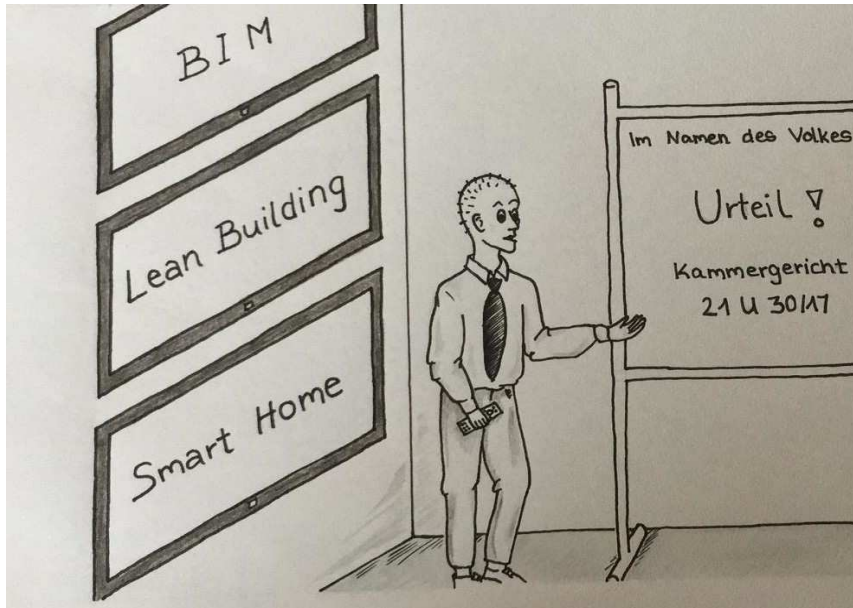




Paratus Leaflet



„Auch digitale Prozesse müssen sich an den rechtlichen Grundlagen orientieren!“

Vision und Wirklichkeit

Warum digitale Techniken gerade am Bau nicht nur Chance, sondern auch Risiko sein können!

Liebe Leserin, lieber Leser,

die Anwaltschaft hat ein neues Marktfeld für sich entdeckt: Legal Tech. Gemeint sind damit nicht neue Technologien der Informationsverarbeitung in der Kanzlei, sondern vereinfacht technisierte Rechtsanwendung. Man stelle sich etwa vor, dass ein Unternehmen eine spezifische Geschäftsidee auf die rechtlichen Rahmenbedingungen hin überprüft haben möchte. Legal Tech soll dann eines Tages die Rechtsberater in die Lage versetzen, quasi auf Knopfdruck und folglich sehr produktiv sämtliche einschlägigen Bestimmungen samt den daraus abzuleitenden Handlungsnotwendigkeiten aufzuführen. Angesichts einer Rechtsetzung von EU bis Ortsatzung mit vielleicht auch noch Sanktionsgefahr aufgrund politischer Entwicklungen bei Exportüberlegungen ein erheblicher Entwicklungsschritt.

Building Information Modeling (BIM) zielt in die gleiche Richtung. Auch hier geht es nicht mehr nur um die digitale Planungs- und Gebäudedokumentation, sondern es wird absehbar ohne weiteres mittels entsprechender Programme im Zuge der Planung automatisch die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben (Abstandsflächen, Maß der Bebauung, etc.) im gleichen Zuge mitgeprüft und berücksichtigt werden können. Wie gesagt automatisch. Dieser Automatismus entsteht über die „Wenn-Dann-Beziehung“, welche automatisierten Prozessen innewohnt. Sie alle wissen um die Bestrebungen der Wirtschaft, die Arbeitswelt fortschreitend prozessorientiert zu organisieren und dies ist vor allem im Planungsbereich zu beobachten. Was aber gilt dann für die rechtlichen Randbedingungen?

Erfahren Sie mehr auf den Seiten 2 und 3!

