehmenden Risiken abschließend in Klausel 17.3 aufgezählt. Die Risiken für Planungsleistungen, auch für solche, die vom Auftraggeber selbst erbracht wurden, die Risiken aufgrund der Besetzung der Baustelle durch den Auftraggeber und auch die Gefahren durch Naturgewalten sind in dieser Aufzählung nicht enthalten, so daß diese Risiken dem Auftragnehmer aufgebürdet werden. Im Gegensatz zu dieser Risikomaximierung des Auftragnehmers steht, daß die Eingriffsbefugnisse des Auftraggebers nicht wesentlich begrenzt wurden. Eine alleinige Entscheidungsgewalt des Auftragnehmers während der Bauphase, die es rechtfertigen würde, ihm sämtliche damit zusammenhängenden Risiken aufzuerlegen, ist nicht gegeben⁵³⁷. Eine ausgewogene Risikoverteilung, wie bei den anderen von der FIDIC herausgegebenen Standardvertragsbedingungen scheint bei dem neuen *Silver Book* nicht mehr gewährleistet⁵³⁸. Dieser Weg der Risikoverteilung wurde durch die FIDIC für das *Silver Book* favorisiert, weil Schlüsselfertigbauten üblicherweise fremdfinanziert werden. Der Kreditgeber wird bemüht sein, das Risiko auf seiner Seite zu minimieren. Das Risiko, das

⁵³⁵ Mallmann RIW 2000, S. 537.

⁵³⁶ Bunni, www.fidic.org/resources/contracts.

⁵³⁷ Corbett ICLR 1999, S. 45.

⁵³⁸ Mallmann RIW 2000, S. 537; Kehlenbach ZfBR 1999, S. 295; Bunni www.fidic.org/resources/contracts; auch Huse/Hoyle ICLR 1999, S. 35.

der von ihm finanzierte Auftraggeber übernimmt, muß demzufolge von Anfang an kalkulierbar sein. Die Möglichkeiten des Auftragnehmers, den Vertragspreis – gleich aus welchen Gründen – zu ändern, sollten deshalb im Silver Book limitiert werden, um diesen Erwartungen der Finanzwirtschaft entgegen zu kommen⁵³⁹. Aufgrund dieser abweichenden Risikoverteilung, die von der FIDIC für Turn Key Projekte für notwendig erachtet wurden, wird die Anwendung des *Silver Books* nur empfohlen, wenn der Auftragnehmer sicher sein kann, daß die Vertragsunterlagen des Auftraggebers gründlich und kompetent ausgearbeitet wurden und der Auftragnehmer die Risiken des Vorhabens einschätzen kann. Der Auftraggeber muß sich andererseits bewußt sein, daß die veränderte Risikoverteilung zu einer Verteuerung des Vorhabens führt, so daß sich diese Vertragsform nur für großvolumige Bauvorhaben eignet⁵⁴⁰.

Typisch für internationale Vertragswerke enthalten die FIDIC Bedingungen in Klausel 19 eine Bestimmung für Fälle höherer Gewalt (force majeure). Force Majeure wird in Klausel 19.1 definiert als ein außergewöhnliches Ereignis, das durch die Vertragsparteien nicht kontrollierbar ist und gegen das sie demzufolge keine Vorkehrungen treffen konnten und das nicht einer Partei zugeordnet werden kann. Dem Auftragnehmer stehen in diesen Fällen Ansprüche auf Bauzeitenverlängerung und Entschädigung zu, über die der Ingenieur gemäß Klausel 3.5 zu entscheiden hat. Dauert die Behinderung länger als 83 Tage oder bei mehreren Vorfällen länger als 140 Tage, steht beiden Vertragsparteien ein Kündigungsrecht zu. Um in den Genuß dieser Ansprüche zu kommen, hat der Auftragnehmer innerhalb von 14 Tagen nach Bekanntwerden des Ereignisses eine Behinderungsanzeige an den Auftraggeber abzugeben.

⁵³⁹ Le Goff www.fidic.org/resources/contracts.

⁵⁴⁰ Wade www.fidic.org/resources/contracts; vgl. auch das Vorwort der FIDIC zum Silver Book, in dem es heißt: „For such projects it is necessary for the contractor to assume responsibility for a wider range of risks than under the traditional Red and Yellow Books. To obtain increased certainty of the final price, the contractor is often asked to cover such risks as the occurrence of poor or unexpected ground conditions, and that what is set out in the requirements prepared by the Employer actually will result in the desired objective. If the contractor is to carry such risks, the employer obviously must give him the time and opportunity to obtain and consider all relevant information before the contractor is asked to sign on a fixed contract price. The employer must also realize that asking serious contractors to price such risks will increase the construction cost and result in some projects not being commercially viable.“

3. Anspruchsdurchsetzung

Die Anspruchsanmeldung für Auftraggeber und Auftragnehmer ist in den FIDIC Bedingungen durch ein formalisiertes Verfahren gekennzeichnet⁵⁴¹.

Ansprüche des Auftraggebers auf Zahlungen oder auf Verlängerung der Gewährleistungsfrist sind von einer vorherigen Benachrichtigung (notice) des Auftragnehmer durch den Auftraggeber oder den Ingenieur abhängig. In dieser Benachrichtigung sind Grund und Höhe des Anspruches detailliert anzugeben. Die Benachrichtigung hat unverzüglich zu erfolgen, nachdem der Auftraggeber vom Bestehen des Anspruches Kenntnis erlangt. Die Höhe des Anspruches wird letztendlich durch den Ingenieur gemäß Klausel 3.5 festgelegt.

Auch Ansprüche des Auftragnehmers auf Bauzeitverlängerung oder Zahlung werden gemäß Klausel 20.1 von einer vorherigen Benachrichtigung des Auftraggebers, die nicht später als 28 Tage ab Kenntnisnahme des Anspruchsgrundes erfolgen darf, abhängig gemacht. Über die Ansprüche des Auftragnehmers entscheidet der Ingenieur gemäß Klausel 3.5.

Zu erwähnen ist die in Klausel 4.6 enthaltene Verpflichtung des Auftragnehmers zur Kooperation. Der Auftragnehmer hat gemäß den Bestimmungen des Vertrages und den Instruktionen des Ingenieurs die Arbeiten anderer Auftragnehmer, des Personals des Auftraggebers oder öffentlicher Einrichtungen zu dulden und zu unterstützen. Falls dem Auftragnehmer dadurch unvorhergesehene Kosten entstehen, wird die Instruktion des Ingenieurs als Erweiterung des Vertrages angesehen, so daß der Auftragnehmer zusätzliche Vergütungsansprüche erlangt.

Das streng formalisierte Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen, das durch die FIDIC Bedingungen aufgestellt wird, soll dem Auftraggeber durch frühzeitige Information die Möglichkeit einräumen, schnell

⁵⁴¹ Kus/Markus/Steding Jhb. Baurecht 2002, S. 245 ff.

auf neue Ereignisse und geänderte Umstände reagieren zu können. Zwar werden dadurch hohe Anforderungen an den Auftragnehmer gestellt, deren Nichtbeachtung zum Verlust des Anspruches führt. Andererseits wird der Auftragnehmer auf diese Weise zu erhöhter Disziplin und Aufmerksamkeit auf der Baustelle und zur Erstellung einer lückenlosen und aussagekräftigen Dokumentation gezwungen⁵⁴². Der Informationsfluß zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber während des Bauablaufs wird dadurch gesichert und der relevante Sachverhalt wird im Falle eines Konflikts durch die Parteien aufgeklärt werden können, so daß eine größere Chance zur Vermeidung eines Streitschlichtungs- oder Schiedsgerichtsverfahrens besteht.

4. Streitschlichtung

Die Vertragsbedingungen der FIDIC sehen in Klausel 20 das Dispute Adjudication Board⁵⁴³ zur Streitschlichtung vor, das nach der Limitierung der Befugnisse des Ingenieurs eine zentrale Funktion innerhalb der FIDIC Bedingungen besitzt. Das Dispute Adjudication Board (DAB) wurde aus der Notwendigkeit entwickelt, einen neutralen Dritten zur Streitschlichtung einzuschalten, der die Bauabwicklung verfolgt hat und deshalb schnell und kompetent in der Bauphase entscheiden kann. Man geht davon aus, daß ca. 95% der auftretenden Streitigkeiten erfolgreich mittels eines DAB Verfahrens gelöst werden können⁵⁴⁴.

Das Red Book sieht ein permanentes DAB vor, d.h. dieses wird bereits am Anfang der vertraglichen Beziehung der Parteien gebildet und begleitet den Bauablauf. Es besteht aus drei Mitgliedern (*Adjudicator*) von denen jeweils ein Mitglied von einer der Parteien und das dritte Mitglied durch deren Wahl bestimmt wird. Das DAB wird dabei in der Regel durch technische

⁵⁴² Kus/Markus/Steding Jhb. Baurecht 2002, S. 248.

⁵⁴³ Das Dispute Adjudication Board wurde ebenfalls im englischen und anglo amerikanischen Rechtskreis entwickelt. Es ist jetzt im englischen Vertragsrecht in Part II sec. 108 des HGRC Act gesetzlich normiert und zwingend vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens vorgeschrieben. vgl. dazu Wiegand RIW 2000, S. 197; In die Standardvertragsbedingungen fand das DAB Eingang über die guten Erfahrungen, die in den USA mit dem DAB gemacht wurden, die dazu führten, daß die Weltbank bei ihren Projekten die Vereinbarung eines DAB vorschrieb. Wiegand RIW 2000, S. 201; Goedel IBR 2000, S. 298.

⁵⁴⁴ Suresh www.fidic.org/resources/contracts.

Experten und nicht durch Juristen dominiert⁵⁴⁵. Im Streitfall hat das DAB innerhalb von 84 Tagen, nachdem es angerufen wurde, verbindlich zu entscheiden. Ist eine der Vertragsparteien mit der Entscheidung nicht einverstanden, hat sie 28 Tage Zeit die andere Partei darüber zu informieren. In diesem Fall sind die Parteien gemäß Klausel 20.5 verpflichtet, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Gelingt eine einvernehmliche Lösung nicht, wird der Streit an ein internationales Schiedsgericht verwiesen, wobei die FIDIC Bedingungen in Klausel 20.6 die Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer (ICC) favorisieren. Die Verpflichtungen der Parteien und des Ingenieurs werden durch die Einleitung des Schiedsverfahrens nicht suspendiert, d. h. die Parteien sind weiterhin verpflichtet, ihren Leistungsverpflichtungen nachzukommen. Im Verfahren vor dem Schiedsgericht kann der Ingenieur unabhängig von seiner Stellung als Beauftragter des Auftraggebers als Zeuge vernommen werden. Die Durchsetzung nicht angegriffener DAB Entscheidungen erfolgt ebenfalls über die Einleitung eines Schiedsverfahrens gemäß Klausel 20.7⁵⁴⁶. Die DAB Entscheidungen besitzen aufgrund der fachkompetenten Zusammensetzung des Entscheidungsgremiums und dessen konkreter Sachverhaltskenntnis große Akzeptanz bei den Vertragsparteien, so daß sie überwiegend freiwillig befolgt werden⁵⁴⁷.

Im Yellow und im Silver Book der FIDIC ist das DAB dagegen grundsätzlich nicht als permanent vorgesehen, sondern es wird auf Antrag einer Partei innerhalb von 28 Tagen gebildet, wenn eine Partei einen Konfliktfall dem DAB zur Entscheidung übertragen will. Eine davon abweichende Einigung der Parteien auf ein permanentes DAB ist möglich und wird durch die FIDIC für besonders großvolumige Bauprojekte empfohlen⁵⁴⁸. Es besteht abhängig von der vertraglichen Vereinbarung aus einem oder aus drei Mitgliedern. Der Nachteil des nachträglich gebildeten DAB besteht darin, daß dieses nicht in den Bauablauf einbezogen ist und demzufolge mit geringeren tatsächlichen Kenntnissen auskommen muß. Das ad-hoc gebildete DAB eröffnet die

⁵⁴⁵ Wiegand RIW 2000, S. 201; Wagner NZBau 2001, S. 171; Goedel IBR 2000, S. 298.

⁵⁴⁶ Mallmann RIW 2000, S. 539.

⁵⁴⁷ Goedel aaO.

⁵⁴⁸ Seppala ICLR 2000, S. 3.

Möglichkeit, für jeden Streitfall die jeweiligen Experten als Mitglieder zu bestimmen. Die FIDIC ging offensichtlich davon aus, daß das Yellow und das Silver Book vor allem für Vorhaben genutzt werden, die die Lieferung bestimmten Equipments und nicht die Bauausführung selbst zum Gegenstand haben, so daß keine Rechtfertigung für ein ständiges DAB und der damit verbundenen Kosten gegeben sei⁵⁴⁹. Aufgrund der großen Anzahl von Bauvorhaben, die auf der Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung oder mittels eines Schlüsselfertigbauvertrages abgewickelt werden, sind die Vertragsparteien gehalten, auch bei diesen Verträgen ein permanentes DAB zu vereinbaren⁵⁵⁰.

5. Zusammenfassung

Das herausragende Strukturmerkmal der FIDIC Bauvertragsbedingungen ist die Einbindung eines beratenden Ingenieurs in den Bauablauf. Die Funktion des Ingenieurs als Administrator des Vertrages und gerade auch die diesbezügliche Reform der FIDIC Bedingungen, die zu einer Relativierung der Entscheidungsbefugnisse des Ingenieurs geführt und seine Stellung schärfer definiert haben, machen deutlich, daß es beim Bauvertrag einer neutralen Institution bedarf, die entstandene Konflikte und Probleme schnell und ohne negative Auswirkungen auf den Bauablauf vor Ort entscheiden kann. Die Zwischenschaltung eines neutralen Dritten, dessen Entscheidungen von den Vertragsparteien als verbindlich anerkannt werden und der sich an vorher festgelegte Grundsätze zu halten hat, verhindert Konfliktpotential und fördert damit das kooperative Verhalten der Vertragsparteien. Auch wenn die Konzeption des neutralen beratenden Ingenieurs wegen seiner faktischen Nähe zum Auftraggeber in den Neuauflagen der FIDIC Bedingungen nicht in vollem Umfang aufrecht erhalten wurde, ist die ihm noch immer auferlegte Verpflichtung zu einer fairen Entscheidung ein Vorteil gegenüber dem sonst zur Entscheidung berufenen Auftraggeber, da der Ingenieur aufgrund seiner fachlichen Kompetenz eher als der Auftraggeber in der Lage sein wird, den Sachverhalt richtig zu beurteilen.

⁵⁴⁹ Ebenda.

⁵⁵⁰ Jaynes „FIDIC`s 1999 Edition of Conditions of Contract for Plant and Design-Build and EPC Turnkey Contract: Is the DAB still a star?“ www.fidic.org/resources/contracts.

Aufgrund der wesentlich höheren Regelungsdichte der FIDIC Bedingungen gegenüber der VOB/B besteht geringerer Auslegungsbedarf. Ein Rückgriff auf gesetzliche Regelungen zur Lückenfüllung wird entbehrlich. Der offensichtliche Vorteil dieser Regelungstechnik besteht darin, daß durch eine anfänglich vollständige Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten Rechtssicherheit für die Vertragsparteien geschaffen wird. Die verloren gegangene Flexibilität der Regelung wird dadurch ausgeglichen, daß Bereiche, die beim Bauvertrag erfahrungsgemäß einer Regelung vor Ort bedürfen, dem Ingenieur übertragen sind.

Ähnlich zu beurteilen ist die in den FIDIC Bedingungen anzutreffende Tendenz zur Formalisierung bei der Durchsetzung von Ansprüchen. Zwar kann es aufgrund hoher formeller Anforderungen im Einzelfall zu ungerechten Ergebnissen kommen. Andererseits schaffen formelle Regelungen Rechtssicherheit und erleichtern die Beweisführung. Den Parteien des Bauvertrages, die zumindest auf Auftragnehmerseite im Regelfall Kaufleute sein werden, ist die Einhaltung bestimmter Formvorschriften zumutbar. Die auf deutschen Baustellen häufig anzutreffenden „shake hand agreements“ mögen zwar den Verwaltungsaufwand der Beteiligten vermindern, sie entsprechen jedoch nicht den von Interessengegensätzen geprägten Verhaltensmustern am Bau.

VI. Zusammenfassung des 3. Teils

Der Vergleich der hier vorgestellten unterschiedlichen Bauvertragsmuster und Bauvertragsbedingungen zeigt, daß es ein vollkommenes rechtlich abgesichertes Kooperationsmodell eines Bauvertrages nicht gibt. Sämtliche Bauvertragsordnungen, egal ob gesetzlich geregelt oder in Standardvertragsbedingungen enthalten, treffen Regelungen zu den gleichen Problempunkten des Baugeschehens, d.h. insbesondere zu Leistungsänderungen und Leistungserweiterungen, zu Behinderungen aufgrund unvorhergesehener Umstände oder Bedingungen, zu Fragen der Bauzeit und den daraus jeweils resultierenden Ansprüchen. Diese Problemkreise beinhalten das wesentliche

Konfliktpotential des Bauvertrages, so daß an diesen Punkten der Kooperationsgedanke zum Tragen kommt. Keine der vorgestellten Regelungen enthält eine über das klassische Zweipersonenvertragsverhältnis hinaus gehende Lösung bezüglich des Problems der nebeneinander am Bauvorhaben beteiligten Unternehmer.

Die Regelungen der VOB/B halten dem internationalen Vergleich durchaus stand. In einigen Regelungsbereichen, insbesondere im Punkte des Vertragsmanagements, des Streitschlichtungsverfahrens sowie bei den Regelungen zur Ausgestaltung des Verfahrens bei Vertragsänderungen werden Schwächen der VOB/B Regelung deutlich.

4. Teil - Änderungsmöglichkeiten

Die vorangegangene Darstellung der Regelungen der VOB/B und der Vergleich mit verschiedenen anderen Bauvertragsbedingungen haben gezeigt, daß der rechtliche Anknüpfungspunkt des Kooperationsverhältnisses der Parteien zum einen in den verschiedenen Mitwirkungs-, Informations- und Schutzpflichten und deren rechtlicher Einordnung, sowie in einer gerechten Verteilung der vertraglichen Risiken besteht.

Rechtliche und vertragliche Regelungen sollen eine effektive und reibungslose Vertragsdurchführung gewährleisten und im Konfliktfall eine zeitnahe und interessengerechte Entscheidung ermöglichen, durch die der Bauablauf nicht behindert wird. Gegenstand des Kooperationsgedankens im Bauvertragsrecht ist es, den Vertragsparteien die entsprechenden Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen.

