

**European Society Of Construction Law Konferenz, Stockholm  
25 August 2006**

**DIE ETHIK IM BAURECHT: DIE ANTWORTE AUS ACHT  
MITGLIEDSSTAATEN**

**A. Eine Feststellung der ethnischen Prinzipien**

- Ethnische Führung besteht in der Zustimmung zur folgenden ethnischen Prinzipien:
  - Ehrlichkeit – mit Ehrlichkeit zu handeln und Führung zu vermeiden, die wohl im mittelbaren oder unmittelbaren Betrug von anderen resultieren wird.
  - Gerechtigkeit – nicht zu suchen, Nutzen aus der ungerechten Behandlung von anderen zu ziehen.
  - Gerechte Belohnung – Führung zu vermeiden, die wohl einer Partei eine gerechte Belohnung für ihre Arbeit entziehen wird.
  - Zuverlässigkeit – aktuelle Technik beizubehalten und nur Dienste zu leisten, die ins Fachgebiet gehören.
  - Redlichkeit – dem Interesse der Allgemeinheit und insbesondere den Leuten, die das Projekt in der Zukunft benutzen werden, die nötige Beachtung zu erweisen.
  - Objektivität - mögliche Interessenkollisionen zu identifizieren und den Leuten die Kollision aufzudecken, die die Kollision benachteiligen würden.
  - Verantwortlichkeit – Auskunft über Angelegenheiten zu erteilen, die anderen potenziell benachteiligen könnten, und sie rechtzeitig davor zu warnen, damit sie die Benachteiligung vermeiden können.
- Diese Prinzipien gelten für die Arbeit von allen Fachleuten, die in der Bauindustrie arbeiten, was für Ausbildung oder Angliederung sie haben.

**B. Der ESCL Fragebogen 2005-2006**

- Rücklass
- Die Evaluation der Ausschreibung
- Das Überwechseln eines Beraters vom Auftraggeber zum Auftragnehmer
- Gerechtigkeit bei der Vertragsverwaltung
- Die Pflicht des Auftragnehmers, vor Konstruktionsfehlern zu warnen
- Die Kündigung oder Veränderung des Vertrags vom Auftraggeber, wann es ihm passt

## C. DIE ERHALTENEN ANTWORTE

- Österreich
- England und Wales
- Frankreich
- Deutschland
- Griechenland
- Niederlande
- Schweden
- Schweiz

### 1. Rücklass

- **Ist eine vertragliche Bedingung für einen Rücklass akzeptabel?**
- Österreich
  - Ja. “Der österreichische Mustervertrag versorgt Rücklässe (Deckungsrücklass und Haftrücklass).”
- England und Wales
  - Ja. “Im Vereinigten Königreich ist ein Rücklassfonds eine rechtmäßige und in der Regel akzeptable vertragliche Maßnahme.” “Es ist zu einer Kontroverse über das System gekommen, nicht wegen des Konzepts selbst sondern wegen des vermeintlichen Missbrauchs davon insbesondere durch Verspätung bei der Freilassung des Rücklassgelds.”
- Frankreich
  - Ja. “In einem Bauvertrag kann eine Bedingung den Auftraggeber dazu berechtigen, bis zu 5% der bestätigten Summen vorzuenthalten.” “Der Auftragnehmer kann jedoch eine Gewähr aus einer finanziellen Institution leisten”, die der Auftraggeber annehmen muss.
- Deutschland
  - Ja. “Eine Vereinbarung auf einen sogenannten Sicherheitsrücklass ist unter deutschem Bauvertragsrecht ganz üblich. Normalerweise vereinbaren sich die Parteien auf einen Rücklass in Höhe von 5% bis 10%.”
- Griechenland
  - Ja. “Die griechische Gesetzgebung über staatliche Bauvorhaben vorsieht, dass ein obligatorischer Rücklass in Höhe von 5% auf jede Bezahlungsschein erhoben wird. Dies ist auch bei privaten Bauprojekte allgemein üblich.
- Niederlande

- Ja. “Eine vertragliche Bedingung, deren Folge ist, dass 5% der bestätigten Summen bis zur Fertigstellung des Projekts vorenthalten werden, ist in den Niederlanden eine allgemein anerkannte Gewährleistungsmethode.”
- Schweden
  - Ja. “Unter den Allgemeinen Bedingungen (wie z.B. AB 92, ABT 94, AB04) sind solche Bestimmungen akzeptabel.”
- Schweiz
  - Ja. “In der Schweiz ist derartige Bedingung ein Element des bekannten und weit benutzten Mustervertrags (SIA 118 1977/91), wo es als ‘Rückbehalt’ benannt wird.” “Der Rückbehalt beläuft sich auf 10% des Bedienungswerts am Ende der Buchführungsperiode. Wenn jedoch der Bedienungswert CHF 300,000 übersteigt, ist der Rückbehalt nur 5% des Werts.”

