



ENTWURF

Bauen statt kündigen!

- Akuter Handlungsbedarf für den Gesetzgeber -

Hintergrund:

Alle Fachkreise sind sich einig, dass eine bei Bauvorhaben häufig anzutreffende konfrontative Vertragsabwicklung - verbunden mit unzähligen, oft sehr langen und teuren Gerichtsverfahren - den Vertragspartnern und der Volkswirtschaft schadet und daher keine Zukunft hat. Im allseitigen Interesse müssen Wege hin zu einer partnerschaftlichen und kooperativen Abwicklung von Bauvorhaben gefunden und beschritten werden. Richtigerweise hat auch der Gesetzgeber im neuen, am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen gesetzlichen Bauvertragsrecht einen solchen Kooperationsgrundsatz verankert.

Wenn die kooperative Abwicklung von Bauvorhaben - egal in welcher Größenordnung - künftig nicht massiv gefährdet werden soll, muss der Gesetzgeber unverzüglich handeln. Warum das so ist, lässt sich einfach erklären und mit den Stichworten *„Lieber bauen statt kündigen!“* wie folgt zusammenfassen:

Bei einem Bauvorhaben kann es zu Verzögerungen kommen, etwa weil die notwendigen Planungsunterlagen noch nicht vorliegen oder die Leistung eines Unternehmers, auf der die Arbeiten eines anderen Unternehmers aufbauen, nicht rechtzeitig fertig wird. Gerade bei Neubauten sind trotz sorgfältiger vorheriger Untersuchung des Baugrunds auch „Überraschungen“ aus dem Untergrund keine Seltenheit. Letztlich ist es aber unerheblich, welche Situation im Detail eintritt. Denn die Bauzeit verschiebt sich auf jeden Fall nach hinten.

Bis Ende Oktober 2017 hatten Unternehmer die Möglichkeit, neben den Kosten während der Verzögerung auch die Mehrkosten infolge einer Verzögerung, beispielsweise aus höheren Materialpreisen oder Lohnsteigerungen, an den Besteller weiterzugeben. Grundlage dafür war im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) dessen § 642. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

§ 642 Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

Als Mitwirkungshandlung hat der Besteller das jeweilige Baugrundstück während der Bauzeit grundsätzlich so zur Verfügung zu stellen, dass der Unternehmer die von ihm geschuldete Leistung erbringen kann. Insbesondere hat der Besteller dafür zu sorgen, dass erforderliche Vorarbeiten, die nicht vom Besteller zu leisten sind, rechtzeitig durchgeführt wurden.

Mit der Möglichkeit des Unternehmers, auf dieser Grundlage die infolge der Verzögerung anfallenden Mehrkosten geltend zu machen, ist es nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Oktober 2017 (Aktenzeichen VII ZR 16/17) vorbei. Hier soll ganz bewusst nicht auf alle Einzelheiten eingegangen werden. Wichtig ist aber, dass sich laut Urteil der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB ausschließlich auf den Zeitraum des Annahmeverzugs bezieht.

Fallen **als Folge** der zeitlichen Verzögerungen zu Beginn oder im Verlauf des Bauvorhabens **nach Beendigung** des Annahmeverzugs höhere Lohn- und/oder Materialkosten an, so bestehen laut Bundesgerichtshof insoweit keine Entschädigungsansprüche des Unternehmers.

Das klingt auf den ersten Blick wirtschaftlich attraktiv für den Besteller. Das ist es aber nicht. In Wahrheit erhält der Besteller Steine statt Brot. Denn der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich auch darauf hingewiesen, dass der Unternehmer in Betracht ziehen kann, **den Vertrag zu kündigen**, wenn er das mit der Verzögerung verbundene wirtschaftliche Risiko nicht eingehen will. Die nachteilige Folge für den Besteller wäre, sich einen neuen Unternehmer suchen zu müssen, gegebenenfalls auch im Wege eines neuen Vergabeverfahrens, um dann die gestiegenen Material- und Personalkosten dem neuen Unternehmer vergüten zu müssen. Hinzu kämen auch die Mehrkosten, die aus der zusätzlichen Verzögerung bis zur Beauftragung des neuen Unternehmers, gegebenenfalls aus einem zusätzlichen Vergabeverfahren sowie daraus entstehen, dass der neue Unternehmer regelmäßig keine Verantwortung für die vom ersten Unternehmer bereits erbrachten Teile des Bauwerks übernimmt.

An einer solchen Eskalation ist ganz sicher keinem Vertragspartner gelegen.

Ergänzung des § 642 BGB erforderlich

Um die kooperative Abwicklung von Bauvorhaben auch künftig zu ermöglichen und Kündigungen mit massiven wirtschaftlichen Folgen für beide Seiten zu vermeiden, muss der Gesetzgeber die von der Rechtsprechung angenommenen Lücke kurzfristig schließen. Das wäre mit der nachstehenden Ergänzung gewährleistet:

§ 642 Mitwirkung des Bestellers (ergänzt)

- (1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.
- (2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. *Die Entschädigung ist nicht auf die Dauer des Verzugs beschränkt.*

Damit wären – wie bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs – auch Mehrkosten erfasst, die ihren Grund in der Verzögerung haben, tatsächlich aber nach dem Ende des Verzugs angefallen sind.

