



**Vertane Gelegenheiten:  
Beispiele misslungener  
Streitbeilegungen**

**Rainer Wanninger**

**IBB**

INSTITUT FÜR  
BAUWIRTSCHAFT UND  
BAUBETRIEB



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
BRAUNSCHWEIG

UNIV.-PROF. DR.-ING.  
R. WANNINGER

SCHLEINITZSTR. 23 A  
38106 BRAUNSCHWEIG

FON 0531 391-3174  
FAX 0531 391-5953

[ibb@tu-bs.de](mailto:ibb@tu-bs.de)  
[www.ibb.tu-bs.de](http://www.ibb.tu-bs.de)

**Veröffentlichung**

Braunschweig

Juni 2007

Beim nachfolgenden Dokument handelt es sich um die Einreichungsfassung des Beitrags:

**Wanninger, Rainer: Vertane Gelegenheiten: Beispiele misslungener Streibelegungen. In: Altinger ; Heegemann ; Jurecka (Hrsg.): Festschrift anlässlich des 60. Geburtstags von Herrn o. Univ. Prof. Dipl.-Ing. Dr. Techn. Hans Georg Jodl. Wien : Eigenverlag (2007), S. 329-338**

Auf ggf. bestehende Unterschiede infolge redaktioneller Überarbeitung der Einreichungsfassung wird hingewiesen.

# **1 Vertane Gelegenheiten: Beispiele misslungener Streitbelegungen**

## **1.1 Einleitung**

Man könnte nahezu glauben, die Baubranche sei des Streitens müde, wenn man es nicht besser wüsste. Zur Zeit werden alternative Projektabwicklungsformen mit dem Ziel der Streitvermeidung in großer Breite diskutiert; eine Vielzahl von Tagungen aus baubetrieblicher und juristischer Sicht befasst sich mit dem Thema und der Autor selbst will sich davon auch nicht ausnehmen. Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit tatsächlich der Wunsch nach Streitvermeidung oder nicht vielleicht doch eher andere Gründe Motiv für neue Vertragsformen sein mögen. Jedenfalls kann nicht behauptet werden, dass den alternativen Projektabwicklungsformen bereits ein Erfolg auf breiter Basis beschieden wäre - zumindest nicht in Deutschland.

Neben dem erstrebenswerten Ziel der Streitvermeidung gibt es jedoch durchaus auch Verbesserungsbedarf bei der Streitbeilegung. Beschäftigt man sich mit der Streitbeilegung, so geht man davon aus, dass eine Streitvermeidung eben nicht immer möglich ist bzw. nicht mehr auf der sachgerechten Ebene erfolgt oder erfolgen kann. Es hat zumeist bereits eine Eskalation in der Auseinandersetzung stattgefunden.

Dieser Beitrag mag auf den ersten Blick desillusionierend wirken. Dies ist jedoch nur ein unvermeidlicher Nebeneffekt. Das eigentliche Ziel ist vielmehr, darauf aufmerksam zu machen, dass Streit in Bauangelegenheiten durchaus unerwartete Wendungen nehmen kann.

## **1.2 Öffentlicher Auftraggeber durch Änderungen der höchst-richterlichen Rechtsprechung eingeholt**

Die Bundesrepublik Deutschland in ihrer Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber wurde am 23. Dezember 1993 von einem Schicksalsschlag getroffen, der ihrer Bauverwaltung viel Hohn und Spott und einem unschuldigen Architekten den zweifelhaften Ruhm einbrachte, dass sein Name hinfort mit diesem unglücklichen Bauwerk verbunden war ("Schürmann-Bau"). Der Rhein trat über die Ufer und beschädigte nachhaltig ein Bauwerk, bei dem einige Beteiligte übersehen hatten, dass der Hochwasserschutz unvollständig und dass insbesondere das Bauwerk aufgrund seiner Gründungskonzeption zumindest in diesem Zustand extrem gefährdet war. Auf die technischen Details soll jedoch nicht eingegangen werden; die Angelegenheit dürfte allen Bauinteressierten bekannt sein.

Wie nicht anders zu erwarten kam es im Zusammenhang mit diesem Ereignis zu etlichen Rechtsstreitigkeiten, von denen einige in der einschlägigen baurechtlichen Literatur kommentiert worden sind. Betroffen waren insbesondere Unternehmen des Rohbaus und der Technischen Gebäudeausrüstung, von der ein Teil in den überfluteten Untergeschossen untergebracht war und zerstört wurde.

Weniger spektakulär, jedoch nicht weniger langwierig waren die Auseinandersetzungen mit den Unternehmen, deren Leistung erst für die Zeit um dem Jahreswechsel 1993/1994 eingeplant war. Diese Unternehmen hatten also zum Zeitpunkt der Überflutung mit der Bauausführung noch nicht oder gerade erst begonnen. Von einem Streit mit einem solchen Unternehmen aus dem Bereich Ausbau und Fassade soll hier berichtet werden.

Das Unternehmen hatte wenige Wochen vor dem Ereignis mit der Montage auf der Baustelle begonnen; die Vorfertigung im Werk lief auf vollen Touren. In einer Baubesprechung Anfang Januar 1994 - also etwa zwei Wochen nach dem Hochwasser - wurde eine Stilllegung der Baustelle bis Ende Februar mitgeteilt. Anfang Februar wurde die Stilllegung bis Ende März 1994 verlängert. In der Folgezeit kam es zu ständig neuen Verlängerungen des Stillstands. In kurzen Abständen wurden vom Auftraggeber jeweils andere Informationen über die voraussichtliche weitere Dauer des Stillstands übermittelt. Die jeweils angegebene weitere Stillstandsdauer schwankte zwischen zwei Wochen und zwei Monaten; sie wurde auch nicht im Laufe der Zeit systematisch länger oder kürzer. Die vom Auftraggeber kommenden Angaben hatten eher erratisch-zufälligen Charakter. Eine Unternehmensplanung und konkrete Disposition der Auftragsabwicklung war für den Unternehmer auf dieser Basis nicht möglich.