## 2. Die Evaluation der Ausschreibung

- **Ist der Auftraggeber unter normalen Umständen dazu berechtigt, die vorherige Haltung und Leistungen des Auftragnehmers zu berücksichtigen?**
- Österreich
  - Ja. Unter dem österreichischen Vergabegesetz gilt die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers als Kriterium.
- England und Wales
  - Ja. “Nach meiner Erfahrung berücksichtigen schon die Behörden und andere Organisationen der öffentlichen Sektor im Vereinigten Königreich die vorherige Erfahrungen mit Auftragnehmern.”
- Frankreich
  - Nein. “Die Protagonisten werden durch das Gleichberechtigungsprinzip geschützt. Eine Regel muss nicht manche benachteiligen.”
- Deutschland
  - Ja. “Unter deutschem Vergaberecht ist die Zuverlässigkeit des Anbieters ein Ausschreibungskriterium.”
- Greece
  - Nein. “Kein Evaluationsausschuss ist dazu berechtigt, Kriterien oder Faktoren zu berücksichtigen, die die Ausschreibungsdokumenten nicht auflistet.”
- Niederlande
  - Nein. Sogar unter dem vorherigen Aanbestedingsreglement hätten Schiedsrichter die öffentlichen Behörden nicht berechtigt, gegen Auftragnehmer zu entscheiden, es sei denn nach offenen Auswahlkriterien. Die EG Vergaberichtlinie 2005 betrachtete das vorherige Regime als zu subjektiv.

- Schweden
  - Ja,. “Unter dem schwedischen Vergabegesetz und der Vergaberechtsprechung würde ein Anspruch gegen den Evaluationsausschuss aus denselben Gründen wie in *Pratt Contractors v Transit New Zealand* wahrscheinlich das gleiche Ergebnis haben.
- Schweiz
  - Ja. “Nach meinem Verständnis der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts würde ich es für zulässig halten, Erfahrungen mit einem Anbieter im Laufe eines vorherigen Vertrags zu berücksichtigen”.

### **3. Das Überwechseln eines Beraters vom Auftraggeber zum Auftragnehmer.**

- Österreich
  - Nein. “Es ist nicht möglich, die Stellung zu wechseln.”
- England und Wales
  - Ja. “Bei dem Entwerfen mancher Projekte wird dies spezifisch in Betracht gezogen”.
- Frankreich
  - Ja, aber nur in der privaten Sektor. “Wenn der Auftragnehmer, der Bauunternehmer und der Architekt einverstanden sind, dürfen sie solch einen Vertrag schliessen.” In der öffentlichen Sektor würden die vom Code des Marchés Publics verhängten Konkurrenzregeln solch eine Vereinbarung ausschliessen.
- Deutschland
  - Ja, “wenn der Architekt die Projekt einfach verwaltet und dadurch alle Interessenkollisionen vermeidet.”
- Griechenland
  - Ja, in der privaten Sektor. Obwohl es selten stattfindet, erlegt das nationale Recht der Beziehung zwischen dem Konstrukteur und dem Auftragnehmer oder dem Bauunternehmer keine besonderen Grenzen auf.”
  - Was die öffentliche Sektor betrifft, gibt es keinen besonderen Rechtssatz, der dem Konstrukteur einer Projekt ausdrücklich davon abhält, sich an einem Konsortium mit dem Auftragunternehmer zu beteiligen.” Trotzdem könnte es gegen die aus der EG stammenden Vergabepinzipien von gerechter und wahrer Konkurrenz, Gleichstellung, Verhältnismässigkeit und Transparenz verstossen.
- Niederlande
  - Nein. “Der Architekt/Ingenieur soll diesen Rollewechsel nicht akzeptieren, weil es leicht zu einer Interessenkollision führen könnte.”