Wir fordern die Politik und den Gesetzgeber mit Nachdruck auf, unverzüglich für diese unverzichtbare Ergänzung einzutreten, wenn die kooperative Abwicklung von Bauvorhaben auch in Zukunft möglich bleiben soll. Denn die Option einer Kündigung ist für alle Beteiligten keine Alternative und hätte gerade bei Großprojekten katastrophale Folgen.

Gesetzliche Regelung zu Bauablaufstörungen erforderlich

Unabhängig von diesem akuten Handlungsbedarf fehlt in dem seit 2018 geltenden gesetzlichen Bauvertragsrecht eine Regelung, wie mit Behinderungen im Zuge der Bauausführung umzugehen ist. Soll der Unternehmer das gesamte Witterungsrisiko tragen? Wenn ja, warum? Was ist zu beachten, wenn die durch den Besteller zu übergebende Planung nicht rechtzeitig vorliegt, sich im Zuge der Bauabwicklung herausstellt, dass die Dachkonstruktion die geplante Solaranlage statisch (doch) nicht tragen kann, oder der Untergrund der Bodenplatte nicht ausreichend standfest ist und ausgetauscht werden muss? Um welchen Zeitraum verlängert sich dadurch die Bauzeit? Wer trägt die damit verbundenen Kosten? Wie werden die Kosten der Verzögerung berechnet?

Derzeit liegen die Antworten auf diese Fragen vor allem in den Händen der Juristen und Sachverständigen. Das ist nicht praxisgerecht. Wir sprechen uns deshalb für eine Lösung aus, die Besteller und Unternehmer gleichermaßen erlaubt, diese Fragen kooperativ und auf Basis einer gesetzlichen Regelung im Zuge der Bauausführung zu lösen. Dieses Anliegen deckt sich mit den Empfehlungen des 4. Deutschen Baugerichtstags aus dem Jahre 2014, der sich mit einer überwältigenden Mehrheit für eine gesetzliche Regelung ausgesprochen hat.

Die Bauindustrie macht folgenden Vorschlag für eine gesetzliche Regelung und fordert den Gesetzgeber auf, im Interesse von Bestellern und Unternehmern eine solche Regelung spätestens im Zuge der Evaluierung des gesetzlichen Bauvertragsrechts umzusetzen:

§ x Bauablaufstörungen (neu)

(1) Glaubt sich der Unternehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert, so hat er dies dem Besteller unverzüglich in Textform mitzuteilen. Unterlässt der Unternehmer die Mitteilung, so hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn dem Besteller offenkundig die Umstände und deren hindernde Wirkung bekannt waren. Eine Behinderung ist jedes störende Ereignis, das die Ausführung der Leistung erschwert, verzögert oder unterbricht.

(2) Beruht eine Verzögerung oder Unterbrechung der Leistung auf höherer Gewalt oder einem sonstigen Umstand, der nicht in den Risikobereich des Unternehmers fällt, so verlängern sich die Ausführungsfristen. Die Fristverlängerung berechnet sich nach der Dauer der Verzögerung oder Unterbrechung mit einem angemessenen zeitlichen Zuschlag für die Wiederaufnahme einer unterbrochenen Leistung und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit. Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, mit denen bei Abgabe des Angebots normalerweise gerechnet werden musste, gelten nicht als Behinderung.

(3) Der Unternehmer hat alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Ausführung der Leistung fortzusetzen. Sobald die hindernden Umstände wegfallen, hat der Unternehmer unverzüglich die Ausführung einer unterbrochenen Leistung fortzusetzen und dies dem Besteller mitzuteilen.

(4) Dauert eine Unterbrechung länger als 3 Monate, so kann jede Partei den Vertrag in Textform kündigen. Zu vergüten sind die ausgeführten Leistungen nach den im Vertrag vereinbarten Preisen und außerdem die Kosten, die dem Unternehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung enthalten sind, insbesondere für die Baustelleneinrichtung, Gerätevorhaltung und Materialbeschaffung. Hat der Unternehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten, so sind auch die Kosten der Baustellenräumung zu vergüten, soweit sie nicht in der Vergütung für die bereits ausgeführte Leistung enthalten sind.

(5) Für die Dauer der Behinderung und die dadurch ausgelösten Verschiebungen im Bauablauf steht dem Unternehmer ein Vergütungsanspruch zu, soweit die Behinderung auf der Verletzung einer Obliegenheit oder Mitwirkungspflicht des Bestellers oder einem sonstigen Umstand beruht, der in den Risikobereich des Bestellers fällt, einschließlich Witterungsverhältnissen, mit denen bei Abgabe des Angebots nicht gerechnet werden musste.

(6) Die Höhe des Vergütungsanspruchs gemäß Absatz 5 bestimmt sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten des Unternehmers mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn. Hat der Besteller die Urkalkulation beim Besteller hinterlegt, so wird vermutet, dass dem Unternehmer für jeden Tag der Behinderung mindestens die auf Basis der Urkalkulation zu ermittelnden Allgemeinen Geschäftskosten, Baustellengemeinkosten, Wagnis und Gewinn als Vergütung zustehen. Ist die Urkalkulation nicht hinterlegt, so wird vermutet, dass mindestens 10 % der Vergütung, für die in diesem Zeitraum nicht erbrachte Leistung zu vergüten sind.

Für Rückfragen, ergänzende Informationen und eine vertiefte fachliche Erörterung stehen wir jederzeit gerne auch in einem persönlichen Gespräch zur Verfügung.

Berlin, 9. September 2019