Die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Rechts bei der Gewährleistung und Durchsetzung eines Kooperationsverhältnisses der Vertragsparteien sind andererseits nicht zu übersehen. Kooperation setzt einen darauf gerichteten Willen der Vertragsparteien sowie wirtschaftliche Verhältnisse voraus, die eine Zusammenarbeit der Vertragsparteien ermöglichen. Es handelt sich um kein Spezifikum des Bauvertrages, sondern um ein Grundmerkmal jeder vertraglichen Beziehung. Jeder Vertrag basiert darauf, daß die Parteien ihre teilweise gegensätzlichen Interessen durch eine einvernehmliche auf der Basis der Gleichordnung geschlossene Vereinbarung ausgleichen. Voraussetzung dafür ist die soziale Fähigkeit, eigene Ziele zu verfolgen, ohne die Bedürfnisse und Interessen des Vertragspartners aus den Augen zu verlieren. Im Unterschied zu zwischenbetrieblichen Zusammenschlüssen und ähnlichen Kooperationsformen der Wirtschaft, die auf der Gestaltung gleicher Interessen beruhen, geht es in vertraglichen Beziehungen, die auf einen Leistungsaustausch gerichtet sind, um den Ausgleich gegensätzlicher Interessen. Die Kooperation der Vertragsparteien stellt sich trotz Unterschiedlichkeit der Interessen in einem funktionierenden

Markt ohne Zwang ein, wenn beide Vertragsparteien von der Zusammenarbeit profitieren⁵⁵¹. Vertragliche Vereinbarungen stellen in diesem Sinne kein Nullsummenspiel dar, bei dem ein Gewinn der einen Vertragspartei automatisch einen Verlust für die andere Vertragspartei bedeutet.

Die den Parteien vorgegebene Gegensätzlichkeit der Interessen belastet die Kooperationsbereitschaft der Parteien insbesondere bei Vertragsänderungen und der Verwirklichung unvorhergesehener Risiken, da in diesen Situationen der im Vertrag ausgehandelte Interessenausgleich nicht mehr gewährleistet ist. Ein Vertrag, an dessen gesetzte Bedingungen sich eine Vertragspartei nicht halten will oder ein Vertrag, dessen Bedingungen durch die tatsächliche oder wirtschaftliche Macht einer Vertragspartei diktiert wurden, kann keine Basis einer kooperativen Zusammenarbeit sein. Den nicht vorhandenen Kooperationswillen kann das Recht nicht ersetzen, es kann ihn lediglich sanktionieren. Durch rechtlichen Zwang wird Kooperation nicht bewirkt. Das Recht kann durch die Festlegung von Pflichten und durch die Sanktion der Pflichtverletzung ein kooperatives Verhalten für die Vertragsparteien attraktiver machen.

In der Sanktion mangelhafter Kooperation, auf der die zur Kooperationsverpflichtung der Bauvertragsparteien ergangenen Urteile des BGH beruhen, kommt gleichzeitig das Scheitern des vertraglichen Kooperationsverhältnisses zum Ausdruck. Da sich Gerichte stets nur mit den pathologischen Fällen auseinandersetzen können, kann es nicht Aufgabe der Gerichte sein, das Kooperationsprinzip des Bauvertrages weiterzuentwickeln. Vielmehr sind Regelungen zu entwerfen und in das Gesetz oder die VOB/B einzufügen, die eine effiziente und konfliktfreie Vertragsdurchführung gewährleisten.

Das Kooperationsprinzip in wirtschaftlichen Beziehungen, das auf der Kommunikations- und Einsatzbereitschaft der Beteiligten aufbaut, ist demzufolge nicht nur eine rechtliche Kategorie, sondern auch eine psychosoziale Fähigkeit, denn sie erfordert eine bestimmte Qualität des

⁵⁵¹ Mankin S. 207; Posner S. 101; Friedman S. 13; Breidenbach S. 71.

Verhaltens⁵⁵². Kooperation verlangt Offenheit und Kommunikationsbereitschaft. Persönliche Beziehungen, Vorlieben und Abneigungen beeinflussen das Kommunikationsverhalten der beteiligten Personen erheblich. Die Fähigkeit, persönliche Diskrepanzen zugunsten der Projektdurchführung zurückzustellen, ist durch rechtlichen Zwang nicht durchzusetzen. Die Verwirklichung des Kooperationsprinzips ist abhängig von einer Vielzahl wirtschaftlicher und sozialer Faktoren, die zu einer funktionierenden rechtlichen Regelung hinzukommen müssen.

Was bereits bei der Kooperation innerhalb einer sozialen Einheit oder zwischen Einheiten mit gleichgerichteten Interessen Schwierigkeiten bereitet, stellt noch höhere Anforderungen, wenn unterschiedliche Interessen oder die Interessen mehrerer Beteiligter in Einklang gebracht werden sollen.

Der Bauvertrag ist in dieser Hinsicht schwierig zu regeln. Eine Vielzahl veränderlicher Faktoren und Unwägbarkeiten belasten das Verhältnis der Vertragsparteien. Das Recht kann die Kommunikation der Parteien durch geeignete Regelungen und erleichtern und bestimmte regelmäßig auftretende Problemfälle vorausschauend lösen. Bei Vertragsschluß können nur die zu diesem Zeitpunkt bekannten und unveränderlich feststehenden Umstände einer verbindlichen Regelung zugeführt werden. Für während der Vertragsdurchführung auftretende Änderungen der maßgeblichen tatsächlichen Umstände, zu denen es gerade beim Bauvertrag aufgrund der häufigen Diskrepanz zwischen Plan und Realität immer wieder kommt, können im Vertrag nur Rahmenregelungen, d.h. solche Regelungen getroffen werden, die angeben, wie in einem solchen Fall zu verfahren ist.

Die derzeit für die deutsche Bauwirtschaft maßgeblichen rechtlichen Vorschriften des Bauvertrages, die hauptsächlich im BGB und in der VOB/B enthalten sind, können durch wenige, nicht notwendig strukturelle Ergänzungen und Modifizierungen geändert werden, um eine höhere Effizienz und geringere Störanfälligkeit bei der Vertragsdurchführung zu bewirken. Dabei kann vielfach auf die Erfahrungen anderer Vertragsordnungen zurückgegriffen werden.

⁵⁵² Nefiodow S. 149.

Es können drei grundsätzliche Ansatzpunkte für Vorschläge zur Änderung des geltenden Baurechts genannt werden. Es geht um eine Überarbeitung der Regelungen über die Risikoverteilung und der gegenseitigen Rechte und Pflichten. Es sollte weiter versucht werden, eine rechtliche Regelung hinsichtlich der Zusammenarbeit der Baubeteiligten zu finden. Schließlich sind die vorhandenen Mechanismen zur Konfliktlösung auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen.

I. Notwendigkeit der gesetzlichen Fixierung des Bauvertrages

Vielfach diskutiert wird, ob es einer speziellen gesetzlichen Regelung des Bauvertrages im Gesetz, d.h. einer Ergänzung des Werkvertragsrechts, oder eines gesonderten Bauwesengesetzes bedarf. Gerade im Zuge des zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes⁵⁵³, hätte eine entsprechende Regelung in das Gesetz aufgenommen werden können. Ein baurechtlicher Ergänzungsentwurf ist durch den Arbeitskreis Schuldrecht des Freiburger Instituts für Baurecht e.V. (IfBF) dem Bundesjustizministerium vorgelegt worden⁵⁵⁴. Der Entwurf sah vor, wesentliche Elemente des Regelungsgehalts der VOB/B, teilweise modifiziert, in das Werkvertragsrecht einzufügen und beide Regelungen weitgehend anzunähern. Insbesondere sollte dem Auftraggeber des Werkvertrages ein Änderungsrecht in Bezug auf den Vertragsgegenstand eingeräumt werden. Dem Auftragnehmer wäre ein zusätzlicher Vergütungsanspruch entsprechend den Grundlagen der vertraglichen Preisermittlung eingeräumt worden. Damit wäre dem Rahmencharakter des Bauvertrages in einer dem BGB bisher unbekanntem Weise Rechnung getragen worden. Daneben sollte ausdrücklich geregelt werden, daß der Auftraggeber das Baugrundstück so vorzubereiten hat, daß der Auftragnehmer seine Leistung erbringen kann. Damit wäre die umstrittene Frage der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vorunternehmers im Verhältnis zum Auftraggeber gesetzlich geklärt worden. Es sollte eine Bestimmung über Verbraucherverträge zur Errichtung von Wohnhäusern eingeführt werden, die den Auftragnehmer eine besondere Informationspflicht für den Fall auferlegen

⁵⁵³ BGBl I 2001, 3138.

sollte, daß der Auftragnehmer auch die Planung der Bauleistung übernimmt. Eine ausdrückliche Reaktion der Bundesregierung auf diesen Entwurf ist nicht erfolgt. Eine grundlegende Reform des Werkvertragsrechts war im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung offensichtlich nicht geplant. Die ausdrückliche gesetzliche Regelung bauvertraglicher Besonderheiten wurde als überflüssig erachtet⁵⁵⁵. Der Arbeitskreis Schuldrecht des Instituts für Baurecht Freiburg e.V. veröffentlichte nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes einen zweiten baurechtlichen Ergänzungsentwurf⁵⁵⁶, mit dem der Gesetzgeber neben einigen Änderungen des Werkvertragsrechts aufgefordert wurde, nach § 643 BGB in den §§ 644 – 651 besondere Vorschriften für den Bauvertrag aufzunehmen. Der Entwurf will ein spezielles gesetzliches Leitbild für den Bauvertrag schaffen, das mit den Vorschriften der VOB/B nicht in Widerspruch steht⁵⁵⁷. Ob sich der Gesetzgeber unmittelbar nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eines weiteren Reformvorhabens annehmen wird, ist derzeit nicht absehbar.

Es ist fraglich, ob es der Einführung eines speziellen Bauvertragsrechts in das Gesetz bedarf. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Fixierung des Bauvertrages im Gesetz wird damit begründet, daß ein gesetzliches Leitbild des Bauvertrages geschaffen werden sollte, das der Wirklichkeit näher kommt. Es würde eine geeignetere Rechtsgrundlage für die Fälle zur Verfügung stehen, in denen keine ausführlichen besonderen Vertragsbedingungen wie die VOB/B zwischen den Parteien vereinbart wurden. Die existierenden besonderen Vertragsbedingungen würden zudem weniger vom gesetzlichen Leitbild abweichen, so daß Schwierigkeiten, die bei der VOB/B im Zusammenhang mit den §§ 305 – 310 BGB bestehen, verringert werden könnten⁵⁵⁸. Eine bloße Reform der VOB/B sei nicht geeignet, die bestehenden AGB-rechtlichen Probleme zu lösen.

⁵⁵⁴ Beilage zu BauR Heft 4/2001, vgl. auch Kraus ZfBR 2001, S. 513.

⁵⁵⁵ Roth JZ 2001, S. 551; Raiser NZBau 2001, S. 598; vgl. auch Sienz BauR 2002, S. 181.

⁵⁵⁶ BauR 2002, Beilage zu Heft 4.

⁵⁵⁷ Begründung des Ergänzungsentwurfes, BauR 2002, Beilage zu Heft 4, S. 9. Der zweite Ergänzungsentwurf entspricht größtenteils den Vorschlägen des ersten Ergänzungsentwurfes. Hinzugekommen sind Vorschläge für spezielle Kündigungsvorschriften, die auf die Neuregelungen des BGB abgestimmt sind.

⁵⁵⁸ Freiburger Entwurf in Beilage zu BauR 4/2001 S. 8 ff; Oberhauser S. 307.

Ohne Zweifel wäre eine Veränderung der bestehenden gesetzlichen Regelung des BGB Werkvertragsrechts im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung vorteilhaft gewesen. Den besonderen Strukturmerkmalen des Bauvertrages, wie dessen Langzeit- und Rahmencharakter, hätte besser Rechnung getragen werden können. Gerade für Verbraucherverträge zur Errichtung von Wohnhäusern wäre eine gegenüber der VOB/B aber auch dem BGB verbesserte Regelung, die den Schutz des in der Baubranche unerfahrenen Auftraggebers berücksichtigt und ihm Anspruch auf umfassende Information und finanzielle Sicherheit einräumt, wünschenswert gewesen. Eine Änderung des gesetzlichen Leitbildes für den Bauvertrag hätte dazu beigetragen, die AGB-rechtlichen Probleme, die im Zusammenhang mit der Anwendung der VOB/B bestehen, zu entschärfen. Eine Reform des gesetzlichen Bauvertragsrechts wird deshalb auch zukünftig eine durch den Gesetzgeber zu erfüllende Forderung bleiben⁵⁵⁹.

Andererseits stellen die Regelungen des BGB noch immer eine ausreichende und bewährte Regelung für Bauverträge kleineren Umfangs dar. Diese Verträge lassen sich auch zukünftig problemlos mit den Regelungen des BGB abwickeln, denn die besonderen Strukturmerkmale des Bauvertrages kommen bei diesen Verträgen kaum zum Tragen⁵⁶⁰. Änderungen der Leistung, die zu einem veränderten Vergütungsanspruch führen können, sind seltener zu erwarten. Treten sie dennoch auf, bietet die Regelung des BGB, die zusätzliche Leistungen nur unter Veränderung des Vertrages, d.h. bei Vereinbarung einer zusätzlichen Vergütung, vorsieht und den Auftragnehmer sonst nicht als verpflichtet ansieht, diese Leistungen auszuführen, eine einfache und praktikable Regelung, die Rechtssicherheit für die Parteien garantiert. Abstriche am hohen Abstraktionsgrad des Gesetzes müssen zur Regelung dieser Verträge nicht vorgenommen werden. Für Bauvorhaben größeren Umfangs und für Fälle, in denen die Parteien die gesetzliche Regelung als für ihre Bedürfnisse unzureichend empfinden, steht die Möglichkeit der Vereinbarung besonderer Vertragsbedingungen wie der VOB/B zur Verfügung, die ohnehin bei fast allen Bauverträgen größeren Umfangs vereinbart wird.

⁵⁵⁹ Funke in Jhb. Baurecht 2002, S. 218.

Durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen⁵⁶¹ sind einige Regelungen in das BGB eingeführt worden, die den Besonderheiten des Bauvertrages Rechnung tragen. Dazu gehört der Anspruch auf Abschlagszahlungen in § 632 a BGB und die Regelung zur Vereinfachung der Abnahme in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB⁵⁶².

Die Tatsache, daß die VOB/B von der herrschenden Meinung als eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne der §§ 305 - 310 BGB angesehen wird⁵⁶³, erfordert es ebenfalls nicht zwingend, daß eine spezielle gesetzliche Regelung des Bauvertragsrechts geschaffen wird. Kollisionen der VOB/B mit dem AGBG waren nur in Fällen denkbar, in denen von der VOB/B abgewichen wurde. Wurde die VOB/B unverändert oder nur mit einigen nicht ins Gewicht fallenden Änderungen vereinbart, erfuhr sie in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG eine Privilegierung.

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sind die Regelungen des AGBG in die §§305 – 310 BGB integriert worden. Die Regelung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG ist in § 310 BGB n. F. nicht übernommen worden. Die VOB/B erfährt lediglich in den §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 b) ff) BGB n.F. eine ausdrückliche Privilegierung. Aus dem Umstand, daß § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG nicht unverändert in das BGB übernommen wurde, sollte nicht entnommen werden, daß die VOB/B einer Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegt, wenn sie als Ganzes vereinbart wurde. Die Nichtanwendbarkeit der §§ 307 ff BGB beschränkt sich nicht auf

⁵⁶⁰ Nicklisch JZ 1984, S. 758.

⁵⁶¹ BGBl. 2000 I, S. 330.

⁵⁶² Vgl. auch Keilholz in FS für Korbion S. 211f, der weitere Änderungsvorschläge für den BGB Werkvertrag unterbreitet, die teilweise durch die Rechtsprechung (Kostenvorschußanspruch, BGHZ 56, 136; 59, 365, 61, 28) geklärt wurden, teilweise durch die Schuldrechtsmodernisierung behandelt werden sollten (Hauskaufvertrag nach Kaufrecht, vgl. §631 Abs. 3 des Diskussionsentwurfes, der jedoch in den Regierungsentwurf nicht übernommen wurde, BT/D 14/6040) und teilweise noch keine Beachtung in der gesetzgeberischen Diskussion gefunden haben. Es handelt sich dabei (Architektenbindung, Verjährungsfristen, Schadenersatz) um Regelungsgegenstände, die befriedigend mit dem bisherigen Instrumentarium behandelt werden können.

⁵⁶³ BGH BauR 1983, S. 161; BGH NJW 1988, S. 55; 1991, S. 1813; NJW-RR 1989, S. 86; 1990, S. 156f; 1991, S. 534; Nicklisch/Weick Einl. Rn 29; Vygen „Bauvertragsrecht“ Rn. 133; Ingenstau/Korbion Einl. Rn. 26; aA Siegburg BauR 1993, S. 9 ff; Anker, Zumschlinge BauR 1995, S. 323; Pauly BauR 1996, S. 330; Weick FS für Korbion S. 457; Siegburg FS für Locher S. 349 ff.

die nun ausdrücklich geregelten Fälle der Privilegierung der VOB/B⁵⁶⁴. Der Gesetzgeber wollte durch die Neuregelung klarstellen, daß die Rechtsprechung des BGH zur Privilegierung der VOB/B inhaltlich unverändert in das Gesetz übernommen wird⁵⁶⁵. Die Rechtslage hat sich durch die Neufassung des Gesetzes nicht geändert. Allerdings enthält das Gesetz nach wie vor eine statische Verweisung auf die VOB/B in der bei Inkrafttreten des Gesetzes geltenden Fassung⁵⁶⁶. Änderungen oder Anpassungen der VOB/B werden von dieser Freistellung nicht erfaßt. Eine andere Ansicht würde zu einer Privilegierung jeder zukünftiger Änderung der VOB/B führen und wäre verfassungsrechtlich bedenklich.

Nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG wurden ausdrücklich nur § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 AGBG für die VOB für nicht anwendbar erklärt. Doch wurde insbesondere in der Rechtsprechung dieser Bestimmung entnommen, daß die VOB/B insgesamt mit dem AGBG im Einklang steht, da sie als Ganzes eine weitgehend ausgewogene Regelung darstellt⁵⁶⁷. Der Inhalt dieser Rechtsprechung gilt unverändert fort. Die Vereinbarkeit der VOB/B mit den §§ 305 ff BGB wird nur dann uneingeschränkt angenommen, wenn deren Regelungen unverändert vereinbart sind. Die Ausgewogenheit der Gesamregelung, d.h. die Balance zwischen einerseits für den Auftragnehmer und andererseits für den Auftraggeber vorteilhaften Vorschriften, ist nur dann gewährleistet. Die Vereinbarung der gesamten VOB/B ist die Voraussetzung für die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B. Wird dagegen individualvertraglich von den VOB/B Regelungen abgewichen, was in der Praxis sehr häufig vorkommt⁵⁶⁸, findet eine Inhaltskontrolle der verbliebenen Vorschriften der VOB/B am Maßstab der §§ 305 ff BGB statt. Die vertragliche Regelung ist unwirksam, wenn in den Kernbereich der VOB/B eingegriffen wurde und die isoliert vereinbarte Regelung der VOB/B gegen einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff BGB nicht Stand hält. Die unwirksame Klausel

⁵⁶⁴ Frikell BauR 2002, S. 672.

⁵⁶⁵ BT/D 14/6040 S. 154.

⁵⁶⁶ Lenkeit BauR 2002, Sonderheft 1a, S. 223.

⁵⁶⁷ BGHZ 86, 135, 142; 101, 357, 359; Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 121; Nicklisch/Weick Einl. Rn. 52; Vygen Bauvertragsrecht Rn. 140; vgl. auch Schmidt ZfBR 1984, S. 57.

⁵⁶⁸ Freiberger Handbuch – Passarge/Warner § 1 Rn. 122; Oberhauser S. 79 ff.

wird dann durch die Anwendung der gesetzlichen Bestimmung ersetzt⁵⁶⁹. Ohne auf die bisherige Rechtsprechung zur AGBG-Widrigkeit einzelner isoliert vereinbarter VOB/B Klauseln einzugehen⁵⁷⁰, bleibt festzuhalten, daß die Vertragsparteien die Wirksamkeit ihres Vertrages selbst in der Hand haben, indem sie die VOB/B unverändert vereinbaren. Wird die VOB/B geändert ist deren weitgehende Privilegierung nur gerechtfertigt, wenn die Ausgewogenheit der Gesamtregelung auch nach der Änderung gewahrt bleibt. Eine *per se* Privilegierung der VOB/B ist unter diesem Gesichtspunkt nicht gerechtfertigt. Auch bei einem gesetzlichen Bauvertragsrecht wäre die Ausgewogenheit der Regelung nur gewährleistet, wenn es unverändert dem Vertrag zugrunde gelegt wird. Da zahlreiche Regelungen des Schuldrechts abdingbar sind, würde sich die Frage nach der Ausgewogenheit der vertraglichen Regelung auch dann stellen. Eine gegenüber der derzeitigen Rechtslage grundsätzliche Verbesserung ist allein aus einer gesetzlichen Regelung des Bauvertragsrechts nicht zu erwarten, da die VOB/B aufgrund ihrer Ausgewogenheit eine Privilegierung erfährt, obwohl sie mit dem gesetzlichen Bauvertragsmodell nicht übereinstimmt.

Im Gegenteil bietet die Existenz standardisierter Vertragsbedingungen, die von Experten des jeweiligen Wirtschaftszweiges erarbeitet werden, die Möglichkeit flexibel und kompetent auf neue Entwicklungen zu reagieren, ohne ein aufwendiges Gesetzgebungsverfahren durchlaufen zu müssen⁵⁷¹. Die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung des Bausektors, in deren Folge sich klassische Bauunternehmen von Produzenten der reinen Bauleistung zu Dienstleistern und Systemanbietern entwickeln werden, wird eine weitere Auffächerung der Vertragsstrukturen notwendig werden⁵⁷², die durch gesetzliche Regelungen nicht nachvollzogen werden kann. Zudem können standardisierte Vertragsbedingungen auf verschiedene unterschiedliche Interessenlagen abgestimmt werden. Es bietet sich an, für

⁵⁶⁹ Anker/Zumschlinge BauR 1995, S. 330 schlagen dagegen vor, die Lückenfüllung durch die VOB/B Regelungen vorzunehmen, um dadurch die unwirksame vertragliche Regelung auf die ausgewogene VOB Regelung zurückzuführen. Zwar reduziert sich dadurch das Risiko des Verwenders, der von der VOB abweicht, da er sich in jedem Fall auf deren Regelungen berufen kann. Nimmt man die These der generellen Ausgewogenheit der VOB ernst, kann nur auf diese Weise den Interessen des benachteiligten Vertragspartners Rechnung getragen werden.

⁵⁷⁰ Anker/Zumschlinge BauR 1995, S. 325 ff.

⁵⁷¹ Keilholz in FS für Korbion S. 210; Roth JZ 2001, S. 551.

unterschiedliche Vertragstypen, die besonders häufig in der Wirtschaft zum Einsatz kommen, wie dem Generalunternehmervertrag oder dem Schlüsselfertigbauvertrag, eigene Vertragsbedingungen zu entwerfen, die den jeweiligen vertraglichen Besonderheiten gerecht werden und dadurch gewährleisten, daß die Standardbedingungen auch in diesen Fällen eine ausgewogene Regelung darstellen. Individualvertragliche Abänderungen des standardisierten Werkes wären seltener erforderlich. Auch für Verbraucherverträge sind standardisierte Vertragsbedingungen, die einen größeren Schutz des Verbrauchers unter der Berücksichtigung der besonderen Interessenlage bieten, denkbar⁵⁷³. Die stets drohende AGB-rechtliche Überprüfung der Vorschriften sollte eine Ausgewogenheit der jeweiligen vertraglichen Regelung garantieren.

Die praktische Durchsetzung dieser Vertragsbedingungen muß durch umfassende öffentliche Information der Baubranche und der Öffentlichkeit über die Existenz und Funktionsweise der Vertragsbedingungen bewirkt werden, so daß diese sich als branchenüblich durchsetzen.

Die VOB/B bietet eine gute Ausgangslage für dieses Vorhaben. Allerdings muß die VOB aus ihrer erklärten Beschränkung auf das öffentliche Submissionswesen gelöst werden. Es ist fraglich, ob der DVA in seiner derzeitigen Zielrichtung die richtige Institution für die Ausarbeitung dieser, dann vor allem für die private Bauwirtschaft gedachten, Vertragsbedingungen ist.

⁵⁷² Jacob BW Heft 5/2001, S. 28.

⁵⁷³ Vgl. die schwedischen ABS.

II. Verringerung des Schnittstellenrisikos

Das kooperative Verhältnis der Bauvertragsparteien scheitert besonders häufig, wenn es zu Änderungen des Vertragsinhaltes oder zu Kollisionen mit anderen, parallel am Bauvorhaben beschäftigten Unternehmen kommt. Das hier beschriebene Phänomen bereitet besondere Schwierigkeiten bei den klassischen Bauverträgen, bei denen der Auftraggeber als Bauherr den Bauablauf koordiniert, die Planungsleistungen erbringt und die Arbeiten an verschiedene Auftragnehmer vergibt. Beim Generalunternehmer- und Schlüsselfertigbauvertrag tritt dieses Problem nur auf, wenn dem Auftraggeber ein Anordnungsrecht bezüglich der Bauausführung zusteht, obwohl er die Planung nicht erstellt hat, sowie bei unvorhergesehenen Änderungen oder Planungsfehlern. Die damit verbundenen Risiken für das Vertragsverhältnis sind aufgrund ihrer mangelnden Vorhersehbarkeit schwer einer vertraglichen Regelung zugänglich.

1. Verringerung des Risikos von Vertragsänderungen

Das Schnittstellenrisiko kann erheblich verringert werden, wenn das Risiko einer Vertragsänderung reduziert wird. Vertragsänderungen, die auf Anordnungen des Auftraggebers während der Bauphase zurückzuführen sind, können nicht vermieden werden, will man gleichzeitig das Änderungsrecht des Auftraggebers aufrecht erhalten. Das Risiko von Vertragsänderungen, die auf Planungsfehler zurückzuführen sind, kann jedoch erheblich reduziert werden. Vertragsänderungen, die Mehrvergütungsansprüche zur Folge haben, resultieren oft aus Planungsfehlern, Fehlern der Ablaufplanung, falschen Daten oder Unterlagen oder Organisationsmängeln⁵⁷⁴. Diese Fehler werden durch Auftragnehmer teilweise ausgenutzt, um durch Vertragsänderungen eine Preiserhöhung durchzusetzen.

Ursache dieser Vertragsänderungen kann eine von der Baupraxis losgelöste Planung sein. Planungsarbeiten orientieren sich zunächst an den

⁵⁷⁴ Biesterfeld BW Heft 7 – 8/2001, S. 34.

Vorstellungen des Bauherrn und weniger an bautechnischen Möglichkeiten und wirtschaftlichen Umsetzungsvarianten. Muß die fertiggestellte Planung später an eine bestimmte technische Lösung angepaßt werden, kommt es zu Verzögerungen und es erhöhen sich die Gesamtkosten. Die Vollständigkeit und Richtigkeit der Planung sind somit wesentliche Voraussetzungen für die Konfliktvermeidung während der Baudurchführung⁵⁷⁵. Dem Risiko von Planungsfehlern kann vorgebeugt werden, indem der ausführende Bauunternehmer an der Planung beteiligt wird. Verträge, bei denen die Planung durch den Auftragnehmer übernommen wird, wie es beispielsweise bei turn key Projekten der Fall ist, oder Verträge, bei denen der Auftragnehmer in die Planungsphase einbezogen wird, wie der GMP Vertrag, enthalten ein nicht zu unterschätzendes Optimierungspotential. Der Auftragnehmer kann sich frühzeitig auf eine bestimmte Ausführungsvariante einstellen und seine praktischen Erfahrungen fließen in die Planung ein. Dieses Potential kann über die genannten Verträge hinaus bei nahezu allen Bauverträgen genutzt werden, sofern eine frühzeitige Festlegung auf einen ausführenden Betrieb erfolgt. Dies dürfte zumindest bei komplizierten technischen Arbeiten von Vorteil sein. Der Verlust an Preiswettbewerb, der durch eine frühzeitige Festlegung auf einen bestimmten Auftragnehmer zu erwarten ist, wird durch erhöhte Effizienz der Planung – zumindest teilweise – ausgeglichen. Zusätzlich bietet es sich an, den Wettbewerb auf die Planungsphase vorzuverlegen und bereits dann mehrere Bietergespräche zu führen. Nicht zu verkennen ist, daß unter dem teilweise ruinösen Preiswettbewerb auch die Qualität der Bauleistungen leidet. Möglicherweise bewirkt eine Preiserhöhung, die bei der vorgeschlagenen Lösung eintreten könnte, daß eine höhere Qualität der Bauleistungen erreicht wird.

Keine Lösung ist es, das einseitige Änderungsrecht des Auftraggebers einzuschränken. Durch Änderungen des Plans wird die zwischen den Parteien ausgehandelte einvernehmliche Grundlage ihres Zusammenwirkens aufgehoben, wodurch ein erhebliches Konfliktpotential entsteht⁵⁷⁶. Die Regelungen der § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B können dies nicht immer voll ausgleichen. Begrenzt wird das Änderungsrecht des

⁵⁷⁵ Wirth Jhb. Baurecht 2002, S. 103.

Auftraggebers nur durch die Formulierung in § 1 Nr. 4 VOB/B, nach der solche Leistungen nicht vom Auftragnehmer verlangt werden können, auf die sein Betrieb nicht eingerichtet ist, sowie durch den Grundsatz von Treu und Glauben⁵⁷⁷. Das Problem besteht jedoch nicht in dem kaum begrenzten Änderungsrecht des Auftraggebers, sondern im Streit um die daraus folgenden Vergütungsansprüche des Auftragnehmers. Die Lösung ist in einer Verbesserung der Vergütungsregelungen zugunsten des Auftragnehmers zu suchen. Nachträgliche Änderungen der Leistung können mit der Planungsverantwortung des Auftraggebers kollidieren. Durch eine umfassende und vorausschauende Planung soll der Auftraggeber vermeiden, daß nachträgliche Anpassungen des Vertrages notwendig werden. Stellen sie sich dennoch als notwendig heraus, sollten dem Auftragnehmer praktikable Regelungen zur Durchsetzung seiner Mehrvergütungsansprüche zur Verfügung stehen. Klare formelle Vorschriften und eindeutige Verhaltensanforderungen ebnen den Weg für Vertragsanpassungen insbesondere im Bereich störungsanfälliger Vertragsregelungen wie den Mehrvergütungsansprüchen des Auftragnehmers⁵⁷⁸. Eine Formalisierung des Verfahrens der Vertragsanpassung durch Erfordernisse der Schriftform oder durch Fristsetzungen kann neben der Verbesserung der Beweislage auch das Verhalten der Parteien positiv beeinflussen.

2. Leistungsänderungen und Mehrvergütungsansprüche

Erhebliches Konfliktpotential entsteht, wenn sich die Parteien bei bauvertraglich nahezu unvermeidbaren Planänderungen nicht über die daraus resultierenden Mehrvergütungsansprüche einigen können. Zur Lösung dieses Problems bieten sich grundsätzlich zwei verschiedene Varianten an.

Man kann dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungs- und Kündigungsrecht für den Fall der Leistungsänderung einräumen, bei dem eine Einigung über die Mehrvergütung vor Ausführungsbeginn nicht zu Stande

⁵⁷⁶ Olshausen in FS für Korbion S. 323, Egner S. 21.

⁵⁷⁷ OLG Hamm BauR 2001, S. 1596.

⁵⁷⁸ Weick in FS für Coing, S. 547.

kommt⁵⁷⁹. Diese Variante wäre im Interesse des Auftragnehmers und würde den Auftraggeber bewegen, ernsthafte Verhandlungen über die Mehrvergütungsforderung des Auftragnehmers aufzunehmen. Andererseits wird dem Auftragnehmer dadurch die Möglichkeit gegeben, sich über unberechtigt hohe Mehrvergütungsforderungen von einem unliebsamen Auftrag zu lösen oder den Auftraggeber durch die verhandlungsbedingte Verzögerung des Bauablaufs unter Druck zu setzen. Volkswirtschaftlich unerwünschte Effekte, wie höhere Baukosten und Verzögerungen wären die Folge. Es erscheint unter dem Gesichtspunkt einer kooperativen Vertragsgestaltung nicht notwendig, dem Auftragnehmer ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht bei Planänderungen einzuräumen. Es ist deshalb an der derzeitigen VOB/B Regelung, nach der dem Auftraggeber ein einseitiges Anordnungs- und Änderungsrecht zusteht, grundsätzlich festzuhalten.

Dagegen sind die Mehrvergütungsansprüche des Auftragnehmers transparenter zu regeln, so daß größere Rechtssicherheit für den vorleistungspflichtigen Auftragnehmer besteht. Die diesbezüglichen Verhandlungspflichten der Vertragsparteien können verstärkt und Verstöße dagegen sanktioniert werden⁵⁸⁰, um die Verhandlungsbereitschaft durch Druck auf eine Einigung zu stärken. Größere Transparenz und Rechtssicherheit läßt sich durch eine Formalisierung des Anspruchsverfahrens erreichen. Aus Beweisgründen sollte die Anordnung von Mehrleistungen oder Leistungsänderungen für den Auftragnehmer nur verbindlich sein, wenn sie schriftlich abgefaßt werden. Aus dem Inhalt der Anordnung muß sich Umfang und Ausmaß der geforderten Leistung ergeben. Eine nachträgliche Diskussion über die Frage, ob die ausgeführten Leistungen bereits im ursprünglichen Vertrag enthalten waren oder nicht, wird sich vermeiden lassen, da eine schriftliche Aufforderung des Auftraggebers nur bei geänderten Leistungen erforderlich ist. Die verbindliche Vereinbarung des Mehrvergütungsanspruches ist mit der Verpflichtung des Auftragnehmers zur Ausführung der zusätzlichen Arbeiten zu verknüpfen. Dem Auftraggeber, der die Planänderung beauftragt,

⁵⁷⁹ Ähnlich dem Modell des DDR Vertragsgesetzes, bei dem der Vertrag als aufgelöst galt, wenn keine Anzeige des Einverständnisses mit der Mehrvergütungsforderung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber vor Beginn der Ausführung geäußert wurde.

⁵⁸⁰ Horn, AcP 181 (1981), S. 285.

ist die Mehrvergütungsforderung innerhalb einer kurzen Frist zu unterbreiten. Die kurze Frist dient der Reduzierung dadurch bedingter Bauverzögerungen. Kommt eine Einigung nicht zu Stande, müssen die Vertragsbedingungen eine verbindliche Regelung darüber enthalten, wie und aus welchen Faktoren die Mehrvergütung zu berechnen ist. Die derzeit vorhandenen Vorschriften der VOB/B sind zu ungenau, da dem über die Vergütung letztendlich entscheidenden Gericht lediglich die Orientierung an den Grundlagen der Preisermittlung vorgegeben wird. Dies ist dem Grunde nach zwar richtig, doch ist der Ermessensspielraum des Gerichts dadurch wenig begrenzt, so daß für den Auftragnehmer nicht absehbar ist, wie und anhand welcher Kriterien über den Vergütungsanspruch entschieden wird⁵⁸¹. Die Vorgabe einer genaueren Methode zur Bestimmung des Vergütungsanspruches möglicherweise anhand bestimmter Durchschnittswerte würde die Rechtssicherheit auf Seiten des Auftragnehmers in Fällen erhöhen, in denen keine Vereinbarung über die Mehrvergütung getroffen wurde.

Einen weiteren Risikofaktor, der die Kooperationsbereitschaft des Auftragnehmers beeinträchtigen kann, stellt die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers dar. Das Werkvertragsrecht gewährt dem Auftragnehmer den Werklohnanspruch grundsätzlich erst nach Abnahme der Werkleistung. Ausnahmen gelten, wenn der Auftraggeber, etwa durch die Verweigerung bestimmter Mitwirkungshandlungen, die Fertigstellung des Werkes zu vereiteln sucht oder wenn erkennbar ist, daß der Auftraggeber auch nach Fertigstellung den Werklohn nicht bezahlen wird. In diesen Fällen kann es dem Auftragnehmer nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden, an der Vorleistungspflicht festhalten zu müssen⁵⁸². Dennoch sind diese Ausnahmen aus wirtschaftlichen Gründen für den Auftragnehmer unzureichend, so daß weiter vom Grundsatz der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers abgerückt werden sollte, ohne allerdings den Schutz des Auftraggebers zu vernachlässigen.