Die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch eine nachgeordnete Behörde, sah sich nicht in der Lage, den Bauvertrag zu kündigen. Dies mag aus damaliger Sicht verständlich sein, denn es herrschte immer noch die Hoffnung, die Baustelle in absehbarer Zeit wieder in Betrieb nehmen zu können. Dabei ist jedoch der Überblick verlorengegangen, dass eine langlaufende Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft eines Unternehmens ("stand-by") irgendwann teurer werden kann als eine Kündigung und spätere Neubeauftragung eines anderen Unternehmens.

Das betreffende Unternehmen wurde vom Auftraggeber aufgefordert, *"das vorhandene Personal auf anderen Baustellen einzusetzen oder Kurzarbeit zu beantragen und durchzuführen oder aber ggf. Personal durch Kündigung freizusetzen."* Schriftstücke eines vom Auftraggeber eingesetzten Projektsteuerers, in denen mit gesetzlichen Kündigungsfristen für gewerbliche Arbeitskräfte und Kündigungsfristen laut Rahmentarifvertrag argumentiert wird, belegen die bauherrenseitige, nichtsdestoweniger aber irriige Auffassung, ein Auftragnehmer könnte in einer derartigen Situation zu Entlassungen von Stammpersonal verpflichtet sein. Auch an diesem Beispiel zeigt sich wieder einmal, wie schnell und wortgewaltig scheinbar professionell handelnde Ingenieure zu reagieren in der Lage sind; allerdings ohne rechtliche Grundlage und somit in der Sache daneben.

Das in Betriebsbereitschaft stehende, jedoch zur Untätigkeit auf der Baustelle angehaltene Unternehmen hatte erhebliche Schwierigkeiten, sein für den Baustelleneinsatz disponiertes Personal anderweitig einzusetzen ("anderweitiger Erwerb"). Es kam zu heftigen Produktivitätsverlusten und Unterdeckungen an Gemeinkosten und dadurch zu äußerst interessanten baubetrieblichen Fragestellungen.

Trotz der Aufforderung, dass der Unternehmer *„sich keinerlei Zurückhaltung bei der Akquisition von Neuaufträgen auferlegen soll“*, ging der Bauherr weiterhin von der uneingeschränkten Leistungsbereitschaft des Unternehmers aus. Es muss dem fachkundigen Auftraggeber bewusst gewesen

sein, dass eine derartige Betriebsbereitschaft, nämlich eine Arbeitsaufnahme binnen drei Wochen, nicht aufrecht erhalten werden kann, wenn gleichzeitig gefordert wird, Personal zu kündigen.

Etwa vier Monate nach dem Schadenereignis wurde dem Unternehmen vom Auftraggeber eine Sistierungsvereinbarung angeboten. Diese Vereinbarung wurde intensiv verhandelt, sie kam jedoch letztlich nicht zustande. Grund: Der Auftragnehmer sollte sich verpflichten, „*seine Leistungen spätestens binnen drei Wochen fortzusetzen, nachdem der Auftraggeber dies schriftlich verlangt.*“ Der Bauherr Bundesrepublik sah das Nichtzustandekommen dieser Vereinbarung als Grund an, den Vertrag kündigen zu müssen. Gleichzeitig wurde jedoch eine parlamentarische Entscheidung über den Weiterbau angekündigt (5 Monate nach dem Schadenfall). Es könne von einer Kündigung abgesehen werden, wenn das Unternehmen keine Stillstandskosten geltend mache. Ein Verzicht des Unternehmens auf Stillstandskosten wurde nicht ausgesprochen; eine Kündigung durch den Auftraggeber erfolgte trotz Androhung jedoch ebensowenig.

Ganz offensichtlich war die bauleitende Behörde zu diesem Zeitpunkt davon überzeugt oder zumindest ernsthaft besorgt, dass dem Unternehmer ein Anspruch auf Stillstandskosten zustehe. Hiervon ist sie erst später abgerückt. Es wurde argumentiert, ein "Verschulden" oder "Vertretenmüssen" durch den Auftraggeber läge nicht vor.

Etwa 12 Monate nach dem Schadenfall kündigte der Auftragnehmer den Vertrag. Die Bauarbeiten waren noch nicht wieder aufgenommen worden, die weitere Entwicklung war völlig undurchsichtig und der Bauherr erwartete immer noch Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers. Dieser hingegen sah sich betrieblich nicht mehr in der Lage, entsprechend disponieren zu können, wenn er nicht noch höhere Produktivitätsverluste hinnehmen wollte. Der Auftragnehmer reichte Klage ein über einen erheblichen Betrag und das Verfahren nahm seinen langwierigen Gang vor dem Landgericht. Zu den Stillstandskosten und Produktivitätsverlusten ergingen Beweisfragen an einen gerichtlichen Sachverständigen. Dies zog sich einige Jahre hin.

In der Zwischenzeit gab es jedoch Bewegung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Am 21.10.1999 erging am Bundesgerichtshof das sogenannte "Vorunternehmerurteil II" [1]. Demnach kommt als Anspruchsgrundlage bei gestörten Bauabläufen ein Anspruch auf „*Entschädigung*“ nach BGB § 642 auch ohne „*Verschulden*“ in Betracht. Auf die rechtlichen Voraussetzungen und Auswirkungen soll hier nicht näher eingegangen werden.