Das Kammergericht hat mit seinem Urteil vom 10.07.2018 – 21 U 30/17 (nicht rechtskräftig) geurteilt, dass die Preisfortschreibung gemäß § 2 Abs. 5/6 VOB/B anhand tatsächlicher Mehr- und Minderkosten zu erfolgen hat und dem Auftragnehmer auch bei unterdeckt kalkulierter Hauptvertragsleistung für die Nachtragsleistung zu den Kosten noch ein angemessener Zuschlag für AGK und Gewinn zu zahlen ist. Sollte der BGH diese Sichtweise teilen, dann würde dies nicht weniger als die komplette Auflösung der nach Korbion benannten Regel vom „guten Preis bleibt usw.“ bedeuten. Und diese Regel darf doch wohl als bisher von der ganz großen Mehrheit akzeptierte „Wenn-Dann-Beziehung“ der Preisfortschreibung gelten, was im Übrigen auch andere aktuelle OLG Urteile (bspw. OLG Hamm, Urteil vom 09.05.2018 – 12 U 88/17) untermauern.

Bedeutung des Kammergerichtsurteils

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung vom 10.07.2018 zunächst, dass nun ein weiteres OLG neben dem BGH (vgl. Leaflet 2/2018) Zweifel an der überkommenen Sichtweise zur „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ artikuliert hat. Klarheit kann aber letztlich insoweit nur der BGH schaffen, dem inzwischen ausreichend Revisionschriften rund um diese Thematik vorliegen dürften.

Über die Auslegungsfrage zu § 2 Abs. 5/6 VOB/B weit hinaus wird aber ganz etwas anderes deut-

lich: Rechtsanwendung und damit auch die Berücksichtigung rechtlicher Einflussfaktoren in der Prozessgestaltung und -organisation wird zumindest immer dann, wenn dazu die Auslegung einer Regelung ansteht, jedenfalls auf lange Sicht noch nicht den bisher verwendeten Algorithmen zugänglich sein. Im Gegenteil markiert das Kammergerichtsurteil vom 10.07.2018 geradezu einen Meilenstein für die Herleitung eines rechtssystematisch begründeten Urteils. Hier wird nicht „abgeschrieben“ und „zitiert“, sondern auch mit Blick auf den Sinn und Zweck begründet.

§§ 650b, 650c BGB 2018 enthalten „algorithmenfeindliche“ Leitbilder

Der vom Kammergericht entschiedene Sachverhalt beurteilt sich noch nach altem Recht. Bekanntlich enthielt das BGB bis zum 31.12.2017 keine Regelungen zu Nachträgen in der Bauvertragsabwicklung. Das BGB vom 01.01.1900 enthält jedoch generell von Anbeginn für Verträge, also auch für die nach altem Recht zu beurteilenden Bauverträge, das Konsensprinzip (*pacta sunt servanda*). Und dieses Prinzip, wonach ein rechtlich gestatteter einseitiger Eingriff in das vom anderen Vertragspartner abgegebene Leistungsversprechen nur unter engen Voraussetzungen und mit ausreichender Kompensation für den anderen möglich war und ist, hat der Gesetzgeber in den §§ 650b, 650c BGB 2018 ausdrücklich aufgegriffen und schon dem Wortlaut nach entsprechend seiner Sicht der Interessenverteilung auskodifiziert.

Wenn man es vereinfacht verdeutlichen will, hat der Gesetzgeber mit diesen für den Bauvertrag nun wegweisenden Regelungen nichts anderes getan, als das Verhandlungs- (Konsens-) Prinzip festzuklopfen. Anders als der BGB-Gesetzgeber im vorletzten Jahrhundert hat dies der Deutsche Bundestag jedoch in Kenntnis der digitalen Revolution getan und gleichwohl das Verhandlungsprinzip (auf Augenhöhe!) als richtig und interessengerecht einstuft.

Verhandeln verträgt sich aber nicht mit vorbestimmt automatisierten Entscheidungsprozessen im „Wenn-Dann-Schema“.

Gesetzliche Wertungen müssen ernst genommen werden!