⁵⁸¹ Ingenstau/Korbion B § 2 Rn. 308; Ganten/Jagenburg/Motzke § 2 Nr. 6 Rn. 114.

⁵⁸² BGHZ 50, 175, 178; BGH WM 1986, S. 73; NJW 1984, S. 869; 1987, S. 1747; 1990, S. 3008. Abzugrenzen sind diese Ausnahmen von den gesetzlichen Regelungen der §§ 321 und 648 a BGB, nach denen dem Auftraggeber ein Leistungsverweigerungsrecht, bzw. ein Anspruch auf Bestellung einer Sicherheitsleistung zusteht, die ebenfalls das Vorleistungsrisiko des Auftragnehmers verringern sollen.

Die Vorleistungspflicht des Unternehmers, die sowohl dem BGB als auch der VOB/B zugrunde liegt, basiert auf dem werkvertraglichen Grundgedanken, daß der Auftragnehmer das Werk aus Stoffen des Auftraggebers herstellt, die ihm von diesem dafür zur Verfügung gestellt werden⁵⁸³. Diese Annahme stimmt jedoch mit der Realität des Bauvertrages nicht überein, da die Baustoffe fast ausschließlich durch den Auftragnehmer bereitgestellt und mit den Werklohnansprüchen abgerechnet werden. Der Auftragnehmer steht unter dem Druck, die gesamte Leistung einschließlich des Materials vorfinanzieren zu müssen. Jede Mehrleistung bedeutet ein zusätzliches Risiko für den Auftragnehmer. Das damit verbundene Risiko wird zwar durch einen dem Auftragnehmer gewährten Anspruch auf Abschlagszahlungen gemindert. Dieser ist in der VOB/B in § 16 Nr. 1 und aufgrund des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen nun auch in § 632 a BGB enthalten. Dennoch wird der Auftragnehmer auch bei Abschlagszahlungen nur für die erbrachten Leistungen bezahlt. Ein Anspruch auf Vorauszahlung, um notwendiges Material finanzieren zu können, ist im BGB⁵⁸⁴ nicht und in § 16 Nr. 2 VOB/B nur bei gesonderter Vereinbarung vorgesehen.

Die Bereitschaft zur Kooperation setzt Vertrauen voraus, das im Vergütungsbereich nur durch Sicherheit gewährleistet werden kann. Diese Sicherheit kann durch regelmäßige Abschlags- und Vorauszahlungen und durch die Bestellung finanzieller Sicherheiten gemäß § 648 a BGB erfolgen. Dabei sind Abschlags- und Vorauszahlungen vorzugswürdig. Sie reduzieren die Vorfinanzierungslast des Auftragnehmers und stellen für den Auftraggeber die wirtschaftlichere Variante dar, da er die Kosten zur Stellung der Sicherheiten einsparen kann. Aus diesem Grunde ist § 16 Nr. 1 und 2 VOB/B natürlich auch auf Mehrleistungen anwendbar⁵⁸⁵. Zumindest hinsichtlich des Materials wäre zu überlegen, ob dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Vorauszahlung zu gewähren ist.

⁵⁸³ Schellhammer Rn. 430.

⁵⁸⁴ § 632 a BGB sieht eine Bezahlung des Materials dann vor, wenn dem Auftraggeber das Eigentum am Material übertragen wird.

⁵⁸⁵ Leinemann NJW 1998, S. 3676.

3. Koordinierung der Zusammenarbeit verschiedener Unternehmer

Besonders schwierig ist es, das Verhältnis nebeneinander an einem Bauvorhaben beschäftigter Unternehmer rechtlich zu koordinieren. Das zwischen den nebeneinander tätigen Auftragnehmern des Bauvorhabens ein besonderes tatsächliches Verhältnis besteht, ist unumstritten und auch in der Rechtsprechung anerkannt, die insofern von einer Zweckgemeinschaft der Unternehmer spricht⁵⁸⁶. Das juristische Problem besteht darin, daß die Leistungen dieser Unternehmer faktisch miteinander verknüpft sind, so daß sie sich untereinander abstimmen und koordinieren müssen, die Verträge dieser Unternehmer aber rechtlich nicht miteinander verbunden sind. Jeder Auftragnehmer hat einen eigenen Bauvertrag mit dem Auftraggeber geschlossen, d.h. entweder mit dem Bauherrn selbst oder mit einem anderen Auftragnehmer des Bauherrn, für den er als Subunternehmer tätig ist. Mit den Bauverträgen der anderen am Bau beteiligten Unternehmer ist dieser Vertrag nicht verbunden. Es geht nicht nur um die Abstimmung der vertikal miteinander verflochtenen Verträge, wie zum Beispiel der Verträge des Auftraggebers mit dem Generalunternehmer und dessen Verträge mit seinen Subunternehmern, sondern es geht um eine Harmonisierung der sternförmig verbundenen Verträge verschiedener Auftragnehmer, die nebeneinander tätig werden. Vertragliche Ansprüche können im Regelfall nur im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem jeweiligen Auftragnehmer begründet werden. Faktische Berührungspunkte zwischen den einzelnen Unternehmern genügen nicht, um Ansprüche auch zwischen den nebeneinander tätigen Unternehmern zu begründen. Die Möglichkeiten der Abwicklung rechtlicher Probleme innerhalb der zweipoligen vertraglichen Beziehungen wird den komplexen tatsächlichen Beziehungen der am Bauvorhaben Beteiligten nicht gerecht. Die durch das klassische Vertragsrecht zur Verfügung stehenden Regulierungsmechanismen werden als ungenügend und nicht interessengerecht angesehen⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ BGH NJW 1952, S. 217; BGHZ 43, 227; BGH BauR 1970, S. 57.

⁵⁸⁷ aA Hager, S. 112, der eine strenge inter partes Abwicklung für kosten- und zeitsparend hält und diese deshalb vorzieht.

a. Baurechtliche Literatur

Trotz des dringenden Bedürfnisses, die einzelnen Bauverträge rechtlich miteinander zu verknüpfen, um eine Anspruchsdurchsetzung im Innenverhältnis zu ermöglichen, konnte eine praktikable Lösung mit den zur Verfügung stehenden Regelungsinstrumenten im privaten Baurecht nicht gefunden werden. Über die Struktur der nicht miteinander verknüpften Einzelverträge wurde nicht hinausgegangen.

In der Vergangenheit wurde der Gedanke angesprochen, daß die rechtliche Struktur der Unternehmerverträge starke Ähnlichkeiten mit einer Gesellschaft, bzw. einer gesellschaftsähnlichen Zusammenarbeit aufweist⁵⁸⁸. Die Verknüpfung der einzelnen Leistungsbeiträge und die gegenseitige Abhängigkeit der Beteiligten erforderten eine derart enge Zusammenarbeit. Der gesellschaftsrechtliche Beitrag würde durch die Bauleistungen der einzelnen Unternehmer erbracht, durch die der gemeinsame Zweck, die Errichtung des Gesamtwerkes, gefördert würde⁵⁸⁹. Dieser Gedanke wurde soweit ersichtlich bislang nicht aufgegriffen oder weiterentwickelt.

b. Andere Lösungsvorschläge

Das Problem der Anspruchsdurchsetzung tatsächlich miteinander verknüpfter Vertragsstrukturen, die rechtlich jedoch völlig selbständig sind, ist kein Unikum des Baurechts. In der heutigen immer komplexer werdenden Wirtschaftsordnung treten derartige Vertragsstrukturen immer häufiger auf. Beispiele sind neben dem Bauvertrag der bargeldlose Zahlungsverkehr, drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, Netznutzungsrechte in der Energiewirtschaft⁵⁹⁰, der mehrgliedrige Gütertransport, Franchise-Systeme und just – in – time Produktions- und Vertriebsnetzwerke⁵⁹¹. Für diese

⁵⁸⁸ Schlotke, in Nicklisch (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, S. 388; Hobeck in Nicklisch (Hrsg.) „Netzwerke komplexer Langzeitverträge“, S. 162.

⁵⁸⁹ Schlotke, aaO.

⁵⁹⁰ Schwintowski WuW 2001, S. 1042 ff; Säcker WuW 2002, S. 241 ff.

⁵⁹¹ Nicklisch in „Netzwerke komplexer Langzeitverträge“ S. 9 f; Nicklisch/Weick Einl. §§ 4 – 13 Rn. 131 ff.

Wirtschaftszweige wurden von verschiedenen Autoren rechtliche Lösungsvorschläge für das vertragliche Netzwerk erarbeitet⁵⁹².

aa. Trilaterales Synallagma

Die Habilitationsschrift von Heermann⁵⁹³ beschäftigt sich mit drittfinanzierten Erwerbsgeschäften und dem diesen Verträgen zugrunde liegenden dreiseitigen Austauschverhältnis, das durch eine Verknüpfung des Erwerbs- mit dem Kreditgeschäft gekennzeichnet ist. Problematisch an diesen Geschäften ist, daß Vertragsverletzungen oder Störungen in einem der Vertragsverhältnisse sich zwar faktisch auf die anderen Leistungsbeziehungen auswirken, diese aber rechtlich voneinander unabhängig sind. Die Literatur versuchte, diesen Widerspruch mit Hilfe gesellschaftsrechtlicher Modelle⁵⁹⁴ oder der Lehre vom rechtsgeschäftlichen Verbund⁵⁹⁵, die davon ausgeht, die synallagmatischen Verträge seien durch einen in den Willenserklärungen der Parteien liegenden Finalnexus miteinander verknüpft, aufzulösen. Heermann wählt dagegen ausgehend von dem Modell des dreiseitigen Austauschvertrages⁵⁹⁶ die Erweiterung des bilateralen Synallagmas zum trilateralen Synallagma als Ausgangspunkt der Auflösung der in diesen Beziehungen entstehenden rechtlichen Probleme⁵⁹⁷. Die gegenseitige, untereinander verflochtene Abhängigkeit sei dadurch gegeben, daß jeder Beteiligte deshalb an einen Dritten leiste, um diesen zu einer Leistung an den eigenen Vertragspartner zu veranlassen, von dem die geschuldete Gegenleistung zu erwarten sei⁵⁹⁸. Auf diese Weise gelangt Heermann zur rechtlichen Verknüpfung der einzelnen vertraglichen Beziehungen und eröffnet die Möglichkeit des Durchgriffs bei Leistungsstörungen.

⁵⁹² Möschel, AcP 186 (1986), S. 187, 211ff; Heermann „Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte“ 1998; Lange „Das Recht der Netzwerke“ 1998; Rohe „Netzverträge“ 1998.

⁵⁹³ Heermann, Peter W. „Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte“ 1998.

⁵⁹⁴ Emmerich JuS 1971, S. 273, 279; Nöcker DB 1972, S. 370, 371.

⁵⁹⁵ Gernhuber in FS für Larenz S. 455; ders. § 31 V.

⁵⁹⁶ Vollkommer in FS für Larenz S: 703, 712f; Pfister JZ 1971, S. 284 ff.

⁵⁹⁷ Heermann S. 95 ff, 138 ff.

⁵⁹⁸ Heermann S. 95 ff.

bb. Netzvertrag

Am Beispiel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs stellen Möschel⁵⁹⁹ und Rohe⁶⁰⁰ das Modell des Netzvertrages vor. Die Zahlung des Schuldners wird dort über verschiedene Banken auf das Konto des Gläubigers weitergeleitet.

Während Möschel zunächst nur die Frage formuliert, ob die zur Abwicklung des Geschäfts notwendigen Einzelverträge in ein vertragliches Gesamtsystem eingebettet sind, entwickelt Rohe eine umfassende dogmatische Begründung des Netzvertrages. Der Netzvertrag wird ohne besondere Erklärung in dem Moment geschlossen, in dem ein Beteiligter seinen jeweiligen bipolaren Einzelvertrag schließt und damit dem Netz beiträgt. Mit dem Vertragsschluß werde der Vertragspartner bevollmächtigt, weitere Verträge zu schließen⁶⁰¹. Letztlich sei die rechtliche Konstruktion des Netzvertrages sekundär, wenn sich aus dem Willen der Beteiligten ergibt, daß ein bestimmtes wirtschaftliches Ergebnis in rechtlich geordneter Form herbeigeführt werden soll⁶⁰². Diese Annahme sei durch den bei Vertragsschluß vorhandenen objektiven Willen der Vertragsparteien gerechtfertigt, der sich nicht notwendig in Willenserklärungen äußern müsse⁶⁰³. Dieser Beteiligtenwille könne einerseits durch Auslegung der vertraglichen Erklärungen, andererseits aber auch durch eine objektivierte und ökonomisch orientierte Betrachtung ermittelt werden⁶⁰⁴. Dabei müsse davon ausgegangen werden, daß die Vertragsparteien rational handeln und deshalb die nach ihren Interessen effizienteste Vereinbarung wählen⁶⁰⁵. Aus dem Geschäftszweck aller Beteiligten, der durch untereinander geschlossene und rechtlich nicht verbundene Einzelverträge verfolgt wird, ergibt sich, daß die Verbindung in einem Netzvertrag objektiv vorteilhaft ist, weil sich dadurch die durch den Netzverbund erzielten ökonomischen Vorteile der Transaktionsabwicklung interessengerecht regeln lassen. Es gehe deshalb

⁵⁹⁹ Möschel AcP 186 (1986), S. 211 ff.

⁶⁰⁰ Rohe, Matthias „Netzverträge“ 1998; ferner auch Teubner ZHR 154 (1990), S. 235, 305 ff.

⁶⁰¹ Rohe, S. 171.

⁶⁰² Rohe, S. 169.

⁶⁰³ Rohe, S. 144.

⁶⁰⁴ Rohe, S. 149.

nicht um eine ökonomische Analyse des Rechts, die auf den gesamtwirtschaftlichen Nutzen abstellt, sondern um eine ökonomische Analyse des Beteiligtenwillens, weil die individuellen Vorteile der Transaktion im Vordergrund stehen⁶⁰⁶. Die objektivierte Betrachtung ist nach Ansicht Rohes gerechtfertigt und in der Rechtsprechung im Prinzip anerkannt. Es werde in der Vertragsauslegung stets auf objektive Kriterien zurückgegriffen, wenn der Wille der Parteien in ihren Erklärungen nicht oder nicht vollständig zu Tage tritt⁶⁰⁷. Es handle sich demnach gerade nicht um die Konstruktion eines Vertrages gegen oder ohne den Willen der Beteiligten. Vielmehr will sich die Theorie im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre bewegen und den unausgesprochenen Vertragswillen der Parteien zu Ende denken.

cc. Rahmenvertrag

Lange⁶⁰⁸ beschreibt das Problem am Beispiel von just – in – time Zulieferverträgen in der Automobilindustrie, bei denen es darauf ankommt, eine Vielzahl verschiedener Einzelteile termingerecht zu einem System zusammenzusetzen und an den Hersteller auszuliefern, wobei zahlreiche Einzelunternehmen, wie die Hersteller einzelner Systembauteile, Zulieferer, Absatzmittler und Transportunternehmen, teilweise in mehreren aufeinander folgenden Ketten genau koordiniert zusammenarbeiten müssen⁶⁰⁹. Durch diese Art der betrieblichen Organisation und des Vertragsmanagements soll die Effizienz und Leistungsfähigkeit im Vergleich zur konventionellen Produktion um ein vielfaches gesteigert werden können⁶¹⁰. Zulieferer werden aktiv und frühzeitig in den Konstruktions- und Herstellungsprozeß einbezogen, wodurch Optimierungs- und Einsparungspotentiale realisiert werden können. Rechtlich wird das so entstandene Netzwerk durch eine Vielzahl von Einzelverträgen organisiert, die durch einen Rahmenvertrag zusammengefaßt werden⁶¹¹. Da das Produktionsnetzwerk kettenförmig aufgebaut ist, bestehen mehrere

⁶⁰⁵ Rohe, S. 158.

⁶⁰⁶ Rohe, S. 83.

⁶⁰⁷ Rohe, S. 78 ff, 152 ff jeweils mit zahlreichen Beispielen.

⁶⁰⁸ Lange, Knut Werner „Das Recht der Netzwerke“ 1998.

⁶⁰⁹ Lange aaO, S. 194.

⁶¹⁰ Lange aaO, S. 43, das Prinzip wurde unter dem Begriff der „Lean Produktion“ und „Lean Distribution“ in Japan geprägt, vgl. dazu Ebenroth RIW 1994, S. 10; ders. in RIW 1995, S. 8 f.

⁶¹¹ Lange aaO, S. 95.

Rahmenverträge nebeneinander, die zu einem rechtlichen Netzwerk verflochten werden. Die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Leistungsverpflichtung kann bei Vertragsschluß regelmäßig noch nicht erfolgen, da sich diese erst aus dem Produktionsablauf ergibt. Der Vertrag hat daher in erster Linie den Ablauf der Zusammenarbeit zu regeln. Der Vertrag muß die notwendige Flexibilität sicherstellen, um auf Veränderungen rasch reagieren zu können. Dazu müssen die einzelnen im vertraglichen Netzwerk miteinander verbundenen Verträge aufeinander abgestimmt sein, so daß Veränderungen in einem vertraglichen Verhältnis die Anpassung der anderen verbundenen Verträge im notwendigen Umfang bedingen⁶¹². Die Funktionsfähigkeit dieses Modells erfordert ferner, daß die einzelnen Vertragspartner ausreichend gesichert sind, d.h. daß die ihnen bei Veränderung entstehenden Kosten, die vorher nicht kalkulierbar sind, ersetzt werden und daß Optimierungsgewinne angemessen verteilt werden. Des weiteren bedarf es effizienter Mechanismen der Streitbeilegung, die der Aufrechterhaltung der vertraglichen Kooperation dienen⁶¹³. Nach Ansicht Langes sind derartige Vertragsstrukturen keiner standardisierten Regelung zugänglich, sondern es bedarf auf den Einzelfall abgestimmter umfassender Vereinbarungen⁶¹⁴. Das System funktioniert nur, wenn die einzelvertraglichen Verpflichtungen durch den ausdrücklich geschlossenen Rahmenvertrag miteinander verknüpft werden, der eine Auslegung des Gesamtnetzwerkes und damit des Einzelvertrages ermöglicht. Aufgrund ihrer zeitlichen Begrenzung, der Weisungsgebundenheit des Zulieferers und dessen mangelnden Interesse an der Förderung des Endproduktes können diese Vertragsstrukturen nicht als Gesellschaften angesehen werden⁶¹⁵, sondern es handelt sich um spezielle Langzeitverträge⁶¹⁶.