Auf der Grundlage des BGH-Urteils gab das Landgericht den Parteien den Hinweis, dass nunmehr wohl auch ein Anspruch nach BGB § 642 in Betracht komme. Ein Verschulden des Auftraggebers für ein Hochwasser war nun nicht mehr Voraussetzung für einen Anspruch des Unternehmers.

Dies brachte - mit gewisser zeitlicher Verzögerung, Ergänzungsfragen an den gerichtlichen Sachverständigen und Einschaltung eines Parteigutachters - eine Wende in den Verlauf des Rechtsstreits. Etwa 12 Jahre nach dem Hochwasser wurde die Angelegenheit durch Vergleich beendet.

Für den Auftraggeber Bundesrepublik Deutschland war nur sehr schwer einzusehen, dass eine fast ein Jahr dauernde geforderte Betriebsbereitschaft für eine Leistung mit allen peripheren Komplika-

tionen nahezu das Gleiche kosten kann wie die noch ausstehende Restleistung, die dann doch nicht erbracht wurde.

Als pikante Randnote darf erwähnt werden, dass ein Ende des Rechtsstreits zu einem früheren Zeitpunkt (vor dem BGH-Urteil des Jahres 1999) sei es durch Urteil, sei es durch Vergleich für den Bauherrn Bundesrepublik Deutschland mit großer Wahrscheinlichkeit deutlich preisgünstiger zu haben gewesen wäre. Ein Nachweis auf dem durch den BGH neu eröffneten Weg „Entschädigung“ war für den Kläger leichter zu führen als ein Nachweis auf Basis „Schadenersatz“.

Immerhin: Der Rechtsstreit wurde in der ersten Instanz (Landgericht) beendet, wenn auch erst 10 Jahre nach Klageerhebung.

### **1.3 Fehlgeschlagener Versuch zu Lasten eines Dritten**

Bei Baumaßnahmen im Zusammenhang mit der Verlegung des Sitzes von Parlament und einem Teil der Regierung in einem Nachbarland Österreichs war auch eine Brücke zu bauen. Die Brücke führt über einen schiffbaren Fluss, soll Fußgänger und leichten Kraftfahrzeugverkehr aufnehmen und ist nicht Bestandteil eines öffentlichen Verkehrsnetzes. Man könnte die Brücke eher als Bestandteil eines verwaltungsinternen "Dienstwegs" bezeichnen.

Den Auftrag zur Baudurchführung erhielt ein Bauunternehmen aus einem Nachbarland, das seinerseits den Auftrag für Fertigung und Montage der Brücke in Stahlkonstruktion wiederum an ein weiteres Unternehmen vergab, ebenfalls aus dem benachbarten europäischen Ausland. Dem Autor ist unbekannt, in welchem Land dieser Erde die Stahlkonstruktion tatsächlich gefertigt wurde.

Bei den Vertragsverhandlungen zwischen dem Rohbauer als Hauptunternehmer und dem Stahlbauer als Nachunternehmer gab es einiges Hin und Her wegen verschiedener Formulierungen in der Ausschreibung. Wie weitgehend üblich, hatte der Hauptunternehmer die Leistungsbeschreibung seines Vertrags vollumfänglich an den Nachunternehmer weitergegeben.

Diese Leistungsbeschreibung, inhaltlich zu vertreten durch eine deutsche quasi-behördliche Bauherrenorganisation, war jedoch nicht in allen Punkten widerspruchsfrei. Dies war allerdings dem Hauptunternehmer bei seinem Angebot nicht aufgefallen und er hatte dies weder gerügt noch in seiner Preisbildung in irgendeiner Weise berücksichtigt. Nachdem der Hauptunternehmer seinerseits den Auftrag erhalten hatte und ernsthaft in Verhandlungen mit einem Nachunternehmer Stahlbau eintrat, wurden die Widersprüche aufgedeckt - und zwar vom Stahlbauer. Dieser machte in seinem Angebot entsprechende Vorbehalte.

Im Zuge der Vertragsverhandlungen zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer wurden diese Vorbehalte nie grundlegend ausdiskutiert oder gar ausgeschlossen. Letztlich wurde ein Nachunternehmerauftrag erteilt und der Hauptunternehmer erklärte die Vorbehalte für gegenstandslos. Bei der Auftragsbestätigung betonte der Nachunternehmer allerdings wieder seine Vorbehalte. Diese bestanden darin, dass bei dem gegenständlichen Bauwerk ganz bestimmte DIN-Normen nicht einzuhalten seien, da es sich ja um kein öffentliches Verkehrsbauwerk handele. Für

Juristen ist die Sache klar: Es fehlte an einer übereinstimmenden Willenserklärung. Dies störte die beiden Vertragspartner allerdings nicht weiter; es ging in die Auftragsabwicklung.

Man mag dies auf den ersten Blick für den Beginn einer vertrauensvollen oder geradezu partnerschaftlichen Zusammenarbeit halten. Oder anders ausgedrückt: Es waren offensichtlich zupackende Ingenieure am Werk, keine Juristen. Man darf aber auch den Kopf schütteln über die Naivität. Bei genauerem Hinsehen hätte den Beteiligten klar sein müssen, dass es sich bei der DIN-Norm, deren Einhaltung vom Stahlbauer preislich ausgeschlossen worden war, weil er sie für nicht einschlägig hielt, um eine *"bauaufsichtlich eingeführte Bestimmung"* handelte. Dies bedeutet unmissverständlich, dass Bauen ohne Einhaltung dieser Norm nicht zulässig ist. Früher oder später im Laufe des Projektes musste es also zu einem Knall kommen.

