

Deutsche Bahn AG • Caroline-Michaelis-Str. 5-11 • 10115 Berlin

Bundesministerium der Justiz und für
Verbraucherschutz
Abt. I B 3 – Schuldrecht II
z.Hd. Herrn Dr. Schomburg
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Deutsche Bahn AG
Recht Infrastruktur
CRI (B)
Caroline-Michaelis-Str. 5-11
10115 Berlin
www.deutschebahn.com

Steffen Hantschick
Telefon 030 297-59890
Telefax 030 297-55735
steffen.hantschick@deutschebahn.com
Zeichen CRI (B) SH

11.11.2015

Stellungnahme der Deutsche Bahn AG zum Referentenentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts

Sehr geehrter Herr Dr. Schomburg,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir erlauben uns zum Referentenentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts vom 25.09.2015 nachfolgend Stellung zu nehmen.

Wie Ihnen bekannt ist, sind wir als einer der größten öffentlichen Auftraggeber für Bauleistungen in besonderer Weise von den geplanten Regelungen zum gesetzlichen Bauvertragsrecht betroffen. Wir halten den Gesetzesentwurf mit Blick auf die Interessen eines öffentlichen Auftraggebers für nicht ausgewogen. Aus unserer Sicht werden diese Regelungen zu einer erheblichen Verteuerung sowie zu Terminverzögerungen von Bauvorhaben führen. Insbesondere werden die geplanten Regelungen zu Anordnungsrechten und Zustandsfeststellung der Praxis nicht gerecht.

Unsere wesentlichen Kritikpunkte im Einzelnen:

1. Anordnungsrechte:

Die Anordnungsrechte für den Bauvertrag werden für den Auftraggeber durch die im Referentenentwurf vorgesehenen Regelungen erheblich erschwert. Termine und Kosten als entscheidende Grundlagen der Bauwirtschaft insgesamt können auf dieser Grundlage nicht mehr in belastbarer Weise abgesichert werden.

Der Referentenentwurf führt mehrere Beschränkungen für das Anordnungsrecht ein.

Für erforderliche Leistungsänderungen bzw. erforderliche zusätzliche Leistungen zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges soll ein Anordnungsrecht nur dann bestehen, wenn der Auftraggeber die Planung dem Auftragnehmer beigestellt hat. Aus der Begrün-

...

dung zum Referentenentwurf wird ersichtlich, dass das BMJV von einer „Schwarz-Weiß-Betrachtung“ ausgegangen ist, wonach entweder der Auftraggeber oder der Auftragnehmer die Planungsleistung erbringt. Dies wird der Baupraxis nicht gerecht, die von einer arbeitsteiligen Planungerbringung geprägt ist. So wird etwa bei Bauvorhaben der Deutschen Bahn vor dem Hintergrund des Zuwendungsrechts die Ausführungsplanung regelmäßig vom Auftragnehmer erbracht. Künftig soll zudem die Planungsmethode „Building Information Modeling“ (BIM) unter Einbeziehung des Bauauftragnehmers in die Planung deutlich mehr Bedeutung erlangen. Dieses Anliegen, welches auch eine Empfehlung der „Reformkommission Bau von Großprojekten“ beim Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ist, wird durch die vorgesehene Beschränkung des Anordnungsrechts konterkariert.

Für den baupraktischen Regelfall der arbeitsteiligen Planung wird das Anordnungsrecht im Ergebnis vollständig aufgegeben. Vielmehr müssen Auftraggeber und Auftragnehmer erforderliche zusätzliche Leistungen künftig frei verhandeln. In seinem Bemühen um einen hiervon ungestörten Baufortgang ist der Auftraggeber dabei weitgehend allen Forderungen des Auftragnehmers schutzlos ausgesetzt. Ein termin- und kostenstabiles Bauen ist so nicht möglich.

Nach unserer Einschätzung geht die Begründung des Referentenentwurfs von einer idealisierten Vorstellung der tatsächlichen Baupraxis aus, wonach bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung und Planung durch den Auftragnehmer Anordnungsrechte nicht mehr notwendig seien. Nach unserer Erfahrung treten auch bei funktionalen Leistungsbeschreibungen „Lücken“ in der Leistungsbeschreibung auf, die mittels Anordnung und entsprechender Vergütung geschlossen werden müssen. Das spiegelt auch die Rechtsprechung des BGH zu funktionalen Leistungsbeschreibungen wider. Sollte es tatsächlich einen Fall in der Baupraxis geben, wonach in dieser Konstellation Anordnungsrechte einmal nicht erforderlich sein sollten, dann würde das (einschränkungslose) Anordnungsrecht in diesem Einzelfall allenfalls einmal anwendungslos sein. Das heißt, für diese Einschränkung besteht auch nach Sichtweise der Begründung des BMJV überhaupt keine Notwendigkeit.

Für bauzeitliche Anordnungen muss nach dem Referentenentwurf das Kriterium der Zumutbarkeit erfüllt sein. Die Anordnung muss außerdem durch ein ganz überwiegendes Interesse des Auftraggebers geboten sein. Stellt der Auftragnehmer diese Voraussetzungen streitig, muss zunächst eine gerichtliche oder außergerichtliche Klärung herbeigeführt werden. Damit ist der Auftraggeber dem Auftragnehmer ausgeliefert, da er entweder auf alle Forderungen des Auftragnehmers eingeht oder der Auftraggeber die Rechtslage in einem langwierigen gerichtlichen oder außergerichtlichen Prozess unter Aufgabe aller Termine die Sach- und Rechtslage klären lassen muss.

2. Vergütung der angeordneten Leistung

Sachlich nicht nachvollziehbar ist die Regelung der Vergütung für Nachträge. Hier wird dem Auftragnehmer ein Wahlrecht eingeräumt, wonach er sich für jeden Nachtrag die für ihn günstige Option aussuchen kann (Kalkulation oder tatsächliche Kosten). Eine solche Regelung ist nicht von einem berechtigten Interesse des Auftragnehmers gedeckt und leistet aus unserer Sicht zudem einer missbräuchlichen Kalkulationspraxis Vorschub. Die Diskussion in der Arbeitsgruppe beim BMJV hat gezeigt, dass die Berechnung nach IST-Kosten zu deutlich stärkerer Unsicherheit in der Praxis führen wird. Die vorgesehene Regelung führt damit im Ergebnis zu einer weiteren nicht vorhersehbaren Kostenerhöhung von Bauvorhaben insgesamt. Allenfalls ist hier eine subsidiäre Regelung vorstellbar, die nur greift, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

3. Zustandsfeststellung

Durch das neue Instrument kann sich der Auftragnehmer, der die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln bisher bis zur Abnahme trägt, nun bereits vor der Abnahme von den Rechtsfolgen seines mangelhaften Bauens signifikant entlasten. Der Auftraggeber trägt dann zwischen der sog. Zustandsfeststellung und der Abnahme die Beweislast für die in dieser Zeit aufgetretenen Mängel. Auch hierfür ist kein berechtigtes Interesse des mangelhaft ausführenden Bauunternehmers erkennbar. Die sich aus der Regelung ergebenden Kostenrisiken für den Auftraggeber sind so nicht zu rechtfertigen.

Aus den zuvor genannten Gründen lehnen wir den Entwurf in der derzeitigen Fassung ab. Wir bitten um eine Einladung zur Anhörung.

Mit freundlichen Grüßen

Deutsche Bahn AG

i. V.

Steffen Hantschick

i. A.

Dr. Cornelia Voigt