⁶¹² Lange aaO, S. 224.

⁶¹³ Lange aaO, S. 224.

⁶¹⁴ Lange aaO, S. 224.

⁶¹⁵ Lange aaO, S. 425.

⁶¹⁶ Lange aaO, S. 224.

c. Stellungnahme

Es ist zu prüfen, ob die genannten Lösungsvorschläge aus der Literatur für den Bauvertrag fruchtbar gemacht werden können. Dabei ist klarzustellen, daß es Aufgabe der Rechtswissenschaft sein muß, sich dem Problem der mehrgliedrigen Rechtsverhältnisse zu stellen und eine praktikable Lösung zu finden, die den geänderten und sich weiter ändernden tatsächlichen Verhältnissen gerecht wird. Trotz der damit verbundenen Schwierigkeiten und des möglicherweise erforderlichen radikalen Umdenkens sollte sich das Recht nicht mit der Anwendung klassischer vertragsrechtlicher Instrumente, die für weniger komplexe Marktsituationen entwickelt wurden, begnügen. Dies ist bequem, doch wird sich die wirtschaftliche Entwicklung dadurch nicht aufhalten lassen⁶¹⁷

Die Ansicht, die Beziehung der nebeneinander am Bau tätigen Unternehmen weise starke Ähnlichkeit mit einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis auf, reflektiert das Bedürfnis, einen rechtlichen Rahmen für die faktisch notwendige Kooperation der beteiligten Unternehmen zu finden. Der gesellschaftsrechtliche Ansatz ist die grundsätzlich bessere Möglichkeit, dem praktischen Bedürfnis nach Kooperation gerecht zu werden und die bei einem Bauvorhaben gegebene mit Unsicherheiten und Änderungsnotwendigkeiten behaftete Ausführungsphase rechtlich zu regeln⁶¹⁸. Es wäre wünschenswert, wenn Auftraggeber und sämtliche am Bau beteiligten Unternehmer die Herstellung des Bauwerkes als einen gemeinsamen Zweck betrachten würden, den alle in gemeinsamer Abstimmung und möglicherweise gleichberechtigt verfolgen. Ohne den Nachweis der Begründung einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung, läuft diese Ansicht auf die Begründung eines faktischen Vertrages kraft sozialen Kontakts hinaus⁶¹⁹. Die bewußte Aufnahme von Beziehungen durch Vertragsparteien und die typische stets gleiche Interessenlage der Parteien, müßte ausreichen, um einen Vertragsschluß zu begründen. Das

⁶¹⁷ Macneil in Nicklisch (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, S. 49, Nicklisch ebenda, S. 24; Joerges ZHR 151 (1987), S. 211; aA Hager, S. 112.

⁶¹⁸ Vgl. Börner in Nicklisch (Hrsg.) „Netzwerke komplexer Langzeitverträge“ S. 57.

⁶¹⁹ Haupt „Faktische Vertragsverhältnisse“ S. 9 ff.

tatsächlich bestehende Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber schließt die Annahme eines faktischen Vertrages zwischen den nebeneinander tätigen Vertragsparteien aus. Die zu diesem Vertrag führenden Willenserklärungen beinhalten nicht die Erklärung, eine vertragliche Beziehung mit sämtlichen am Bau tätigen Unternehmern eingehen zu wollen. Die Parteien beschränken sich bewußt auf einen zweiseitigen Vertrag. Diese Beschränkung durch die Annahme eines faktischen Vertrages zu durchbrechen, wäre mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht zu vereinbaren⁶²⁰. Kennzeichnend für die miteinander verwobenen Interessen der am Bau Beteiligten ist deren Gegensätzlichkeit. Die vertragliche Verbindung kommt deshalb nicht in einem Gesellschaftsvertrag, der weitgehend gemeinsame Interessen zu kanalisieren hat, sondern in einem Austauschvertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zustande. Um die faktisch bestehenden Verbindungen der nebeneinander am Bau tätigen Unternehmer rechtlich zu erfassen, bedarf es des Nachweises eines gesonderten Vertrages. Der gesellschaftsrechtliche Ansatz kann eine Orientierung für die inhaltliche Ausgestaltung dieses Vertrages sein.

Die Grundsätze des von Heermann entwickelten trilateralen Synallagmas können auf bauvertragliche Beziehungen nicht angewandt werden, weil die rechtlichen Unternehmerbeziehungen im Gegensatz zum finanzierten Abzahlungskauf, der eine ketten- oder ringförmige Struktur hat, eher sternförmig strukturiert sind. Es findet kein Leistungsaustausch derart statt, daß eine Leistung an einen Dritten vorgenommen wird, um diesen zu einer Leistung an den eigenen Vertragspartner zu veranlassen, so daß der eigene Vertragspartner die Gegenleistung bewirkt. Der Leistungsaustausch findet beim Bauvertrag innerhalb der bilateralen vertraglichen Beziehungen statt.

Gegen das Modell des Netzvertrages wurden verschiedentlich dogmatische Bedenken angemeldet⁶²¹, die vor allem auf der objektivierten Konstruktion des Netzvertrages beruhen, die an die nicht mehr vertretene Lehre vom faktischen Vertrag⁶²² erinnert. Indem sich die Lehre vom

⁶²⁰ Lambrecht, S.16

⁶²¹ Hüffer ZHR 151 (1987), S. 106 ff; Schröter ZHR 151 (1987), S. 126 ff; Oechsler RabelsZ 60 (1996), S. 91 ff; Heermann, S. 76; Palandt-Heinrichs Vor § 305 Rn. 16; Schwark ZHR 151 (1987), S. 325, 339; Martinek RabelsZ 57 (1993), S. 577, 583.

⁶²² Haupt aaO; Lambrecht S.12 ff; Larenz AT § 28 II (1989).

Netzvertrag vom subjektiv geprägten Parteiwillen löst und an objektive Effizienzkriterien anknüpft, läuft sie in der Tat auf eine Vertragsfiktion hinaus, die sich dem Problem inhaltlicher Konturenlosigkeit ausgesetzt sieht. Die Ableitung eines Vertrages aus objektiven Kriterien beantwortet nicht die Frage nach dessen Inhalt und Zustandekommen. Zwar will sich die Lehre von den Netzverträgen innerhalb der Rechtsgeschäftslehre bewegen, doch überzeugt die Argumentation Rohes zum Zustandekommen des Netzvertrages mittels konkludenter Bevollmächtigungen nicht vollständig. Dennoch ist Rohe diesen Einwänden mit beachtlichen Argumenten entgegengetreten. Die Annahme vertraglicher Beziehungen, die aus objektiven Interessenlagen der Beteiligten abgeleitet werden, dürfte möglich sein, wenn nachzuweisen ist, daß in bestimmten Fallgruppen stets gleiche an Effizienzkriterien orientierte Interessen der Beteiligten gegeben sind. Dann könnte ein entsprechender Wille zum Vertragsschluß angenommen werden. An dieser Stelle muß Rohe jedoch einräumen, daß dabei mit einer Unterstellung des rationalen Handelns der Beteiligten gearbeitet werden muß⁶²³. Unabhängig davon kann der Netzvertrag aufgrund seiner inhaltlichen Unbestimmtheit und seines objektiven Charakters nur dort eine praktische Funktion erfüllen, wo standardisierte Transaktionen ablaufen, die keiner auf den Einzelfall abgestimmte Modifizierung bedürfen. Dies ist indes beim Bauvertrag nicht der Fall⁶²⁴. Es ist zudem fraglich, ob die Annahme eines Netzvertrages stets dem objektivierten Willen der Baubeteiligten entsprechen würde. Ein ökonomischer Vorteil der Einbindung in ein Vertragsnetzwerk für den einzelnen Bauunternehmer ist nicht erkennbar. Die Reduzierung der Transaktionskosten durch effiziente Koordinierung wäre zunächst nur für den Auftraggeber von Vorteil. Dem einzelnen Auftragnehmer könnten dagegen aus der Vernetzung sogar zusätzliche Risiken entstehen. Aufgrund der Verschiedenheit der Interessen der am Bau Beteiligten und der Vielzahl der unterschiedlichen Vertragstypen läßt sich das Modell des Netzvertrages bei seiner derzeitigen Ausgestaltung nicht auf den Bauvertrag übertragen. Dennoch kann es auch für den Bauvertrag eine aus praktischen Gründen nicht zu unterschätzende Erkenntnisquelle darstellen.

⁶²³ Rohe, S. 158.

⁶²⁴ Im Ergebnis so auch Rohe, S. 364 ff.

Die rechtliche Vernetzung verschiedener Einzelverträge mehrerer Beteiligter durch einen Rahmenvertrag stellt dagegen auch für den Bauvertrag eine praktikable Lösung dar. Zwar ist diese Variante mit einem gegenüber der Theorie des Netzvertrages erhöhten Aufwand der Vertragsgestaltung verbunden. Sie paßt sich in das geltende Vertragsrecht problemlos ein. Eine derartige Vereinbarung ist auch einer Standardisierung im Rahmen vorformulierter Vertragsbedingungen wie der VOB/B zugänglich. Denkbar wäre, daß tatsächlich ein zusätzlich zum zweiseitigen Bauvertrag geschlossener mehrseitiger Rahmenvertrag besteht, der die gegenseitigen Rechte und Pflichten der nebeneinander tätigen Unternehmer und der sonstigen Baubeteiligten regelt. Es kann dabei auf die Erkenntnisse des oben dargestellten gesellschaftsrechtlichen Ansatzes zurückgegriffen werden. Es spricht nichts dagegen, daß die Parteien ihre Gemeinsamkeiten und Zielvorstellungen in einer gemeinsamen und mehrseitigen Vereinbarung niederlegen, in der auch bestimmte essentielle und gegenüber allen wahrzunehmende Pflichten ausgeführt werden⁶²⁵. Zu diesen Pflichten gehören gegenseitige Informations-, Hinweis- und Abstimmungspflichten, die eine reibungslose Zusammenarbeit der Beteiligten gewährleisten. Um diesen Pol werden die einzelnen Ausführungsverträge geordnet. Eine derartige Vereinbarung hätte den Vorteil erhöhter Transparenz der vertraglichen Struktur, zusätzlicher Kommunikation und einer erleichterten Koordination, da eine rechtliche Verbindung zwischen den bisher nicht verbundenen Auftragnehmern entsteht. Diese Variante eignet sich besonders für großvolumige und langfristige Verträge. Bei Verträgen geringeren Umfangs wäre es ein Fortschritt, eine entsprechende Klausel in dem Bauvertrag mit dem Auftraggeber aufzunehmen⁶²⁶. Diese Klausel müßte, um sinnvoll Wirkung zu entfalten, die notwendigen Rechte und Pflichten, die dem Vertragspartner gegenüber Dritten obliegen sollen, bei Beibehaltung der gebotenen Abstraktion möglichst genau benennen. Eine lediglich generalklauselartig gehaltene Verpflichtung zur Kooperation, deren Inhalt und Grenzen erst nach Jahren durch die Rechtsprechung festgelegt werden, würde ihren Zweck verfehlen und wahrscheinlich keine Akzeptanz bei den Beteiligten erfahren. In diesem Fall könnte eine derartige Klausel den Schutzbereich des Bauvertrages erweitern und andere Baubeteiligte mit erfassen. Die Regeln des

⁶²⁵ Vgl. Börner in Nicklisch (Hrsg.) „Netzwerke komplexer Langzeitverträge“, S. 65.

Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wären zwischen den nebeneinander am Bauvorhaben beteiligten Auftragnehmern anwendbar. Wenn der betroffene Pflichtenkreis vertraglich festgelegt wird, besteht nicht die Gefahr eines unabsehbaren Haftungsnetzes, in das sich der einzelne Auftragnehmer begeben würde⁶²⁷.

Durch die Einführung eines Rahmenvertrages oder einer Kooperationsklausel in standardisierten Bauvertragsbedingungen würde den tatsächlichen Bedürfnissen der vertraglichen Vernetzung Rechnung getragen, die Kommunikation zwischen den Beteiligten notwendig verbessert und einige bisher strittige Fragen einer eindeutigen Lösung zugeführt. Zudem hält sich dieses Modell im Rahmen der anerkannten Rechtsdogmatik, so daß zu erwarten ist, daß es weitestgehend auf Akzeptanz stoßen würde.

III. Streitschlichtung und Streitvorbeugung

Zwar ist der Kooperationsgedanke im Baurecht auf Streitvermeidung und Zusammenarbeit ausgerichtet, dennoch bedarf es für den Fall der Streitentstehung eines effektiven Mechanismus zur Streitbeilegung, der eine schnelle und fachkompetente Entscheidung ermöglicht und die weitere Zusammenarbeit der Parteien nicht belastet.

Gesetz und VOB/B sehen bislang keine besondere Regelung zur Streitbeilegung im Bauwesen vor. Das Gesetz verweist im Regelfall auf den ordentlichen Gerichtsweg. § 18 Nr. 3 VOB/B sieht fakultativ die Verbindlichkeit der Entscheidung einer staatlichen Materialprüfstelle im Falle einer Streitigkeit über die Eigenschaft von Stoffen und Bauteilen vor, für die ein allgemeingültiges Prüfungsverfahren besteht, sowie bei Differenzen über die Zulässigkeit und Zuverlässigkeit der bei einer solchen Prüfung verwendeten Maschinen oder Prüfverfahren⁶²⁸. Die praktische Bedeutung der Regelung ist aufgrund ihres begrenzten Anwendungsbereiches gering. In § 18 Nr. 2 VOB/B ist für öffentliche Aufträge ein fakultatives Schlichtungsverfahren vorgesehen,

⁶²⁶ Vgl. etwa Clause 4.6 des Red Book der FIDIC Bedingungen.

⁶²⁷ Dies befürchtet jedoch Hager, S. 104.

⁶²⁸ Altschwager BauR 1991, S. 157 ff.

bei dem die vorgesetzte Dienststelle des Auftraggebers innerhalb von 2 Monaten nach der Anrufung eine schriftliche Entscheidung treffen soll. Die Behörde wird in diesem Verfahren quasi als Richter in eigener Sache tätig. Es handelt sich nicht um ein geeignetes Schlichtungsverfahren, da die erforderliche Unabhängigkeit der Schlichter nicht gewährleistet ist. Dem Auftraggeber wird durch dieses Verfahren vielmehr eine Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt⁶²⁹. Durch die festgelegte Zuständigkeit der vorgesetzten Behörde wird keine Garantie dafür geschaffen, daß die Schlichter fachlich qualifiziert sind. Selbst für öffentliche Aufträge ist das Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB/B keine Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit.

1. Staatliche Gerichtsbarkeit

Die staatliche Gerichtsbarkeit kann den Bedürfnissen der Bauwirtschaft kaum gerecht werden. Bauprozesse haben aufgrund der Arbeitsbelastung der Gerichte und der prozessualen Notwendigkeit der Hinzuziehung von Sachverständigen häufig eine überlange Dauer⁶³⁰, die eine Fortsetzung der Bautätigkeit ausschließt. Die lange Verfahrensdauer bindet leitende Angestellte des Bauunternehmers und kann damit zu betrieblichen Problemen führen. Richter und Rechtsanwälte sind mit der Materie des privaten Baurechts und den technischen Gegebenheiten des Bauens teilweise nicht ausreichend vertraut, um zügig entscheiden zu können. Hinzu kommt eine oft unzureichende Dokumentation der Ereignisse auf der Baustelle durch die Parteien, die es den am Baugeschehen nicht beteiligten Rechtsanwälten und Richtern erschwert, den Sachverhalt zu erfassen⁶³¹. Die gerichtliche Entscheidung wird häufig von dem Gutachten eines Sachverständigen abhängen⁶³². Die Öffentlichkeit des Verfahrens bietet keine Möglichkeiten,

⁶²⁹ Egner, S. 102.

⁶³⁰ Die Verfahrensdauer wird mit 3 bis 6 Jahren angegeben, vgl. Vygen Bauvertragsrecht Rn. 519, Egner S. 8; Boysen/Plett, S. 124 gehen aufgrund der Auswertung von Untersuchungen des Statistischen Bundesamtes von einer Verfahrensdauer von ca. 2 Jahren bei einem Verfahren über 2. Instanzen aus.

⁶³¹ Die Unvorhersehbarkeit eines gerichtlichen Verfahrens wird an den von Boysen/Plett veröffentlichten Zahlen deutlich. In nur 35,2% der vor den Amtsgerichten geführten Prozesse siegt der Kläger vollständig, in 38,2% dagegen der Beklagte, bei Landgerichten siegen 33,7% der Kläger und 25,9 % der Beklagten (Boysen/Plett, S. 123); 38,8% der erstinstanzlichen amtsgerichtlichen Entscheidungen werden vor dem LG aufgehoben, 49,3 % vor dem OLG als zweiter Instanz (Boysen/Plett S. 123).

⁶³² Bender DRiZ 1969, S. 105; Rudolph in FS für Locher S. 215.

Geschäftsgeheimnisse zu wahren und Unternehmer haben einen unter Umständen erheblichen good will Verlust zu fürchten, so daß durch das Gerichtsverfahren ungeahnte betriebswirtschaftliche Folgen eintreten können⁶³³.

Ein weiterer entscheidender Nachteil der staatlichen Gerichtsbarkeit ist, daß durch den Zweiparteienprozeß den komplexen Strukturen baurechtlicher Verhältnisse, an deren Konflikten regelmäßig mehrere Parteien des Bauvorhabens beteiligt sind, nicht Rechnung getragen werden kann. Die verbleibende Möglichkeit der Streitverkündung vermag nicht zu einer schnellen und umfassenden Streiterledigung beizutragen, sondern sie verhindert häufig vergleichsweise Streitbeendigungen und führt zu weiteren Verzögerungen.

Den komplexen Strukturen des Baugeschehens kann mit den Mitteln des Zivilprozeßrechts nicht ausreichend Rechnung getragen werden. Insbesondere größere Bauprozesse, an denen faktisch mehr als zwei Parteien beteiligt sind, entwickeln sich infolge der Anzahl der eingereichten Schriftsätze, unterschiedlicher Anträge, sich unter Umständen widersprechender gutachterlicher Aussagen sowie des damit verbundenen Zeitablaufes zu nicht mehr justiziablen Verfahren.