Dies war der Fall, als die vom Nachunternehmer zu erstellenden Ausführungs- und Werkstattzeichnungen in einer ersten Gesprächsrunde dem obligatorischen Prüfenieur vorgestellt wurden. Um es kurz zu machen: Die Konstruktion musste komplett überarbeitet werden. Es ging um Blechdicken, Arten und Stärken von Schweißnähten und wesentliche Details der Ausführung. Beide Auftragnehmer, also Hauptunternehmer und Nachunternehmer, machten die Erfahrung, dass mit deutschen Prüfenieuren in derartigen Grundsatzfragen nicht verhandelt werden kann.

Nach anfänglichem Entsetzen über das entstandene Termin- und Kostenproblem verfielen die beiden Vertragspartner auf eine in solchen Situationen häufig naheliegende Idee: Der Bauherr sollte zahlen (Gerne wird in Problemfällen auch an Versicherer gedacht). Man einigte sich sehr schnell, dass der Stahlbauer ein fundiertes Nachtragsangebot vorlegen sollte, das dann – versehen mit einem Zuschlag des Hauptunternehmers - an den Bauherrn weitergereicht werden sollte. Der Zuschlag des Hauptunternehmers wurde sogar aufgeteilt; ein Teil davon sollte dem Nachunternehmer Stahlbau zufließen. Das Nachtragsangebot wurde absprachegemäß prompt erstellt, beim Bauherrn eingereicht und von diesem ebenso prompt zurückgewiesen.

Die Begründung des Bauherrn war überaus einfach und stringent: Der Hauptunternehmer schulde ein Bauwerk, das laut Vertrag den einschlägigen Bauvorschriften zu entsprechen habe. Wir erinnern uns: Der Hauptunternehmer hatte in seinem Angebot an den Bauherrn keinerlei Vorbehalte gemacht.

Mit gleicher Begründung wie der Bauherr lehnte der Hauptunternehmer nunmehr das Nachtragsangebot seines Stahlbauers ab. Wir erinnern uns ebenfalls: Der Nachunternehmer Stahlbau hatte in seinem Angebot, in vielen weiteren Stufen der Verhandlung und zuletzt in seiner Auftragsbestätigung einen bedeutungsschweren Vorbehalt gemacht. Es kam, wie es in solchen Situationen kommen muss: Der Nachunternehmer reichte Klage auf Werklohn ein, und zwar in Höhe des Nachtragsangebotes, das er an den Hauptunternehmer gerichtet hatte und das dieser gegenüber dem Bauherrn nicht hatte durchsetzen können. Dieses Nachtragsangebot enthielt in großem Umfang Leistungen, die durch das erneute Herstellen von Ausführungszeichnungen erforderlich geworden waren. Weiterhin wurden Mehrkosten für Beschleunigung geltend gemacht, da die Brücke nunmehr in kürzerer Zeit herzustellen war. Die eigentlichen Mehrkosten für mehr Stahl und dickere Schweißnähte machten nur einen kleinen Teil der Forderung aus. Außerdem wurde argumentiert,

wegen der Verzögerung müsse nun ein anderer Subunternehmer für die Fertigung beauftragt werden, der wiederum (selbstverständlich) etwa 30 % teurer sei als der ursprüngliche und inzwischen insolvente erste Fabrikant.

Das Gericht kam sehr schnell zu der für Kläger (Stahlbauer) und Beklagte (Hauptunternehmer) verblüffenden, für den Juristen und den vorgewarnten Leser dieser Zeilen jedoch nicht überraschenden Erkenntnis, dass zwar ein Vertrag wirksam abgeschlossen worden, es jedoch zu keiner Preisvereinbarung gekommen sei. Es fehlte eben an der übereinstimmenden Willenserklärung.

Konsequenterweise beauftragte das Gericht einen Sachverständigen, für den Stahlbau der Brücke die "übliche" Vergütung, berechnet nach Einheitspreisen, zu ermitteln, und zwar so wie die Brücke zur Ausführung gelangt ist. Es war also die tatsächliche Ausführungsart zu bewerten, so als wäre gleich richtig geplant und ausgeführt worden. Mehrkosten infolge Beschleunigung oder durch mehrfache Anfertigung von Plänen waren nicht zu berücksichtigen.

Aufgrund der architektonischen Besonderheiten der Brücke gelangte der Sachverständige zu der Schlussfolgerung, dass bei dem vorliegenden Bauwerk die Ermittlung einer "*üblichen Vergütung*" nicht möglich sei. Die Besonderheiten machten es, so der Sachverständige, unmöglich, die für eine "*übliche Vergütung*" als Maßstab geforderten und heranzuziehenden "*gleichen Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen*" nachzuweisen [2]. Dem Sachverständigen sei die Erstellung des Gutachtens im strengen Sinne des Beweisbeschlusses somit nicht möglich. Daraufhin wurde der Beweisbeschluss dahingehend geändert, dass anstelle der "*üblichen Vergütung*" die "*angemessene Vergütung*" ermittelt werden sollte.

Diese "*angemessene Vergütung*" wurde vom Sachverständigen auf dem Wege einer Kalkulation nachvollziehbar ermittelt. Sie lag etwa 30 % höher als die zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer vertraglich vereinbarte Vergütung, aber auch weit unterhalb der Nachtragsforderung des Nachunternehmers.

Daraus mag eine Lehre für Hauptunternehmer gezogen werden: Es ist mehr als gefährlich, Nachunternehmer mit Leistungen beginnen zu lassen, solange nicht alle preislichen bzw. preisbeeinflussenden Vorbehalte ausgeräumt sind. Es könnte sehr gut sein, dass in einem späteren Streitfall ein deutsches Gericht feststellt, der Vertrag sei zwar wirksam, ein Preis jedoch nicht vereinbart. In Zeiten harten Wettbewerbs kann die dann gutachterlich festzustellende "*angemessene*" oder "*übliche*" Vergütung sehr deutlich oberhalb derjenigen Vergütung liegen, die der Nachunternehmer angeboten hat; ein großes Potential für Überraschungen.