- Schweden
  - Ja. “Die Lage ist bei Bau- und Konstruktionsverträgen ziemlich gewöhnlich.”  
“In Schweden gibt es keinen Rechtssatz, der den Architekt/Ingenieur davon abhalten würde, für den Bauunternehmer und danach für den Auftragnehmer tätig zu werden”
- Schweiz
  - Ja. “Ich glaube, dass es keine ethnischen Argumente bei solch einem Streitfall geben würde.”

#### 4. Gerechtigkeit bei der Vertragsverwaltung

- **Ist der Auftraggeber dazu berechtigt, einen Juniorarbeitnehmer zu Vertragsverwalter eines traditionellen Bauvertrags zu ernennen?**
- Österreich
  - Ja. “In Österreich kennen wir nicht die typische Rolle eines Ingenieurs (wie unter FIDIC), der eine mehr oder weniger neutrale Rolle spielt”.
- England und Wales
  - Nein. “Es führt zu einer unmöglichen Lage, die den Ingenieur vermutlich und auch in Wirklichkeit der Einmischung vom Auftraggeber unterwirft.”
- France
  - Nein. “Die beschriebene Lage könnte in Frankreich nicht stattfinden.”
- Germany
  - Ja. “Der Architekt darf und wird nicht die Rolle eines Vermittlers oder eines reinen Unparteiischen spielen. Wenn ein ganz selbstständiger Vermittler eingeschaltet werden muss, ist die Einwilligung von beiden Parteien nötig. Diese Rolle gehört jedoch unter deutschem Recht traditionell nicht dem Architekt.”
- Griechenland
  - Ja. Der Auftraggeber ernennt die ‘Aufsichtingenieure’, die die Beobachtung übernehmen.” “Die Beobachtung der Arbeit ist die Verantwortung der auftraggebenden Behörden.”
- Niederlande
  - Ja. “Niederländisches Recht betrachtet diese Funktionäre als Vertreter des Eigentümers. Deshalb trifft die Gerechtigkeitspflicht zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer nicht zu, obwohl das Bedürfnis von Treu und Glauben immer noch besteht.”
- Schweden

- Nein. “Der Auftraggeber/Käufer muss einen neutralen Seniorverwalter als Ingenieur/Architekt ernennen. Wenn er das nicht macht, könnte es eine Vertragsverletzung sein.”
- Switzerland
  - Keine Antwort.

## 5. Die Warnungspflicht des Auftragnehmers

- **Ist der Auftragnehmer dazu verpflichtet, vor Konstruktionsfehlern zu warnen?**
- England und Wales
  - Ja. “Wenn es einen Konstruktionsfehler gibt, der eine Gefahr verursacht, und man weiterbaut, würde es nicht nur rechtswidrig sondern auch ethisch tadelnswert sein.”
- Frankreich
  - Ja. “Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber eines Konstruktionsfehlers bewusst machen.”
- Deutschland
  - Ja. “Unter deutschem Bauvertragsrecht ist der Auftragnehmer auch einer weitreichenden Einwendungs- und Mitteilungspflicht unterworfen.”
- Griechenland
  - Ja. “Griechisches Recht enthält keinen Rechtssatz, der die Mitteilungspflicht des Auftraggebers mit Bezug auf Konstruktionsfehler ausdrücklich regelt. Es ist jedoch so ausgelegt worden, dass solch eine Pflicht aus den Artikeln 691 und 699 des griechischen bürgerliches Gesetzbuchs stammt und eine Nebenpflicht des Auftragnehmers ist.”
- Niederlande
  - Ja. “Der Auftragnehmer ist verpflichtet, vor Fehlern bei der konstruierten Sache zu warnen. Aber die Rollen können umgekehrt werden, wenn der Auftraggeber genug Fachkenntnis hat.”
- Schweden
  - Ja. Unter dem Mustervertrag AB sind die Parteien dazu verpflichtet, einander über Umstände bewusst zu machen, die man als von Wichtigkeit für die Arbeiten betrachtet.” Aber diese Pflicht gilt nur im Fall, wo der Auftragnehmer den Fehler entdeckt. Es gibt keine Mitteilungspflicht in Verbindung mit einer Entdeckungspflicht.
- Schweiz
  - Ja. “Der Auftragnehmer ist dazu verpflichtet, den Eigentümer über Konstruktionsfehler zu informieren, soweit er sie entdeckt.”