2. Schiedsgerichtsbarkeit

Aber auch die Vereinbarung eines Schiedsgerichtsverfahrens führt häufig nicht zu den gewünschten Resultaten. Zwar haben die Parteien durch die vorgesehene Wahl der Schiedsrichter Einfluß auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts und können so sicherstellen, daß kompetente Fachleute als Schiedsrichter auftreten, denen die Parteien größeres Vertrauen entgegenbringen. Die Verfahren sind nicht öffentlich und bieten so bessere Möglichkeiten der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Aufgrund geringerer Arbeitsbelastung und der fachlichen Kompetenz der Schiedsrichter kann im Regelfall erwartet werden, daß Schiedsgerichte zügiger als staatliche Gerichte

⁶³³ Egner S. 9.

eine Entscheidung finden⁶³⁴. Schiedsverfahren gelten trotz der erheblichen Honorare, die für die Schiedsrichter zu zahlen sind, immer noch als vergleichsweise kostengünstig.

Es mehren sich jedoch Stimmen, die gegen die Effektivität der Schiedsgerichte zur Streiterledigung argumentieren, Denn auch Schiedsverfahren dauern meist mehrere Monate und führen damit zu einer kaum zu behebenden Verzögerung des Bauablaufs⁶³⁵. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Besetzung des Schiedsgerichts nicht von Anfang an feststeht, so daß es im Streitfall erst gebildet werden muß. Auch ein fachlich versierter Schiedsrichter muß sich zunächst in den regelmäßig komplexen technischen Sachverhalt einarbeiten, ehe er das Verfahren eröffnen und durchführen kann. Zudem haben auch Schiedsgerichte eine festgelegte formale Verfahrensordnung zu beachten, die bestimmte Mindestfristen vorsieht⁶³⁶. Durch die teilweise gegebene Möglichkeit der anschließenden Überprüfung des Schiedsspruches durch ein staatliches Gericht⁶³⁷ oder durch absichtliche Verzögerungen des Verfahrens durch eine Partei⁶³⁸ besteht die Gefahr, daß das Verfahren erheblich in die Länge gezogen wird. Kostengünstiger sind Schiedsgerichte wohl nur, wenn man den Kostenvergleich mit einem staatlichen Gerichtsverfahren mit hohem Streitwert über mehrere Instanzen vornimmt⁶³⁹.

Grundsätzlich besteht auch bei Schiedsgerichten das Problem, daß es sich grundsätzlich um Zweiparteiprozesse handelt, so daß die bei Baustreitigkeiten regelmäßig anzutreffenden Mehrparteienkonflikte im Verfahren nicht gelöst werden können. Zwar existiert eine Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, doch wird diese in der Praxis aufgrund des erhöhten Verfahrensaufwandes und der Schwierigkeiten der

⁶³⁴ Vgl. Nicklisch/Weick § 18 Rn. 31; Götz-Sebastian BauR 1998, S. 849; Mandelkow BauR 1997, S. 785; dagegen Berger RIW 1994, S. 15.

⁶³⁵ Lionnet aaO; Myers in Nicklisch „Der komplexe Langzeitvertrag“, S: 522; Kohl BIS 2000, S. 137.

⁶³⁶ Vgl. z. B. § 1046 ZPO; Art. 5 der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer; Art. 23 der UNCITRAL Schiedsgerichtsordnung.

⁶³⁷ Vgl. §§ 1059 ff ZPO.

⁶³⁸ Mandelkow BauR 1997, S. 787; Berger RIW 1994, S. 15 mwN.

⁶³⁹ Kessler/Berger Rn. 106 ff; Schütze Rn. 11; Lionnet in Nicklisch (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, S. 543; Kohl BIS 2000, S. 137.

Verfahrensdurchführung nur selten angewandt⁶⁴⁰. Die Funktionsweise des Mehrparteienschiedsgerichts im engeren Sinn ist dabei vergleichbar mit der Streitverkündung. Eine echte Durchbrechung der Zweiparteienmaxime findet nicht statt. Bei der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit im weiteren Sinn werden mehrere Prozesse miteinander verbunden und in einem Verfahren abgehandelt⁶⁴¹. Zwar bietet sich hier die Möglichkeit einer umfassenden gütlichen Streiterledigung, scheitert diese jedoch, wird das Verfahren erheblich in die Länge gezogen.

Letztendlich erfüllt das Schiedsgericht die gleiche Funktion wie das staatliche Gericht, indem es auf einen Streitfall nachträglich das geltende Recht anwendet und eine abschließende Entscheidung trifft⁶⁴². Die zügige Vermittlung einer streitbeilegenden Einigung gehört nicht zu den unmittelbaren Aufgaben des Schiedsgerichts. Auch das Schiedsgericht stellt damit kein geeignetes Streitschlichtungsgremium dar und bauvertragliche Beziehungen, die vor dem Schiedsgericht enden, dürften regelmäßig als gescheitert betrachtet werden.

3. Alternativen

Als Alternativen zu den hier dargestellten Streitentscheidungsverfahren kommen nur konsensuale Streitbeilegungsverfahren⁶⁴³ in Betracht, die eher eingreifen, flexibel ausgestaltet sind und es den Parteien ermöglichen, ihre Konflikte selbst zu lösen.

Ziel alternativer Streitbeilegungsverfahren ist es nicht, gerichtliche oder schiedsgerichtliche Streitentscheidung zu ersetzen. Diese haben trotz der dargestellten Nachteile eine unverzichtbare Funktion innerhalb der vertraglichen Konfliktbewältigung. Nicht alle Konfliktfälle eignen sich für eine

⁶⁴⁰ Melis in Nicklisch (Hrsg.) „Der komplexe Langzeitvertrag“, S. 569 ff; Lachmann Rn.649; Stumpf Festschrift für Bülow S. 226; Bauer in Nicklisch (Hrsg.) „Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen“ S. 179; Berger S. 209, 220.

⁶⁴¹ Lachmann Rn. 648.

⁶⁴² Wagner NZBau 2001, S. 170.

⁶⁴³ Alternative Streitbeilegungsverfahren werden in der Literatur in der Regel unter dem Oberbegriff „*Alternative Dispute Resolution (ADR)*“ diskutiert. Hacke, S. 22 ff; Weigand BB 1996, S. 2107.

einvernehmliche Klärung im Wege der Schlichtung. Zudem darf die Streitbeendende Funktion eines Urteils und dessen Wirkung auf das Verhalten der Parteien nicht unterschätzt werden. Teilweise bewirkt erst die Entscheidung eines autoritativen Dritten ein Einsehen der Parteien. Das konsensuale Streitbeilegungsverfahren ergänzt vielmehr die Konfliktbeilegungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten der Parteien⁶⁴⁴. Insbesondere bei Konflikten, die sich aus verschiedenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen zusammensetzen, wie es bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Bauvorhaben häufig der Fall ist, stellen konsensuale Streitbeilegungsverfahren eine Alternative zu gerichtlichen Verfahren dar⁶⁴⁵. Derartige Konflikte sind für die Parteien mit erheblichen Risiken verbunden, weil der Ausgang eines gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahrens kaum vorhersehbar ist. Das konsensuale Streitbeilegungsverfahren eröffnet den Parteien die Möglichkeit, diese Unsicherheit durch den Versuch einer Verhandlungslösung zu beseitigen.

a. Schlichtungsverfahren⁶⁴⁶

Die Durchführung eines gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Streitentscheidungsverfahrens kann mit der vorherigen Durchführung eines konsensualen Streitbeilegungsverfahrens verknüpft werden. In diesem Verfahren können die Parteien selbst unter fachkompetenter Moderation eines Experten und unter Einbezug aller möglicherweise von dem Problem betroffenen Beteiligten des Bauvorhabens versuchen, den Streitfall einvernehmlich und ohne Durchführung eines langwierigen Streitentscheidungsverfahrens beizulegen. Das Verfahren eröffnet die Möglichkeit, eine für sämtliche Beteiligte vorteilhafte Lösung des Konflikts zu erzielen⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ Breidenbach, in Breidenbach/Henssler (Hrsg.) S. 1 ff.

⁶⁴⁵ von Oppen S. 207.

⁶⁴⁶ Der Begriff des Schlichtungsverfahrens wird in dieser Arbeit statt des Begriffes des Mediationsverfahrens verwandt. Nach Ansicht einiger Autoren trifft der deutsche Begriff der Schlichtung den Aussagegehalt des englischen Begriffes der Mediation nicht vollständig. Vgl. Zimmer S. 84 f, Hacke S. 22. Der deutsche Begriff ist nach der hier vertretenen Auffassung dennoch gegenüber dem englischen Begriff vorzuzugswürdig, da er im deutschen Sprachgebrauch mit einer klaren Bedeutung besetzt ist, die das Ziel des Verfahrens anzeigt.

⁶⁴⁷ In Anlehnung an die englische Terminologie wird von einer win-win Lösung gesprochen. Risse BB 1999, Beilage 9, S. 4.

Da sich derartige Verfahren nicht an einer strikten und formalen Verfahrensordnung orientieren müssen, kann auch der Mehrparteienstruktur des Bauvertrages Rechnung getragen werden, indem sämtliche Ansprüche und Gesichtspunkte einbezogen werden.

Der wesentliche Unterschied des Schlichtungsverfahrens gegenüber einem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren liegt darin begründet, daß der berufene Schlichter den ihm übertragenen Fall nicht verbindlich entscheidet⁶⁴⁸. Ihm steht lediglich die Verfahrenskompetenz zu. Die Sachkompetenz liegt dagegen bei den Parteien. Diese sollen mit Hilfe des Schlichters eine eigenverantwortliche Lösung des Konfliktes finden. Die Eignung des Schlichtungsverfahrens für eine selbstbestimmte Konfliktlösung wird durch die Lösung des Verfahrens vom strikten Gesetz und durch eine geringere verfahrensrechtliche Formalisierung begünstigt. Das „Alles oder Nichts“ Prinzip eines gerichtlichen Urteils wird durch die freiwillige Einigung der Parteien ersetzt. Bei Langzeitverträgen wie dem Bauvertrag ist diese Art der Streiterledigung sehr vorteilhaft, da Dauerbeziehungen erhalten werden und ein Weiterarbeiten ermöglicht wird.

Ziel des Schlichtungsverfahrens ist nicht die Nivellierung der grundsätzlich gegensätzlichen Interessen der Vertragsparteien⁶⁴⁹, sondern die Revitalisierung des bei Vertragsschluß erreichten Ausgleichs dieses Interessengegensatzes, der durch nachträglich entstandene Veränderungen oder Konflikte nicht mehr funktionsfähig ist. Das Schlichtungsverfahren eignet sich aus diesen Gründen insbesondere für Konflikte, die aus der Notwendigkeit von Vertragsanpassungen, etwa im Falle von Leistungsänderungen, entstanden sind⁶⁵⁰. Im Gegensatz zu einem gerichtlichen Verfahren, dessen Entscheidungsgrundlage ein feststehender Sachverhalt ist, ermöglicht das Schlichtungsverfahren eine kooperative Gestaltung der vertraglichen

⁶⁴⁸ Sievers S. 29; von Oppen S.212; Zimmer S. 87; Risse BB 1999 Beilage 9, S. 3; Leonhard BB 1999, Beilage 9, S. 16.

⁶⁴⁹ Dies befürchten aber Boysen/Plett, S.138.

⁶⁵⁰ Nelle, in Breidenbach/Henssler (Hrsg.) S. 195 ff; Jung/Steding BB 2001, Supplement Mediation & Recht, S. 9 f.

Beziehungen der Parteien, da es die dynamische Entwicklung der tatsächlichen Umstände berücksichtigen kann⁶⁵¹.

aa. Zulässigkeit des Verfahrens

Der Gedanke einer vorgeschalteten Schlichtung ist in der juristischen Diskussion nicht neu⁶⁵². Zahlreiche internationale⁶⁵³ aber auch nationale⁶⁵⁴ Gesetze und Regelungen sehen entsprechende Regelungen vor. Bis 1950 war in den §§ 495 ff ZPO für amtsgerichtliche Verfahren ein obligatorischer Schlichtungsversuch vor Einleitung des streitigen Verfahrens vorgesehen⁶⁵⁵. Auch die VOB/B sah in der Zeit von 1926 bis 1934 in § 18 Nr. 3 ein Schlichtungsverfahren vor Anrufung des Gerichts vor, wenn eine der Parteien die Schlichtung verlangte⁶⁵⁶. Durch das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15. Dezember 1999⁶⁵⁷ wurde § 15 a EGZPO geschaffen, der dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit einräumt, ein Gesetz zu erlassen, das die Erhebung einer Klage vor dem

⁶⁵¹ Breidenbach in Breidenbach/Henssler (Hrsg.) S. 3; Zimmer S. 91 ff; Sievers S. 37; Mähler/Mähler NJW 1997, S. 1263 f.

⁶⁵² Preibisch „Außergerichtliche Vorverfahren“ 1982; Gottwald/Plett/Schmidt v. Rhein NJW 1983, S. 665; Frommel ZRP 1983, S. 31; Röhl DRiZ 1983, S. 90; Schmidt v. Rhein ZRP 1984, S. 119; Prütting JZ 1985, S. 261; Neumann ZRP 1986, S. 286; Feltes ZRP 1991, S. 94; Hoeren NJW 1992, S. 2727; Bethke NJW 1993, S. 2728; Boysen, Haltermann ZRP 1995, S. 28; Boysen, Plett „Bauschlichtung in der Praxis“; Goll ZRP 1998, S. 314; Stempel ZRP 1998, S. 319; Kohl Berliner Anwaltsblatt 1999, S. 474; Ott „Außergerichtliche Konfliktbeilegung“ 2000; Kohl BIS 2000, S. 137; Bruns NZBau 2001, S. 444; vgl. auch die Regierungserklärung Helmut Kohls, auszugsweise abgedruckt in DRiZ 1983, S. 235.

⁶⁵³ In das rumänische Zivilprozeßrecht wurde 2001 ein dem gerichtlichen Verfahren zwingend vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren eingefügt. In England wurde durch den Housing Grants Construction and Regeneration Act bereits 1996 eine dem gerichtlichen Verfahren vorangehende Mediation eingeführt (vgl. dazu Hobeck in Nicklisch (Hrsg.) „Netzwerke komplexer Langzeitverträge“, S. 165). Letztlich ist auch das Dispute Adjudication Board nach den FIDIC Bedingungen nichts anderes als ein dem gerichtlichen Verfahren vorgeschaltetes Verfahren zur Streitschlichtung. Die ICC in Paris sieht seit mehreren Jahren ein besonderes Verfahren zur Vertragsergänzung vor, vgl. Weick in FS für Coing S. 548.

⁶⁵⁴ Zu erinnern ist hier an das Vertragsgesetz der DDR, das weiter oben ausführlich dargestellt wurde. Daneben findet sich ein entsprechendes Verfahren in den § 27 a UWG für wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten vorgesehen. Ähnlich angelegt sind das notarielle Vermittlungsverfahren nach den §§ 87 – 102 SaReBerG oder das Güteverfahren nach § 54 ArbGG, ebenso das Verfahren nach § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

⁶⁵⁵ Vgl. Röhl DRiZ 1983, S. 93; Prütting in Breidenbach/Henssler (Hrsg.) S. 63; Stadler NJW 1998, S. 2480; Prütting BB 1999, Beilage 9, S. 9; Sievers S. 169. Vor Einführung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens enthielt die ZPO die Möglichkeit eines freiwilligen Schlichtungsversuches, der allerdings von der Bevölkerung nicht angenommen wurde. Vgl. Sievers S. 169. Das obligatorische Schlichtungsverfahren wurde letztendlich abgeschafft, weil die erhoffte Entlastung der Gerichte nicht eintrat.

⁶⁵⁶ Egner S. 118 ff.

⁶⁵⁷ BGBl. I S. 2400.

Amtsgericht in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Gegenstandswert von bis zu 750 Euro, in Nachbarschaftsstreitigkeiten und in Rechtsstreitigkeiten wegen Ehrverletzungen von der vorherigen Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens abhängig zu machen. Von dieser Möglichkeit wurde in einigen Bundesländern Gebrauch gemacht⁶⁵⁸. Durch die Reform der Zivilprozeßordnung wurde die Funktion des Richters als Schlichter im Verfahren zusätzlich gestärkt⁶⁵⁹. Es existieren daneben für unterschiedliche Industriezweige, darunter auch für die Bauwirtschaft, Schlichtungsstellen, die der einvernehmlichen Streitbeilegung dienen⁶⁶⁰.

Das Schlichtungsverfahren wird den Bedürfnissen der Industrie in besonderem Maße gerecht. Unternehmer sind an einer zügigen Streitbeilegung, die ihnen die Zusammenarbeit über den konkreten Streitfall hinaus sichert, interessiert. Ein rational denkender Unternehmer will die geschäftliche Unsicherheit, die mit dem Streitfall verbunden ist, möglichst schnell beenden⁶⁶¹. Auch eine gerechte streitige Entscheidung entspricht nicht immer den Vorstellungen der Parteien von einer wirtschaftlichen Lösung. Durch das in Vertrag oder Gesetz vorgesehene Schlichtungsverfahren würde eine Institution geschaffen, die ein Kommunikationsforum für die Parteien eröffnet, das ihnen hilft, genau diese wirtschaftliche Lösung zu erreichen. Zudem ist die Bereitschaft zur Erfüllung einer gütlichen Einigung deutlich höher als bei einer autoritären Entscheidung⁶⁶². Die Vorteile des Schlichtungsverfahrens erschöpfen sich somit nicht in der Befriedigung des gesellschaftlichen Harmoniebedürfnisses.

⁶⁵⁸ Vgl. dazu Zietzsch/Roschmann NJW 2001, Beilage zu Heft 51, S. 3 ff; Entsprechende Gesetze gibt es u.a. in Baden-Württemberg (Gesetz vom 28.06.2000, GBl. S.470), in Bayern (Gesetz vom 25.04.2000, BayGVBl. II/00, S. 268), in Brandenburg (Gesetz vom 5.10.2000, GVBl. I/00, S. 134), in Hessen (Gesetz vom 6.02.2001, GBl. I 98), in Nordrhein-Westfalen (Gesetz vom 9.04.2000, GBl. S. 476), im Saarland (Gesetz vom 21.02.2001, Abl. S. 532) und in Sachsen-Anhalt (Gesetz vom 17.05.2001, GVBl. LSA 20/2001, S. 174).