## **1.4 Schiedsgutachter zwischen den Fronten**

In einem Generalunternehmervertrag war die Errichtung eines Hotel- und Bürogebäudes vereinbart. Das Gebäude hatte während seiner Errichtung dramatische Phasen erlebt. Es war zu Wechseln der Betreiber gekommen mit daraus resultierenden umfangreichen Umplanungen insbesondere in der Gebäudetechnik. Die Bauzeit hatte sich aufgrund von Unterbrechungen deutlich verlängert. Aber darum geht es hier nicht.



Kurz vor Fertigstellung kam es zwischen Generalunternehmer und Bauherr zu einem Streit über die Vergütung von Sichtschutzmaßnahmen auf dem Dach über dem 6. Obergeschoss. Die dort installierten gebäudetechnischen Einrichtungen sollten durch licht- und luftdurchlässige Verkleidungen "verborgen" werden, um sie vom höheren Gebäudeteil aus als weniger störend zu empfinden. Die Vertragsparteien waren sich einig, wie dieser Sichtschutz ausgeführt werden sollte; er war auch bereits fertiggestellt. Allerdings entsprach die tatsächliche und einvernehmliche Art der Ausführung nicht der im Vertrag beschriebenen. Hierin waren sich die Vertragsparteien ebenfalls noch einig. Allerdings konnten sie sich nicht einigen, welche Ausführungsart denn nach Vertrag geschuldet war. Die Kosten dieser Ausführungsart wären dann nämlich als Minderkosten gegenüber der tatsächlichen Ausführung anzusetzen gewesen. Wie kaum anders zu erwarten, interpretierte der GU die vertraglich geschuldete Ausführung so, dass sie sehr preisgünstig gewesen wäre, während der Bauherr von einer überaus kostenträchtigen vertraglichen Ausführungsart ausging und dementsprechend viel Geld erstattet haben wollte.

Im Generalunternehmervertrag war eine Regelung enthalten, wonach unter bestimmten Voraussetzungen die Vergütung für eine Leistungsänderung auf Antrag einer Partei durch einen dann gemeinsam zu beauftragenden öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen als Schiedsgutachter vorzunehmen sei. Das Verfahren war im Detail geregelt. An dieser Stelle muss erwähnt werden, dass nach ständiger deutscher Rechtsprechung Angelegenheiten die durch Schiedsgutachten befunden werden, nur in seltenen Ausnahmefällen durch Gerichtsbeschluss wieder gekippt werden können. Das Schiedsgutachten müsste dazu "offenkundig" fehlerhaft sein.

Im Zusammenhang mit der Streitfrage der Maßnahmen auf dem Dach wurde das Verfahren der Bestellung eines Schiedsgutachters einvernehmlich eingeleitet. Es kam zu einem ersten Termin mit den Parteien, anschließend zu einem zweiten Termin mit Ortsbegehung und - neben den Parteien - Anwesenheit des Architekten. Von den Parteien war zuvor folgende Fragestellung an den Schiedsgutachter formuliert worden:

*"Ist in den entsprechenden Passagen des GU-Vertrages in dem Bauteil Einhausung der Technikgeräte auf dem Dach über 6. Obergeschoss ein horizontaler Abschluss als obere Abdeckung vertraglich geschuldet?"*

Es ging also um die Frage, ob die verschiedenen Elemente der Leistungsbeschreibung (Baubeschreibung, Leistungsverzeichnis, Pläne, Mieterbaubeschreibung) einen Abschluss aus Drahtgitter oberhalb der Technikgeräte enthalten oder ob es sich lediglich um eine seitliche Umgrenzung handelt. Durchaus problematisch war dabei, dass weitgehend unreflektiert der Begriff "Einhausung" verwendet worden war.

Der Schiedsgutachter machte sich an die Arbeit, analysierte Texte und eine Vielzahl von Zeichnungen. Er stellte fest, dass Texte und Zeichnungen häufig auf andere Texte und Zeichnungen verwiesen (z. B. Zeichnungen der Technischen Gebäudeausrüstung), deren Festlegungen aber nicht in Architekturzeichnungen übernommen worden waren, dass Schnitte nicht konsequent geführt waren etc. Kurzum, sämtliche denkbaren Nachlässigkeiten waren festzustellen. Unter Berücksich-

tigung der zeitlichen Entwicklung der Planung (jüngere Pläne sollten Vorrang vor älteren haben) kam der Schiedsgutachter zu dem Ergebnis, dass *"ein horizontaler Abschluss als obere Abdeckung nicht geschuldet"* war. Demzufolge war also für einen nicht ausgeführten oberen Abschluss auch kein Geld an den Bauherren rückzuerstatten.

Dieses schiedsgutachterliche Ergebnis war also nicht zur Zufriedenheit des Bauherren ausgefallen. Nach ein oder zwei Wochen erhielt der Schiedsgutachter ein Schreiben einer international tätigen großen Anwaltskanzlei, die den Bauherrn bereits bei Vertragsabschluss beraten hatte, während der Einleitung des Schiedsgutachterverfahrens jedoch nicht aufgetreten war. In dem Schreiben hieß es:

*"Zusammenfassend ist festzustellen, dass Ihre schiedsgutachterlichen Feststellungen für die Parteien insgesamt nicht bindend sein können, da es sich entweder um Rechtsausführungen handelt oder die tatsächlichen Feststellungen von der Beantwortung rechtlicher Vorfragen abhängig sind."*

Es folgte ein mehrfaches Hin und Her im Schriftwechsel. Aus anwaltlicher Sicht mag es ärgerlich sein, wenn ein Nichtjurist zu Fragen der Vertragsauslegung Stellung nimmt (Der Autor kennt allerdings auch viele Juristen, die sich mit Überzeugung ganz selbstverständlich z. B. zu Fragen der Kalkulation äußern). Nach deutscher Rechtsprechung ist es nicht ausgeschlossen, dass sich Schiedsgutachter (auch Nichtjuristen) zu einzelnen Rechtsfragen äußern. Ist die Frage nach dem vom Unternehmer zu erbringenden Leistungssoll letztlich nicht immer eine Rechtsfrage?