Eschenbruch (Editorial BauR 9/2018) hat einerseits Recht, wenn er schlussfolgert, dass das am Einzelfall orientierte komplexe Änderungssystem der Vertragsanpassung bei Änderungen nach dem neuen Bauvertragsrecht im Kontext des digitalen Fortschritts kein Leitmodell sein könne. Andererseits darf diese Aussage nicht fehlinterpretiert werden: im Zuge der (baubegleitend oder vor Gericht) notwendigen vertragsrechtlichen Klärung gibt ohne Abstriche das Gesetz den Maßstab vor, nicht etwa „Notwendigkeiten“ einer digitalisierten Arbeitsweise. Man denke nur an die „Kammerschleuse“-Entscheidung des BGH (BauR 1997, 126), wonach es für die Wirksamkeit des Bauvertrages nicht darauf ankommt, dass der Bieter die ausgeschriebenen Leistungen auch kalkulieren kann. Bis zu dieser Entscheidung findet sich eine Vielzahl auch von

OLG-Urteilen, welche bei eben dieser fehlenden Kalkulierbarkeit – am Gesetz vorbei – dem Auftragnehmer in Missachtung seines funktionalen Leistungsversprechens einen Mehrvergütungsanspruch zugesprochen haben. Nicht anders wird es all denen (nunmehr vornehmlich Auftraggebern) gehen, die der jüngst vom Gesetzgeber ausdrücklich für den Bauvertrag bestätigten Verhandlungsmaxime zuwider kontrahieren und Bauverträge abwickeln wollen.

Verhandlungsfreiheit schafft Spielraum – fordert aber eindeutig veränderte Vertragsanbahnungsprozesse

Auch die gesetzlichen Neuregelungen zum Bauvertrag sind dispositiv (Ausn.: § 650e Abs. 7 BGB 2018 – Bauhandwerkersicherung). Kommen die Bauvertragsparteien also überein, von den Regelungen in §§ 650b, 650c BGB 2018 abweichen zu wollen, dann gilt dies auch für die Rechtsprechung (BGH, IBR 2013, 261). Nur: es geht dabei ausschließlich um eine beiderseits freiwillige Vereinbarung auf Augenhöhe. Nicht möglich ist ein solches Ergebnis über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) des Auftraggebers!

Hier zeigt sich also deutlich die Crux tradierter Beschaffungsprozesse: wenn bisher durch Vorformulierung der Vertragsbedingungen (= AGB) der Vertragsinhalt und mithin auch das Nachtragsprozedere „auftraggeberfreundlich“ vorgegeben werden konnten, wird dies unter den gesetzlichen Neuregelungen zu ungleich kostenintensiveren Ergebnissen für die Auftraggeber füh-

ren. Und nur nebenbei: das Kammergericht entzieht mit dem Urteil vom 10.07.2018 bereits in laufenden Streitfällen nach altem Recht bei der Preisfortschreibungsarithmetik dem Auftraggeber die Möglichkeit, auch bei Nachträgen vom Wettbewerb vor Auftragserteilung zu profitieren.

Ein möglicher Lösungsweg: der Rahmenvertrag

Der von Auftraggeberseite vornehmlich aufgrund der 30`-tägigen Einvernehmensphase aus § 650b BGB 2018 und der 80 %-Regelung gemäß § 650c BGB gesehenen Missbrauchsgefahr werden Auftraggeber sehr großer Bauvorhaben ebenso wie gut beratene Auftraggeber eines einzelnen Vorhabens unproblematisch Herr werden, denn sie sind entweder aufgrund der Projektdimension oder ihrer Unerfahrenheit faktisch gezwungen, von vornherein einen individuellen Verhandlungsprozess zu initiieren.

Rigoros umdenken müssen dagegen die Einkaufsverantwortlichen im Massengeschäft oder von Adhoc-Maßnahmen. Sie können unmöglich einen jeden Vertrag kosten- und zeitintensiv individuell durchverhandeln. Das müssen sie auch nicht, wenn sie z.B. Bauvertragspartner haben oder finden, welche die Bedingungen für das Miteinander einmal intensiv, dann aber verbindlich für einen festgelegten Zeitraum mit den darin abzuwickelnden Aufträgen individuell ausverhandeln. Zwanglos drängt sich hier die Parallele zum Arbeitsvertrag auf, welcher über strukturierte Tarifverhandlungsmechanismen

auch für Anpassungen des Rahmenvertrages Ansätze aufzeigen könnte.

Um es aber in aller Deutlichkeit noch einmal klar festzuhalten: solche Rahmenvertragsverhandlungen erschöpfen sich nicht wie bisher in reinen Einheitspreisverhandlungen. Vielmehr muss der gesamte Vertragsinhalt zur Disposition stehen und ausverhandelt werden.

Der lange Arm des Gesetzes ...