⁶⁵⁹ Zivilprozeßreformgesetz vom 27.07.2001, BGBl. I, S. 1887; vgl. insbesondere § 278 ZPO n.F..

⁶⁶⁰ Gottwald, Plett, Schmidt v. Rhein NJW 1983, S. 665; Bethke NJW 1993, S. 2728; Boysen, Plett „Bauschlichtung in der Praxis“ S. 9; Bruns NZBau 2001, S. 444; Zöller § 797 a ZPO Rn. 1; Ein Vorschlag zur Errichtung einer baubegleitenden Einigungsstelle wurde durch Hauschka, Jhb. Baurecht 2002, S. 297 ff unterbreitet.

⁶⁶¹ Sievers S. 37; von Oppen S.207; Weigand BB 1996, S. 2108.

⁶⁶² Stadler NJW 1998, S. 2482 mwN.

Die Möglichkeiten eines derartigen Verfahrens dürfen andererseits nicht überschätzt werden. Das Schlichtungsverfahren setzt notwendig die Einigungsbereitschaft der beteiligten Parteien voraus. Kein Raum für einen Schlichtungsversuch ist, wenn sich der Streit in einer reinen Rechtsfrage erschöpft. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn fällige Zahlungen ohne Begründung verweigert werden oder wenn berechtigte Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden, die nicht freiwillig beglichen werden. Das gleiche gilt, wenn eine der Parteien an einer Präzedenzentscheidung interessiert ist. Da aber baurechtliche Verfahren häufig im Zusammenhang mit schwierigen technischen Fragen stehen oder die Entscheidung von der Beurteilung des Verhaltens einer Partei abhängt, bestehen für eine Problemlösung im Wege der Schlichtung gute Erfolgchancen. Es wird davon ausgegangen, daß ca. 90 % aller baurechtlichen Fälle für einen Schlichtungsversuch geeignet sind⁶⁶³.

Grundsätzliche Bedenken gegen die Zulässigkeit derartiger Verfahren bestehen nicht⁶⁶⁴. Es handelt sich nicht um die Vereinbarung eines Gerichts oder eines Schiedsgerichts, da in diesem Verfahren keine den Fall abschließende Entscheidung ohne Zustimmung der Parteien getroffen werden soll oder kann⁶⁶⁵. Auch aus rechtsstaatlicher Sicht bestehen gegen das Verfahren keine durchgreifenden Bedenken⁶⁶⁶. Die Klagbarkeit des Anspruches wird durch das vorgeschaltete Schlichtungsverfahren nicht ausgeschlossen, so daß den Parteien der Zugang zu den Gerichten nicht endgültig verwehrt wird. Zwar kann das Verfahren nicht an den Verfahrensgarantien des staatlichen Gerichtsverfahrens gemessen werden, doch sind auch nicht staatliche Institutionen in der Lage, verfahrensrechtliche Mindestanforderungen wie die Garantie des rechtlichen Gehörs, die Unparteilichkeit des Schlichters, die Möglichkeit der Vertretung im Verfahren und die Rechtmäßigkeit des Verfahrens abzusichern. Der mit der Durchsetzung von Schlichtungsverfahren einhergehende Verlust staatlichen Einflusses auf die Rechtspflege ist auf einzelne Wirtschaftszweige beschränkt. Im Gegenteil dürfte die damit verbundene Entlastung der ordentlichen Gerichte sogar wünschenswert sein.

⁶⁶³ Kohl BIS 2000, S. 138; Boysen/Plett S. 142.

⁶⁶⁴ Preibisch aaO S. 87 ff; Zimmer S. 4, zu verfassungsrechtlichen Fragen.

⁶⁶⁵ Zöller § 1029 Rn. 4; Thomas/Putzo § 1029 Vorbem. Rn. 4; Preibisch aaO S. 95.

⁶⁶⁶ Pütting JZ 1985, S. 270; Zimmer S. 4.

Der Mangel an Öffentlichkeit des Verfahrens der einen Verlust der Transparenz für Außenstehende befürchten läßt⁶⁶⁷, kann nicht geleugnet werden, so daß eine „Schwellenangst“ vor diesem Verfahren besonders bei Privatpersonen bestehen könnte, die selten mit dem Baugeschehen in Berührung kommen. Die Transparenz des Schlichtungsverfahrens kann jedoch durch umfassende öffentliche Information über die Funktionsweise und Zielrichtung des Verfahrens gewährleistet werden.

Gegen das Schlichtungsverfahren wurde vorgebracht, daß es die materielle Rechtsdurchsetzung erschweren kann, da die Verjährungsfristen nicht notwendig unterbrochen würden und Schwierigkeiten bei der Vollstreckung der erreichten Entscheidung entstehen können⁶⁶⁸. Die Entscheidung des Schlichtungsgremiums kann gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO vollstreckbar sein, wenn es sich um die Entscheidung eines von der jeweiligen Landesjustizverwaltung anerkannten Schlichtungsgremiums handelt. Andere Entscheidungen, die in einem Schlichtungsverfahren erzielt wurden, sind dagegen nicht vollstreckbar. Da die Entscheidungen auf einvernehmlicher Basis zwischen den Parteien verhandelt werden, wird ein großer Anteil der Entscheidungen freiwillig befolgt werden. Die Vollstreckbarkeit der Entscheidung kann auch dadurch erzielt werden, daß über das Schlichtungsergebnis ein Anwaltsvergleich gemäß § 796 a ZPO aufgenommen wird. In anderen Fällen kann zumindest auf Erfüllung des Schlichtungsvergleiches geklagt werden. Der Prozeß vor den ordentlichen Gerichten wird durch den Schlichtungsvergleich erheblich verkürzt und vereinfacht, da im Urkundenprozeß gemäß §§ 592 ff ZPO geklagt werden kann⁶⁶⁹.

Die Voraussetzungen, die zur Anerkennung als Schlichtungsstelle im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO führen, sind gesetzlich nicht geregelt und in den einzelnen Verwaltungsbezirken unterschiedlich. Teilweise wird die Anerkennung von der Besetzung der Schlichtungsstelle mit Volljuristen oder

⁶⁶⁷ Boysen/Plett S. 138.

⁶⁶⁸ Pütting JZ 1985, S. 269; Wagner NJW 2001, S. 182 ff.

⁶⁶⁹ Hacke S. 276.

staatlichen Richtern abhängig gemacht⁶⁷⁰. Ist die Schlichtungsstelle durch die Landesverwaltung anerkannt, haben die vor ihnen geführten Verfahren gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB auch eine verjährungshemmende Wirkung.

Vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes war eine Unterbrechung der Verjährung des Anspruches durch Einleitung eines Schlichtungsverfahrens schwierig zu konstruieren, wenn die Schlichtungsstelle nicht gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO durch die Landesjustizverwaltung anerkannt war. § 209 Abs. 2 Nr. 1 a BGB a.F. war auf andere Güteverfahren nicht anwendbar⁶⁷¹. § 220 BGB a. F. galt ebenfalls nur für sonstige gerichtliche Verfahren, wie das arbeits- oder verwaltungsgerichtliche Verfahren oder das Verfahren vor dem Schiedsgericht⁶⁷². Eine Vereinbarung der Parteien über die verjährungsunterbrechende Wirkung des Schlichtungsverfahrens war gemäß § 225 BGB unwirksam. Dies galt auch für einen im Voraus vereinbarten Verzicht auf die Einrede der Verjährung⁶⁷³. Wirkung entfaltete ein derartiger Verzicht aber über § 242 BGB, da die trotz der entgegenstehenden Vereinbarung erhobene Einrede der Verjährung als treuwidrig angesehen wurde⁶⁷⁴. Die Schlichtungsvereinbarung wurde aus diesen Gründen teilweise als pactum de non petendo ausgelegt. Die Verjährung wäre dann gemäß § 202 BGB gehemmt gewesen⁶⁷⁵. Die Anerkennung der Schlichtungsstellen gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wäre nach der alten Rechtslage eine wesentliche Voraussetzung gewesen, um den Parteien eines Schlichtungsverfahrens Rechtssicherheit und dem Verfahren Akzeptanz zu verschaffen⁶⁷⁶. Die Aufnahme einer Klausel in die VOB/B über die verjährungshemmende Wirkung eines Schlichtungsverfahrens hätte nach alter Rechtslage der Inhaltskontrolle nach dem AGBG unterlegen und wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit als unwirksam angesehen worden.

⁶⁷⁰ Boysen/Plett aaO S. 22; Bruns NZBau 2001, S. 444.

⁶⁷¹ BGH NJW-RR 1993, S. 2152.

⁶⁷² Palandt/Heinrichs § 220 Rn. 1.

⁶⁷³ BGH NJW 1998, S. 902.

⁶⁷⁴ BGH NJW 1991, S. 974; 1998, S. 902.

⁶⁷⁵ BGH WM 2002, S. 872; Palandt-Heinrichs § 202 Rn. 8; ablehnend Pütting JZ 1985, S. 269; Wagner NJW 2001, S. 186.

⁶⁷⁶ Egner S. 130.

Durch die Änderungen des gesetzlichen Verjährungsrechts im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung hat sich diese Rechtslage vereinfacht. Vereinbarungen über die Verjährung sind gemäß § 202 BGB zulässig, sofern nicht die Haftung wegen Vorsatzes im Voraus erleichtert wird und die Verjährungsfrist nicht über 30 Jahre verlängert wird. Es ist somit zulässig, Vereinbarungen über die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Dauer eines Schlichtungsverfahrens zu treffen, da Vereinbarungen über die Erschwerung der Verjährung nicht mehr *per se* unzulässig sind⁶⁷⁷. Diese Vereinbarung wäre auch in standardisierten Vertragsbedingungen wie der VOB/B zulässig, die einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff BGB unterliegen. Eine wesentliche Abweichung vom gesetzlichen Leitbild würde nicht vorliegen, so daß die Regelung bei entsprechender Ausgestaltung auch der Generalklausel des § 307 BGB standhalten müßte⁶⁷⁸. Daneben wurde die Regelung des § 209 Abs. 2 Nr. 1 a BGB a. F. in § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB dahingehend erweitert, daß neben der Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrages bei einer durch die Landesjustizverwaltung anerkannten Gütestelle die Verjährungshemmung auch eintritt, wenn die Parteien einvernehmlich einen Einigungsversuch bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegung betreibt, unternehmen. Dadurch werden die sonstigen Gütestellen im Sinne von § 15 a Abs. 3 EGZPO in die Regelung einbezogen⁶⁷⁹. Die Voraussetzung der einvernehmlichen Einleitung des Schlichtungsverfahrens wird unwiderleglich vermutet, wenn die Parteien das Verfahren vor branchenüblichen Gütestellen oder den Gütestellen der Industrie- und Handelskammer, der Innungen oder Handwerkskammern betreiben⁶⁸⁰.

Die Attraktivität eines alternativen Schlichtungsverfahrens dürfte sich durch diese Regelung vergrößert haben, da die Parteien bei entsprechender Ausgestaltung des Verfahrens nicht mehr die Verjährung ihrer Ansprüche während der Durchführung des Schlichtungsversuches befürchten müssen. Der mögliche Mangel der Vollstreckbarkeit des Ergebnisses des

⁶⁷⁷ BT/Drucks. 14/6040 S. 110; Lenkeit BauR 2002, Sonderheft 1a, S.221.

⁶⁷⁸ Hacke S. 123 ff.

⁶⁷⁹ BT/Drucks. 14/6040 S. 114; Gemeint sind damit bestehende Schlichtungsstellen wie der Bankenombudsmann, Einrichtungen der Ärztekammer bis hin zur KfZ-Schlichtungsstelle. Vgl. Zöller § 15 a EGZPO Rn. 21.

Schlichtungsversuches ist dadurch wesentlich gemindert. Trotz geringerer Notwendigkeit einer staatlichen Anerkennung der Schlichtungsstelle könnte eine staatliche Anerkennung dazu beitragen, dem Verfahren und der Institution zusätzliche Autorität und Objektivität zu verleihen, so daß sich das Schlichtungsverfahren auch für Privatpersonen zu einer echten Alternative gegenüber dem Gerichtsverfahren entwickeln könnte.

bb. Ausgestaltung des Verfahrens

Das Schlichtungsverfahren kann sowohl gesetzlich geregelt als auch vertraglich vereinbart werden. Es kann als freiwilliges Verfahren aber auch als obligatorisches Verfahren ausgestaltet sein. Das Verfahren muß gewisse Mindeststandards wie die Garantie des rechtlichen Gehörs, die Unparteilichkeit des Schlichters, die Möglichkeit der Vertretung im Verfahren und die Rechtmäßigkeit des Verfahrens gewährleisten.

Sofern eine entsprechende Regelung im Gesetz getroffen würde, könnte eine staatliche Stelle zum Schlichtungsgremium bestimmt werden, die für die notwendige Neutralität bürgt und mit Experten des jeweiligen Fachbereiches besetzt ist. Für den Baubereich würden sich dabei nicht nur qualifizierte Juristen, sondern auch öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige anbieten, die bereits jetzt eine entscheidende Rolle in Bauprozessen spielen und von deren fachlicher Einschätzung sehr oft der Ausgang eines Prozesses abhängt⁶⁸¹.

Die Schlichter haben neben ihrer fachlichen Qualifikation auch andere Fähigkeiten, wie Verhandlungsfähigkeit und Vergleichstechniken, zu beherrschen, um die Verfahrensstrategie⁶⁸², die darauf beruht, die Vertragsparteien wieder auf die Ebene des vertraglichen Interessenausgleichs zurückzuführen, erfolgreich umsetzen zu können. Die Methoden der Streitschlichtung werden seit einiger Zeit intensiv wissenschaftlich

⁶⁸⁰ BT/Drucks. 14/6040 S. 114 unter Verweis auf § 15 a Abs. 3 Satz 2 EGZPO; Lenkeit BauR 2002, Sonderheft 1a, S. 214 f.

⁶⁸¹ Kohl BIS 2000, S. 137; Cziesielski BIS 2000, S. 74.

⁶⁸² Grundlegend dazu Fisher/Ury/Patton „Das Harvard-Konzept“.

aufgearbeitet, so daß der Verfahrensablauf auch theoretisch auf eine feste Basis gestellt werden kann⁶⁸³.

Das Verfahren hat zu gewährleisten, daß eine schnelle Streitbeilegung möglich wird. Die Streitbeilegung erfolgt vorzugsweise durch die Vereinbarung einer einvernehmlichen Lösung des Konflikts unter Vermittlung der Schlichtungsstelle oder, falls eine derartige Einigung nicht erzielt werden kann, durch einen Entscheidungsvorschlag der Schlichtungsstelle, dem sich die Parteien anschließen können. Dazu ist es im Rahmen einer formalen Minimalgestaltung des Verfahrens notwendig, die Dauer des Verfahrens, sowie bestimmte Fristen vorzuschreiben. Ob dabei die von Egner vorgeschlagene 2 Monatsfrist⁶⁸⁴ ausreicht, ist zweifelhaft. Die FIDIC Bedingungen geben dem dort vorgesehenen permanenten Dispute Adjudication Board 84 Tage für seine Entscheidung Zeit. Dieses ist aufgrund seiner ständigen Anwesenheit auf der Baustelle über die relevante Sachlage informiert und benötigt deshalb weniger Einarbeitungszeit. Die mit einem ständigen DAB verbundenen Kosten dürften nur bei Bauvorhaben größeren Umfangs gerechtfertigt sein, so daß sich für eine generell abstrakte Regelung in der VOB/B eher die nachträgliche Anrufung des Schlichters anbietet. Der durch die Parteien bestimmte Schlichter muß sich zunächst in den Streitfall einarbeiten und notwendige technische Untersuchungen vornehmen. Abhängig von der Komplexität und Schwierigkeit des Streitfalles sollten abgestufte Fristen zwischen 1 und 4 Monaten gesetzt werden, in denen der Schlichter einen Entscheidungsvorschlag zu unterbreiten hat, sofern es innerhalb des Verfahrens nicht bereits gelungen ist, den Streit einvernehmlich beizulegen.

Aufgrund des überdurchschnittlich hohen Anteils baurechtlicher Verfahren an der Gesamttätigkeit der staatlichen Gerichte wäre die Einführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens für Bausachen im Gesetz zu rechtfertigen⁶⁸⁵. Da der Erfolg des Verfahrens aber wesentlich von der Einigungsbereitschaft der Beteiligten abhängt, ist ein fakultatives Verfahren

⁶⁸³ Grundlegend dazu Fisher/Ury/Patton „Das Harvard-Konzept“; Breidenbach S. 137 ff; Hacke S. 172 ff; Zimmer S. 91 ff; Casper/Risse ZIP 2000, S. 438 f; instruktiv Eidenmüller in Breidenbach/Henssler (Hrsg.) S. 31 ff; aA Boysen/Plett, S. 137.

⁶⁸⁴ Egner S. 137.

⁶⁸⁵ Egner S. 138.

wenigstens gleichwertig⁶⁸⁶. Ist ein ernsthafter Einigungswille vorhanden und haben die Parteien die Möglichkeiten und Vorteile des Schlichtungsverfahrens erkannt, werden sie das Verfahren effektiv nutzen. Nutzt eine Partei das Schlichtungsverfahren dagegen als Mittel zur Verzögerung der Entscheidung, sollte der anderen Partei die Eröffnung des Klageverfahrens erlaubt sein⁶⁸⁷. Die Beteiligung mehrerer Baubeteiligter am Schlichtungsverfahren ist nach der hier vorgeschlagenen Konzeption des Verfahrens ebenfalls nur auf freiwilliger Basis zu erreichen. Da es vorteilhaft sein kann, auch diejenigen an dem Verfahren zu beteiligen, gegen die ein direkter Anspruch nicht besteht, gegen die aber Sekundäransprüche denkbar wären oder die zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen können, ist die notwendige Freiwilligkeit der Beteiligung sicherlich ein Hindernis. Ein wie auch immer gearteter direkter oder mittelbarer Zwang zur Teilnahme wäre für das Verfahren kontraproduktiv und der Vorteil des Schlichtungsverfahrens, der in der Wiederherstellung eines gestörten Kommunikationsverhältnisses besteht, ginge verloren. Wird das Schlichtungsverfahren ernst genommen und als vorteilhaft gegenüber dem gerichtlichen Verfahren akzeptiert, wird sich auch ein Mehrparteienverfahren durchsetzen. Die zunächst nicht direkt durch den Konfliktfall betroffenen Baubeteiligten haben ein Interesse daran, an der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken, um bereits in diesem Stadium mögliche Regreßansprüche abzuwehren. Die Nichtteilnahme an der Schlichtung bewahrt sie nicht vor diesen Ansprüchen, sie vereitelt ihnen lediglich die Möglichkeit einer frühen Einflußnahme.