Gehen wir jedoch einmal einen gedanklichen Schritt weiter: Gesetzt den Fall, die gleiche Streitfrage sei in einem Gerichtsverfahren aufgetaucht. Wie hätte wohl das Gericht die Beweisfrage an den gerichtlichen Sachverständigen formuliert? Tatsächlich hätte die Beweisfrage wohl mehr oder weniger gleich gelaute. Ein wesentlicher Unterschied hätte sich im gerichtlichen Verfahren jedoch mit Sicherheit eingestellt: Dem beteiligten Planer wäre der Streit verkündet worden.

Genau dies war im Schiedsgutachterverfahren jedoch nicht erfolgt - und konnte in dieser Form auch nicht erfolgen. Aus Sicht des Bauherrn besagte das Ergebnis des Schiedsgutachtens, dass sein Planer einen Fehler gemacht hatte. Da der Planer jedoch nicht Mitauftraggeber des Schiedsgutachtens war, konnte das Ergebnis für ihn auch nicht bindend sein. Vermutlich lag hierin ein Grund für die deutliche Verärgerung des Bauherrn und seines bauvertraglichen Beraters über das Ergebnis des Schiedsgutachtens.

## **1.5 Nichtzustandekommen eines Gutachtens**

In einem Generalunternehmervertrag zum Bau eines kombinierten Hotel- und Bürogebäudes war an mehreren Stellen die Einschaltung eines unabhängigen Sachverständigen vorgesehen. Wohlgemerkt, der Sachverständige sollte nicht abschließend und verbindlich als Schiedsgutachter wirken. Seine Stellungnahme sollte nur bis zu einer eventuellen abschließenden gerichtlichen Klärung verbindlich sein. Die gewollte Funktion des Sachverständigengutachtens war somit, zumindest für die Dauer der Bauzeit friedentiftend zu wirken. Diese Wirkung konnte jedoch nicht erreicht werden. Die Gründe hierfür sollen nachfolgend dargelegt werden.

Ein erster Ansatzpunkt für die Einschaltung eines Sachverständigen war die vom Generalunternehmer zu erbringende Koordination des Mieterausbaus und weiterer ausgewählter Leistungen, die vom Auftraggeber direkt vergeben worden waren:

*„Können die Parteien sich nicht auf einen angemessenen und sachgerechten Koordinationsplan einigen, entscheidet über den Terminablauf ein Sachverständiger. Wird eine Einigung über die Person des Sachverständigen nicht erzielt, ist dieser auf Antrag einer Partei durch die Industrie- und Handelskammer xxxxx zu benennen. Die Kosten des Sachverständigen werden hälftig geteilt.“*

Ein weiterer Einsatz eines Sachverständigen war für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien nicht auf einen „angemessenen und sachgerechten“ Zahlungsplan einigen konnten. Die vertragliche Regelung war wortidentisch zur oben zitierten. Man darf sich natürlich fragen, warum ein Zahlungsplan nicht bereits vor Vertragsschluss fertiggestellt werden kann.

Auch für einen dritten Fall war vertraglich bereits ein Sachverständiger vorgesehen. Der Auftraggeber war berechtigt, bis zum Datum der Fertigstellung des Rohbaus des 10. Obergeschosses eine Aufstockung der Baumaßnahme um weitere fünf Geschosse anzuordnen. Die Vergütung hierfür sollte anhand einer Aufgliederung des Pauschalpreises nach vorgegebenem Schema erfolgen. Für den Streitfall zu Fragen der Preisbildung war ein Schiedsgutachterverfahren vorgesehen. Hierzu kam es jedoch nicht.

Streitig war vielmehr die Frage der Bauzeit. Welche zusätzliche Bauzeit war für die Aufstockung erforderlich? Die hierzu notwendigen Festlegungen sollte ein Sachverständiger treffen, sofern die Parteien sich nicht einigen würden. Die vertragliche Regelung hierzu entsprach sinngemäß der oben zitierten, jedoch mit dem Zusatz:

*„Die Entscheidung des Sachverständigen ist bis zu einer abweichenden Einigung oder gerichtlichen Entscheidung maßgeblich.“*

Damit war klar, dass der Auftraggeber auf der Basis der (wenn auch vorläufigen bzw. gerichtlich überprüfaren) Festlegung des Sachverständigen zur Bauzeit eine Vertragsstrafe ziehen und darüber hinaus Schadenersatz geltend machen konnte, wenn die vom Sachverständigen ermittelte Bauzeit überschritten werden würde. Es wäre ausschließlich einem späteren Rechtsstreit vorbehalten gewesen, dies zu korrigieren. Angesichts der Höhe der Vertragsstrafe und insbesondere des Schadenersatzes bestand hier für den Auftragnehmer ein beträchtliches Liquiditätsrisiko.

Diese Ausgangssituation war den Vertragsparteien durchaus bewusst. Auf beiden Seiten herrschte eine gewisse Nervosität, was die Auswahl des Sachverständigen betraf. Schließlich hing von dessen Gutachten einiges ab.

Da sich die Vertragsparteien über die erforderliche Verlängerung der Bauzeit nicht einigen konnten, wurde vertragsgemäß das Verfahren zur Beauftragung eines Sachverständigen eingeleitet. Da sich

die Parteien über die Person des Sachverständigen ebenfalls nicht einigen konnten, wurde dieser von der Industrie- und Handelskammer benannt.