## **6. Die Kündigung oder Veränderung des Vertrags vom Auftraggeber, wann es ihm passt**

- **Hat der Auftraggeber normalerweise die Blankvollmacht, den Vertrag ohne guten Grund zu kündigen oder zu verändern?**
- Österreich
  - Ja. Aber wenn der Auftraggeber ohne Grund kündigt, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz.
- England und Wales
  - Nein. Obwohl es möglich wäre, dass der Vertrag dem Auftraggeber solch eine Macht geben würde, würden die Parteien sich darüber ausdrücklich einigen müssen. In Wirklichkeit würde kein Auftragnehmer damit einverstanden sein.
- France
  - Nein. Der Artikel 1134 lautet, dass Verträge nur mit beider Zustimmung oder aus vom Recht erkannten Gründen gekündigt werden können. Unter französischem Recht ist die vertragliche Freiheit nie unbegrenzt gewesen.
- Deutschland
  - Ja. “Grundsätzlich ist der Auftraggeber immer dazu berechtigt, einen Bauvertrag einseitig zu kündigen... Wenn jedoch die Kündigung nicht aus erheblichen Gründen gerechtfertigt wird, wofür der Auftragnehmer verantwortlich ist, muss der Auftraggeber allein die finanziellen Folgen der fristlosen Kündigung tragen.”
- Griechenland
  - Nein. Obwohl der Artikel 700 des griechischen bürgerlichen Gesetzbuchs den Auftraggeber berechtigt, den Vertrag jederzeit vor der Beendigung der Projekt zu kündigen, die auch bei Fällen gilt, wo der Auftragnehmer nicht verantwortlich ist, muss der Auftraggeber dieses Recht nicht missbrauchen oder es gegen Treu und Glauben üben. Wenn der Auftraggeber dieses Recht auf diese Art und Weise übt, muss er Schadensersatz leisten.
- Niederlande
  - Ja. Der Artikel 7:764 des niederländischen bürgerlichen Gesetzbuchs lautet, dass “der Auftraggeber immer dazu berechtigt ist, den Vertrag völlig oder teilweise zu kündigen.”
- Schweden
  - Ja. Der Auftraggeber ist im allgemeinen dazu berechtigt, zu machen, was er will. Aber er muss dem Auftragnehmer Schadensersatz leisten.”

## 7. Zusammenfassung

- Alle achte Staaten kennen den Rücklassmechanismus und es ist weithin in Höhe von ungefähr 5% akzeptiert. In Frankreich, Deutschland, Griechenland und den Niederlanden können andere Sicherheitsformen stattdessen gegeben werden.
- Was die Evaluation der Ausschreibung betrifft, gibt es merkwürdige Unterschiede: In Österreich, England und Wales, Deutschland, Schweden und der Schweiz dürfen die vorherige Haltung und die Anspruchsbewusstheit des Auftragnehmers in Betracht kommen, während sie in Frankreich, Griechenland und den Niederlanden normalerweise nicht berücksichtigt werden würden.
- Die Mehrheit der Staaten halten das Überwechseln eines Beraters vom Auftraggeber zum Auftragnehmer für akzeptabel, obwohl es Zweifel darüber in Österreich und den Niederlanden gibt und in Frankreich in der öffentlichen Sektor es unmöglich ist.
- Über das Thema der Gerechtigkeit bei der Vertragsverwaltung in Österreich, Deutschland, Griechenland und den Niederlanden würde es keine Schwierigkeit geben, wenn ein Angestellter des Auftraggebers den Vertrag verwalten würde. Dies würde in England und Wales, Frankreich und Schweden problematisch sein.
- In allen antwortenden Staaten ist der Auftragnehmer dazu verpflichtet, vor Konstruktionsfehlern zu warnen, obwohl es Unterschiede gibt, was die Lage des Auftragnehmers betrifft, wenn der Auftraggeber die Warnung nicht befolgt.
- Es gab grosse Unterschiede zwischen den Berechtigungen des Eigentümers, den Vertrag zu kündigen oder verändern, wann es ihm passt. In diesem Respekt in Österreich, Deutschland, den Niederlanden und Schweden hat der Eigentümer mehr Rechte, obwohl es keinen Anspruch auf Schadensersatz für den Auftragnehmer ausschliesst.
- Die nationalen Baurechtsgemeinschaften bieten Informationen von höher Qualität über das Baurecht in den Mitgliedstaaten an und das ESCL ist in der einzigartigen Lage, vergleichende Forschungen durch seine Mitglieder zu beauftragen.