Die Parteien, zwischen denen eine Schlichtungsvereinbarung besteht, müssen sich bewußt sein, daß eine verjährungshemmende Wirkung des Verfahrens zunächst nur ihrem Verhältnis besteht, daß aber mögliche Regreßansprüche gegen andere Baubeteiligte weiterhin der Verjährung unterliegen. Das Schlichtungsverfahren muß es deshalb durch eine entsprechende Ausgestaltung der Vertragsklausel⁶⁸⁸ ermöglichen, Dritte in das

⁶⁸⁶ Preibisch S. 189; Boysen/Plett, S. 143; Stadler NJW 1998, S. 2482; Sievers S. 31; Eidenmüller in Breidenbach/Henssler (Hrsg.) S. 53.

⁶⁸⁷ So auch Preibisch S. 189.

⁶⁸⁸ Wie bereits dargelegt wurde, können nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz Vereinbarungen über die Verjährung getroffen werden. Vgl. § 202 BGB.

Verfahren einzubeziehen, um dadurch in diesem Verhältnis eine Verjährungshemmung herbeizuführen.

Sollte eine entsprechende gesetzliche Regelung in absehbarer Zeit nicht erlassen werden, kann das vorgeschaltete Schlichtungsverfahren vertraglich und auch in standardisierten Vertragsbedingungen vereinbart werden⁶⁸⁹. Diese Regelung wäre zulässig, da es sich nicht um die Umwandlung des streitigen Anspruches in eine nicht erzwingbare Naturalobligation⁶⁹⁰ handeln würde. Die Durchsetzbarkeit des Anspruches wird nicht dauerhaft ausgeschlossen, sondern die gerichtliche Geltendmachung lediglich an eine zusätzliche Voraussetzung geknüpft. Wird das Schlichtungsverfahren nicht durchgeführt, steht einer dennoch erhobenen Klage die Einrede fehlender Klagbarkeit entgegen⁶⁹¹. Auch gegen die Vereinbarung eines derartigen Verfahrens in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehen keine Bedenken im Hinblick auf die §§ 305 ff BGB.

Genau zu prüfen ist, ob die Vorschaltung eines derartigen Verfahrens vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens auch bei Verbraucherverträgen sinnvoll ist. Verbraucher werden durch die lange Verfahrensdauer des gerichtlichen Verfahrens und der damit verbundenen hohen Anwalts- und Gerichtskosten bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche behindert. Es erscheint deshalb interessengerecht, dem Verbraucher die Möglichkeit einer schnellen Streitbeilegung durch ein Schlichtungsverfahren zu eröffnen⁶⁹². Der Verbraucher, der sich etwa wegen eines feuchten Kellers seines neu errichteten Einfamilienhauses um gerichtliche Hilfe bemüht, will nicht Jahre auf eine rechtskräftige Entscheidung warten, die ihm einen vollstreckbaren Nachbesserungsanspruch zuspricht. Er will auch nicht immense Vorschüsse für Sachverständige zahlen müssen und dabei Gefahr laufen, daß er diese Kosten

⁶⁸⁹ BGH WM 1977, S. 997; NJW 1984, S. 669; OLG Frankfurt VersR 1982, S. 759; OLG Köln MDR 1990, S. 638.

⁶⁹⁰ Vgl. dazu Palandt-Heinrichs Einl. v. § 241 Rn. 15.

⁶⁹¹ BGH WM 1977, S. 997; NJW 1984, S. 669.

⁶⁹² aA Egner S. 139 der bei Privaten eine individualvertragliche Vereinbarung für erforderlich erachtet. In anderen Industriezweigen hat sich das Schlichtungsverfahren für Verbraucher bereits bewährt. Zu nennen sind etwa die Ombudsmannverfahren im Bank- und Versicherungswesen. Vgl. Gottwald WM 1998, S. 1257 ff; Sievers S. 197; ausführlich Gude „Der Ombudsmann der privaten Banken“ 1998; von Hippel „Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen“ 2000.

am Ende des Verfahrens nicht mehr beim Gegner durchsetzen kann. Vielmehr ist ihm daran gelegen, schnell und mit möglichst geringen Kosten eine einwandfreie Bauleistung zu erhalten. Dies läßt sich auch für Verbraucher besser und schneller in einem vorgeschaltetenem Schlichtungsverfahren klären. Der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers kann dadurch Rechnung getragen werden, daß dieses Verfahren für ihn nicht obligatorisch, sondern fakultativ dem gerichtlichen Verfahren vorgeschaltet wird⁶⁹³. Zudem besteht die Möglichkeit einer anwaltlichen Vertretung des Verbrauchers im Schlichtungsverfahren, deren Kosten beim Vergleichsabschluß berücksichtigt werden müssen.

b. Vertragsmanagement

Da es beim Kooperationsprinzip im Baurecht primär um Streitvermeidung und Streitvorbeugung geht, sind auch vertragsbegleitende Maßnahmen wie ein verändertes Vertragsmanagement notwendig⁶⁹⁴.

Das Vertragsmanagement hat die Funktion, Konflikte auf der Arbeitsebene zu vermeiden, oder diese schnell und ohne Zeitverzögerung zu lösen. Voraussetzung des Funktionierens dieser Institution ist gegenseitiges Vertrauen, das durch verstärkte Kommunikation und Transparenz bewirkt werden kann. Der Zugang zu den Unterlagen des Bauvorhabens, wie es beispielsweise beim GMP-Vertrag oder beim Construction Management Vertrag gewährleistet wird, ist ein geeignetes Mittel, die notwendige Transparenz für die Beteiligten zu gewährleisten⁶⁹⁵. Ein effektiveres Vertragsmanagement kann insbesondere durch eine aktivere Einbeziehung des Auftraggebers in den Vertragsablauf und durch regelmäßige Baubesprechungen gewährleistet werden. Zudem müssen die vor Ort tätigen Personen, wie Bauleiter, Architekten, Poliere und sonstiges von den Parteien eingesetztes Leitungspersonal, mit ausreichenden Vollmachten ausgestattet sein, um anstehende Probleme schnell und verbindlich entscheiden zu können. Das dafür

⁶⁹³ Dies ist beim Verfahren für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe der Fall. Vgl. von Hippel S. 22 ff; Gude S. 112.

⁶⁹⁴ Schlapka BauR 2001, S. 1650; Wirth Jhb. Baurecht 2002, S. 105; Kattenbusch/Kuhne Baumarkt + Bauwirtschaft Heft 4/2002, S. 42 f.

⁶⁹⁵ Schlapka BauR 2001, S. 1650f.

notwendige rechtliche und technische Wissen muß diesen Personen in regelmäßigen Schulungen vermittelt werden. In der Praxis hat sich gezeigt, daß bei Großprojekten, bei denen eine ständige Bauleitung vorhanden ist, die möglicherweise durch eine Oberbauleitung ergänzt wird, die Anzahl der durch Ausführungsmängel verursachten Ablaufstörungen deutlich geringer ist als bei kleineren Projekten⁶⁹⁶. Daran wird deutlich, daß die aus dem technischen Bereich stammenden Konfliktherde beeinflussbar und vermeidbar sind.

Durch entsprechende vertragliche Regelungen sollte sichergestellt werden, daß innerhalb der Ausführungsphase ein Kommunikationsforum unter den Beteiligten besteht, in dem aktuelle Probleme in offener Diskussion angesprochen werden, ehe sich die Fronten verhärten. Dies könnte durch eine vertraglich konstituierte Pflicht zur Teilnahme an regelmäßig stattfindenden Baubesprechungen sichergestellt werden. Derartige Foren haben sich in der Praxis bewährt. Sie werden zunehmend insbesondere im anglo-amerikanischen Wirtschaftsraum angewandt⁶⁹⁷.

Neben der Koordinierungsaufgabe ist die Einhaltung und Sicherstellung der vereinbarten Qualität der Bauleistung Ziel eines verbesserten Vertragsmanagements. Durch eine baubegleitende fachliche Qualitätsüberwachung, die abschnittsweise bereits während der Bauausführung einsetzt, kann die Mangelhäufigkeit reduziert und das dadurch entstehende Konfliktpotential abgebaut werden. Für die Durchführung dieser Aufgabe eignen sich die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, die neben fachlicher Kompetenz für die notwendige Unabhängigkeit garantieren⁶⁹⁸. Die Durchführung baubegleitender Qualitätskontrollen kann im Vertrag vereinbart werden, in dem sich die Parteien auf einen bestimmten Sachverständigen einigen. Die Kosten der Beauftragung sind vom Auftraggeber zu tragen. Eine Kostenteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ist nicht sinnvoll, weil die Auftragnehmer diese Kosten in ihrer Kalkulation

⁶⁹⁶ Kohl Berliner Anwaltsblatt 1999, S. 474; vgl. auch Nicklisch RIW 1978, S. 635, ders. in Nicklisch (Hrsg.) „Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie“ S. 122; Weick in FS für Coing, S. 559.

⁶⁹⁷ Ein ähnliches System benutzte der italienische Bauüberwacher beim Ausbau und der Renovierung des Leipziger Hauptbahnhofs.

⁶⁹⁸ Cziesielski BIS 2000, S. 74.

berücksichtigen und auf die Baupreise umlegen würden. Für den Auftraggeber ist diese Investition dennoch lukrativ, da sie geringer sind, als die durch Bauschäden verursachten Kosten, die er in langwierigen und kostspieligen Prozessen gegen den Auftragnehmer durchsetzen muß. So wäre auch in Deutschland der Einsatz eines vertragsbegleitenden Experten als Manager oder Vermittler der Parteien ähnlich dem Modell des Engineers nach den FIDIC Vertragsbedingungen denkbar⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ Vgl. Kohl BIS 2000, S. 137.

Schluß

I. Kooperationspflichten im Recht

Kooperation bedeutet Zusammenarbeit. Mit der Definition des Begriffes wird seine Bedeutung für das Vertragsrecht deutlich. Das in der Rechtsprechung neuerdings angesprochene Kooperationsprinzip der Bauvertragsparteien stellt sich als ein hochkomplexes Thema dar, bei dessen Diskussion neben rechtlichen Faktoren auch wirtschaftliche und soziale Aspekte zu berücksichtigen sind. Dem Recht, in seiner Ausprägung durch die vertragliche Regelung, kommt dabei die Funktion zu, eine flexible Basis der vertraglichen Zusammenarbeit der Parteien zu bilden.

Die Rechtsprechung des BGH sieht das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts in dem in der VOB/B angelegten Geflecht gegenseitiger Mitwirkungs-, Informations- und Schutzpflichten begründet. Die einzelnen vertraglichen Pflichten werden durch das Kooperationsprinzip miteinander verknüpft, so daß die Auslegung der einzelnen Pflicht nicht isoliert vorgenommen wird, sondern aus dem rechtlichen Rahmen des Kooperationsprinzips abgeleitet wird. Der Kooperationsgedanke dient dabei als Leitbild der Vertragsauslegung. Die Kooperationsrechtsprechung des BGH enthält weniger einen neuen dogmatischen Ansatz, sondern sie ist Ausdruck eines gewandelten Vertragsverständnisses. Bei der Weiterentwicklung des Kooperationsgedankens im Bauvertragsrecht kann somit auf die bewährten Rechtsinstitute des Vertragsrechts zurückgegriffen werden.

Das Kooperationsprinzip enthält daneben eine generelle Verhaltensanforderung. Für die Vertragsparteien ergibt sich aus dem Kooperationsprinzip eine Verpflichtung zu kooperativem und nicht konfrontativem Verhalten. Aus dieser generellen Verpflichtung können sich im Einzelfall weitere vertragliche Pflichten wie Informations- und Beratungspflichten ergeben. Der Verstoß gegen diese Verhaltenspflicht kann bei Hinzutreten weiterer Umstände einen Vertragsverstoß begründen.

Da das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts vor allem auf einem Gefüge gegenseitiger Informations-, Mitwirkungs-, Schutz- und Verhandlungspflichten der Vertragsparteien basiert, ist es nicht gerechtfertigt, eine abgestufte Wertigkeit zwischen Haupt- und Nebenpflichten einerseits und Obliegenheiten andererseits anzunehmen. Die Interessenlage der Vertragsparteien rechtfertigt es, die vertraglich geschuldeten Handlungen in der Regel als echte Vertragspflichten einzuordnen. Die einzelnen vertraglichen Pflichten des Bauvertrages können als gleichwertig für die Vertragsdurchführung und die Aufrechterhaltung der vertraglichen Kooperation betrachtet werden. An der Nichterfüllung jeder einzelnen Pflicht kann das Verhältnis der Parteien scheitern. Erst die rechtliche Einordnung der einzelnen Mitwirkungshandlungen als vertragliche Pflichten ermöglicht es, das Kooperationsprinzip zu einer Kooperationspflicht zu verdichten, so daß den Vertragsparteien durch weitergehende Rechtsfolgen zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten ihrer vertraglichen Beziehungen zur Verfügung stehen.

II. Kooperationscharakter des BGB und der VOB/B

Struktur und Funktionsweise des BGB einerseits und der VOB/B andererseits weisen deutliche Unterschiede auf. Während dem Werkvertragsrecht des BGB das Modell eines punktuellen Austauschvertrages zugrunde liegt, orientiert sich das Vertragsrecht der VOB/B an den Besonderheiten des Bauvertrages, indem sie insbesondere die längere Dauer der vertraglichen Beziehungen und die Veränderlichkeit der Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers berücksichtigt. Diese strukturellen Unterschiede bedingen eine verschiedene Ausprägung der Kooperationspflichten der Vertragsparteien.

Auch die Vertragsparteien des BGB Werkvertrages sind grundsätzlich zur Zusammenarbeit verpflichtet, da dies ein Grundprinzip des Vertragsrechts ist. Das Werkvertragsrecht des BGB enthält jedoch kein spezielles System von Informations-, Mitwirkungs- und Verhandlungspflichten, das auf den Bauvertrag zugeschnitten ist. Eine Übertragung der BGH

Rechtsprechung zum Kooperationscharakter des VOB Bauvertrages auf den BGB Werkvertrag ist aus diesem Grunde nicht möglich. Auch durch die Anwendung des § 242 BGB läßt sich dieser Unterschied nicht überbrücken, da der Gesetzgeber den Werkvertrag bewußt als punktuellen Austauschvertrag konzipiert hat. Die Vertragsparteien, die sich für die Regelungen des BGB entscheiden, wünschen die verbindliche Festlegung ihrer Leistungspflichten am Beginn des Vertragsverhältnisses und wünschen die Beschränkung auf das durch das BGB vorgegebene Maß an Zusammenarbeit. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf, die den Kooperationsgedanken auf den BGB Werkvertrag ausgedehnt hat, lag ein Sachverhalte zugrunde, der nicht unmittelbar mit den besonderen Strukturmerkmalen des Bauvertrages verknüpft war.

III. Ausblick

Der von der Rechtsprechung aufgeworfene Gedanke der Kooperationsverpflichtung der Bauvertragsparteien findet bereits nach lediglich zwei Entscheidungen des BGH, die im Abstand von fast 3 Jahren ergingen, große Beachtung in der baurechtliche Diskussion. Kaum eine baurechtliche Neuerscheinung wird ohne einen Hinweis auf die Kooperationsrechtsprechung des BGH veröffentlicht. In zahlreichen baurechtlichen Praxisseminaren wird auf den Kooperationscharakter des Bauvertrages hingewiesen und die Bauvertragsparteien werden in Anbetracht der Sanktionen ungenügender Kooperation ausdrücklich zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen aufgerufen. Der BGH, der es sich zur Aufgabe gemacht hat, dem Streit am Bau entgegenzutreten, hat damit sein Ziel zum Teil bereits verwirklicht, indem er die Kooperationsverpflichtung in das Bewußtsein der Vertragsparteien gerufen hat.

Der Kooperationsverpflichtung der Vertragsparteien kommt eine Leitbildfunktion zu, an der sich die Vertragspraxis orientieren kann. Kooperation durchzusetzen und Streit zu vermeiden, ist in erster Linie eine Frage des Inhalts der vertraglichen Vereinbarung der Parteien, der sich sowohl aus individualvertraglichen Regelungen als auch aus vertraglichen Standardbedingungen ergeben kann. Entgegen der Ansicht Quacks wird dem

Kooperationsgedanken durch die Rechtsprechung kaum zur rechtlichen Vollendung verholfen werden⁷⁰⁰. Die Rechtsprechung kann nur die interessengerechte Auslegung der vertraglichen Vereinbarung gewährleisten, während die Weiterentwicklung des Kooperationsgedankens durch die Verbesserung der vertraglichen Regelung erfolgen muß.

Die Überarbeitung der bestehenden Regelung sollte an den typischen Problempunkten des Bauvertrages ansetzen. Zu nennen sind dabei in erster Linie der Ausbau und die Konkretisierung der gegenseitigen Pflichten, die Regelung des Zusammenwirkens mehrerer Baubeteiligter und die Ausgestaltung der vertraglichen Streitbeilegungsmechanismen. Die Regelungen sind jeweils auf die spezifischen Interessenlagen der Parteien in unterschiedlichen Vertragsstrukturen abzustimmen.

Die Kooperationsverpflichtung der Vertragsparteien ist insofern eine rechtliche Kategorie, als das Recht dazu dient, das Zusammenwirken der Parteien zu koordinieren und es flexibel genug ist, an Änderungen tatsächlicher Umstände angepaßt zu werden. Die Notwendigkeit vertraglicher Kooperation ergibt sich aber auch aus wirtschaftlichen Umständen. Die Erkenntnis der Vertragsparteien, daß sich die Vorteile des Leistungsaustauschs innerhalb einer vertraglichen Beziehung nur bei einer vertrauensvollen und reibungslosen Zusammenarbeit verwirklichen lassen, ist eine Voraussetzung dafür, daß Kooperation zum Prinzip der Vertragsdurchführung wird. Neben vertraglichen Regelungen, die den Vertragsparteien einen funktionierenden Rahmen für eine kooperative Zusammenarbeit bereit stellen müssen, sind soziale Fähigkeiten, wie Kommunikationsfähigkeit, Einsichtsbereitschaft und Verhandlungsfähigkeit, Voraussetzungen zur Verwirklichung des Kooperationsprinzips.

⁷⁰⁰ IBR 2001, S. 199.