Es kam zu einer ersten und zweiten Sitzung, in der der Gutachterauftrag formuliert werden sollte. Die Ausgangssituation war bereits äußerst kritisch: Die Baustelle hatte einen Terminverzug, der zu einer vollen Ausschöpfung der auf 5 % der Auftragssumme begrenzten Vertragsstrafe geführt hätte - und zwar unabhängig von der im Rohbau bereits fertig gestellten Aufstockung. Seitens des Auftragnehmers bestand zweifellos ein gewisses Interesse, sich unter Berufung auf die zusätzlichen Leistungen infolge Aufstockung „Luft zu verschaffen“. Hieran konnte dem Auftraggeber nicht gelegen sein, denn er war von Miet- und Betreiberverträgen zu festen Terminen und entsprechenden Schadenersatzforderungen bzw. Rücktrittsrechten von Mietern bedroht.

Der Auftraggeber formulierte eine vom Sachverständigen zu bearbeitende Aufgabenstellung in der Art, dass eine Fortschreibung des ursprünglichen Terminplans um die für die Aufstockung benötigte Zeit erfolgen sollte; dies unter Berücksichtigung der vertraglichen Bauzeit und unter Außerachtlassung bisheriger Bauablaufstörungen. Es sollte also (in der Terminologie der Baubetriebe) ein neuer SOLL-Terminplan erstellt werden, kein SOLL'-Terminplan.

Der Auftragnehmer hingegen formulierte eine Aufgabenstellung, wonach der bisherige Bauablauf fortgeschrieben werden sollte. In den vom Sachverständigen zu erstellenden Terminplan sollten die bisherigen (dem Grunde nach, nicht jedoch von der Auswirkung her vom Bauherrn akzeptierten) Bauablaufstörungen eingearbeitet werden. Es hätte sich also um einen störungsmodifizierten und um Zusatzleistungen erweiterten Terminplan SOLL' gehandelt.

Es gelang Auftraggeber und Auftragnehmer nicht, sich auf eine gemeinsame vom Sachverständigen zu bearbeitende Aufgabenstellung zu einigen. Zu konträr waren die Interessenlagen:

- Der Auftraggeber war ausschließlich daran interessiert, einen fortgeschriebenen SOLL-Terminplan zu erhalten, der seine Rechtsposition stützt. Es war keinesfalls sein Interesse, dass der Sachverständige die Hausaufgaben des Generalunternehmers am Rande mit erledigen sollte. Für die behaupteten Bauablaufstörungen sollte der Generalunternehmer weiterhin alleine nachweispflichtig bleiben.
- Der Generalunternehmer seinerseits hatte kein Interesse daran, vom Auftraggeber unter Bezugnahme auf ein gemeinsam beauftragtes Sachverständigengutachten mit Vertragsstrafe und Schadenersatz belegt zu werden, wogegen er nur auf dem Klageweg hätte reagieren können.

Angesichts dieser Interessenlagen und im Hinblick auf ein nach Vertrag bereits eingeleitetes Sachverständigenverfahren blieb den Parteien nur eine Lösung: Obstruktion. Eine gemeinsame Aufgabenstellung für ein Sachverständigengutachten kam nicht zustande. Der Sachverständige zog unverrichteter Dinge wieder ab.

Mehrere Monate später - nach weiterer Eskalation in der Auseinandersetzung - wurde der Sachverständige dennoch beauftragt, und zwar von nur einer Partei. Dies führte dazu, dass die andere Partei sofort erklärte, das Gutachten des Sachverständigen in keinem Fall anerkennen zu wollen.

Die Baustelle nahm kurz darauf durch unerwartete technische Probleme eine interessante Wendung, die zu einer weiteren Verzögerung von 6 Monaten und Inanspruchnahme weiterer Parteien und Versicherer führte. Dennoch: Das Bauwerk wurde fertig und stellt ein städtebauliches Highlight dar.

## **1.6 Uneinsichtigkeit auf beiden Seiten**

Ein kommunales Versorgungsunternehmen als Eigenbetrieb einer Stadt vergab Bauleistungen zur Herstellung von Hausanschlüssen für Gas, Wasser und Elektrizität. Der Vertrag erfolgte auf der Grundlage der VOB/B über eine Laufzeit von zwei Jahren. Allerdings war nicht besonders glücklich gelöst, um welche Art von Vertrag es dabei eigentlich gehen sollte: Handelte es sich um einen klassischen Einheitspreisvertrag mit einer vorläufigen Endsumme oder um einen typischen Jahresvertrag? Für den klassischen Einheitspreisvertrag sprach, dass ein Leistungsverzeichnis mit Mengen und einer vorläufigen Endsumme vorlag; außerdem lagen die typischen Vertragsbedingungen und Formblätter der öffentlichen Hand für Einheitspreisverträge zu Grunde. Falls der Vertrag als ein Einheitspreisvertrag zu interpretieren gewesen wäre, bestünde allerdings Unklarheit darüber, ob die ausgeschriebenen Mengen pro Jahr oder insgesamt über zwei Jahre zu leisten gewesen wären.

Jedenfalls stellte sich nach einem Jahr heraus, dass nur etwa 40 % der ausgeschriebenen Mengen erbracht und abgerechnet worden waren. Dabei hatte es bei einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses Mengenüberschreitungen, bei den meisten jedoch deutliche Mengenunterschreitungen gegeben. Der Auftragnehmer machte geltend, seine Gemeinkosten seien infolge der per Saldo deutlichen Mengenunterschreitung nicht gedeckt und begehrte einen Ausgleich im Sinne der VOB/B § 2 Nr. 3 (Regelungen bei Mengenänderung von mehr als 10 %). Der Auftraggeber berief sich darauf, dass ein Jahresvertrag abgeschlossen worden sei und keine Vertragsmengen festgelegt seien; hilfsweise machte er geltend, die beauftragten Mengen seien für zwei Jahre vorgesehen gewesen.