Mit den Neuregelungen zum Bauvertrag hat der Gesetzgeber wider alle zu beobachtenden Vereinheitlichungstendenzen das Primat der fairen Vertragsverhandlung in Stein gemeißelt. Gesetzgeberische Wertungsentscheidungen müssen ernst genommen werden, denn eine unabhängige Justiz wird sich ihrer, wie das Kammergerichtsurteil vom 10.07.2018 zeigt, u. U. auch nach Jahrzehnten einer anders lautenden „herrschenden Meinung“ erinnern.

Nicht vorgegeben hat der Gesetzgeber bewusst, für welchen Weg sich faire Verhandlungspartner zur Regelung ihres Miteinanders unter dem Bauvertrag entscheiden müssen. Hier zeigt der richtig verstandene Rahmenvertrag nur eines von vielen tragfähigen Modellen auf.

Wer jedoch auf Auftraggeberseite die vornehmlich konjunkturbedingte trügerische Stille rund um das neue Bauvertragsrecht missversteht, wird eventuell wie der Auftraggeber im Fall des Kammergerichtes noch böse überrascht werden.



www.paratus-consult.de

Die Umsetzung rechtlicher Rahmenbedingungen und Anforderungen erfordert nicht nur im Falle grundlegender gesetzlicher Neuregelungen eine Loslösung von der anwaltlichen Arbeitsweise am konkreten Sachverhalt. Strategie, Struktur und auch Kultur bei der Bewältigung von Bauaufgaben bilden und verbessern sich erfolgreich nur bei einer Sichtweise „über den Tellerrand hinaus“. Den gleichsam immer not-

wendigen Praxisbezug liefert auch dann selbstverständlich der Erfahrungsschatz aus nunmehr 20 Jahren Spezialisierung im Baubereich. Paratus Legal hat deshalb das Format Paratus Consult entwickelt, welches gezielt auf die praxisorientierte Aus-/Fortbildung sowie Strategie-/Strukturberatung der professionell Baubeteiligten und ihrer Dienstleister ausgerichtet ist.

Sie haben weitere Fragen, Anmerkungen etc.? Ich freue mich, von Ihnen zu hören!

Ihr Frank Meier

Rechtsanwalt
 Fachanwalt für Bau- & Architektenrecht
 Diplom-Verwaltungswirt



TERMINE:

Wir sind momentan kreativ und arbeiten an einer praxistauglichen und anwenderorientierten Veröffentlichung, welche die notwendigen 3 Themenbereiche

- wie funktioniert Rechtsanwendung im Vertragsrecht?
- wie funktioniert das neue Bauvertragsrecht?
- wie funktioniert das neue Architekten-/Ingenieurvertragsrecht?

komprimiert und verknüpft darstellen wird. Geplanter Erscheinungstermin: 1. Quartal 2019

www.paratus-legal.de / www.paratus-consult.de

Datenschutzerklärung

Die Speicherung, Verarbeitung und Nutzung Ihrer Daten dient dem Zweck der Information über das Paratus Leaflet. Rechtsgrundlage für diese Verarbeitung ist Art 6 Abs. 1 lit f) DSGVO. Die Daten werden auf Paratus Legal-eigenen EDV-Systemen gespeichert, nicht an Dritte weitergegeben und nur für die Zwecke der Information über das Leaflet verarbeitet. Dabei treffen wir entsprechende angemessene technische Maßnahmen, um den Schutz Ihrer Daten zu gewährleisten. Die Dauer der Speicherung richtet sich nach den gesetzlichen Aufbewahrungspflichten. Sie haben das Recht auf Auskunft über die bei uns gespeicherten Sie betreffenden personenbezogenen Daten sowie auf Berichtigung oder Löschung oder Einschränkung der Verarbeitung.

Verantwortlich im Sinne der DSGVO ist Herr Rechtsanwalt Frank Meier, Aegidientorplatz 2 A, 30159 Hannover, Tel.: 0511/89850010. E-Mail: meier@paratus-legal.de.



Rechtsanwalt Frank Meier
 Aegidientorplatz 2A
 30159 Hannover
 Telefon 0511 89 85 00 10
 Telefax 0511 89 85 00 20
www.paratus-legal.de
hannover@paratus-legal.de