Der Auftragnehmer reichte Klage ein und fügte dieser Klage eine von ihm selbst erstellte Mehr-/Mindermengen-Ausgleichsrechnung bei. Diese führte auf einen Betrag von etwa € 140.000, der dem Auftragnehmer seiner Auffassung nach zustand. Das Gericht war nicht in der Lage, diese Berechnung des Klägers nachzuvollziehen, kam jedoch zu der Auffassung, dass ein derartiger Anspruch dem Grunde nach zuzubilligen sei, wenn es sich denn um einen klassischen Einheitspreisvertrag handelte. Gerade dies war jedoch nach erklärter Auffassung des Gerichts nicht ganz eindeutig und könnte möglicherweise von einer höheren Instanz anders gesehen werden. Im Hinblick darauf schlug das Gericht in der dem streitigen Verfahren vorgeschalteten Streitbeilegung einen Vergleich von € 70.000 zu Gunsten des Klägers vor.

Der Kläger war bereit, diesen Vergleich anzunehmen, weil er selbst bei der von ihm vorgenommenen Berechnung seiner Ansprüche Zweifel an deren Durchsetzbarkeit hatte. Das beklagte Versorgungsunternehmen nahm den Vergleich nur unter Widerrufsvorbehalt an. In der Tat wurde

der Vergleich vom Versorgungsunternehmen innerhalb der gesetzten Frist auch widerrufen, und zwar mit der Begründung, der kommunalpolitisch besetzte Aufsichtsrat habe nur einer Vergleichssumme von € 50.000 zustimmen können (Das klagende Unternehmen kam aus einer anderen Stadt). Daraufhin nahm das Gericht das Verfahren wieder auf und beauftragte einen baubetrieblichen Sachverständigen mit der Überprüfung. Dieser konnte die Berechnung ebenfalls nicht nachvollziehen und wurde daraufhin vom Gericht beauftragt, eine eigenständige Mehr-/Mindermengenausgleichsrechnung durchzuführen. Diese führte auf einen Ausgleichsanspruch zu Gunsten des klagenden Auftragnehmers von € 130.000, also etwas weniger als die vom Kläger (nicht nachvollziehbar) ermittelte Summe von € 140.000.

Auf der Grundlage der vom Sachverständigen ermittelten Summe von € 130.000 machte das Gericht einen nochmaligen Vergleichsvorschlag. Allerdings hatte bereits zuvor das beklagte Versorgungsunternehmen erklärt, bei jeglichem Vergleichsvorschlag oder Urteil oberhalb € 50.000 die nächste Instanz anzurufen. Der neue Vergleichsvorschlag belief sich – zum sichtbaren Erstaunen des Klägers – auf nur mehr € 65.000 statt zuvor € 70.000, nämlich exakt 50 % der vom Sachverständigen ermittelten Summe. Begründung des Gerichts: Man müsse ja auch – wie zuvor – das Prozessrisiko vor der nächsten Instanz bewerten, die ja vielleicht die rechtlichen Grundlagen des Vertrags anders sehen könnte.

Wie kaum anders zu erwarten wurde dieser Vergleichsvorschlag jetzt auch vom Kläger abgelehnt. Dieser hatte, nachdem der gerichtliche Sachverständige einen Betrag von € 130.000 ermittelte, auch ein Urteil zu seinen Gunsten in genau dieser Höhe erwartet.

Somit blieb dem Gericht keine andere Wahl als auf der Grundlage seiner landgerichtlichen Rechtsauffassung die Sache auszuurteilen, und zwar in Höhe der gutachterlich ermittelten € 130.000.

Fortsetzung folgt. Das beklagte kommunale Versorgungsunternehmen hat bereits in der Verhandlung Berufung angekündigt.

## **1.7 Statt einer Schlussfolgerung**

Jeglicher Versuch einer Schlussfolgerung muss eigentlich scheitern. Die vorgestellten Fälle sind zu unterschiedlich als dass sie es erlauben würden, eine verallgemeinerungsfähige Quintessenz zu präsentieren.

Im ersten Beispiel wurde infolge der langen Verfahrensdauer für den Kläger eine neue Anspruchgrundlage eröffnet, mit der die beklagte öffentliche Hand nicht gerechnet hatte (und auch nicht unbedingt rechnen konnte). Im zweiten Beispiel hat das Gericht eine Sichtweise eröffnet, mit der die Parteien beide nicht gerechnet haben. Dies kann zu überraschenden Ergebnissen führen. Mit dem dritten Beispiel wurde gezeigt, dass sich bei Schiedsgutachten zu Fragen der Leistungsbestimmung leicht ein rechtlicher Aspekt finden lässt, um die Verbindlichkeit anzugreifen. Das vierte Beispiel machte deutlich, dass von beiden Vertragsparteien gewünschte Klauseln sich in konkreten Situationen unerwartet gegen die Interessen einer Partei auswirken und nur durch Obstruktion unwirksam gemacht werden können. Im letzten Beispiel scheiterten gerichtliche Vergleichsvor-

schläge durch unrealistische politisch motivierte Vorgaben einerseits und uneinsichtiges Verhalten beider Parteien andererseits.

Streitbeilegung ist schwieriger als es auf den ersten Blick erscheinen mag.

## **1.8            Literatur**

**BGH VII ZR 185/98 BauR 2000, S. 722 ff.**

**BGH VII ZR 239/98, VII ZR 194/63**