

DER BAUVERTRAG NACH DEUTSCHEM UND TÜRKISCHEM RECHT

VON

**RECHTSANWALT
ROLAND KAHABKA
FACHANWALT FÜR BAU- UND ARCHITEKTENRECHT**

und

**RECHTSANWALT
Y. S. KAAN KALKAN
FACHANWALT FÜR BAU- UND ARCHITEKTENRECHT**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort (Das „System Diem & Partner“)	V
I. Das Skript und seine Autoren	V
II. Die Rechtsanwaltskanzlei	VI
III. Die D&P Consulting in Istanbul	VII
IV. Unser Netzwerk	VII
A. Einleitung	1
B. Deutsches Baurecht	2
I. Grundlagen des Werkvertragsrechts	2
1. Einführung	2
2. Besondere Regelungen	3
a. Vertragsschluss	3
b. Pflichten und Rechte des Unternehmers	5
c. Pflichten und Rechte des Auftraggebers	5
d. Gewährleistung und Verjährung	6
II. Der VOB/B-Vertrag	6
1. Allgemeines	6
2. VOB/B als Vertragsgrundlage	6
a. Natur der VOB/B	6
b. Die wirksame Einbeziehung der VOB/B	7
c. Inhaltskontrolle der VOB/B	7
3. Der Bauvertrag im Überblick	8
a. Einheitspreisvertrag	8
b. Der Pauschalvertrag	9
c. Der Stundenlohnvertrag	9
d. Fehlende Vergütungsvereinbarung	9
e. Nachträge	9
III. Abnahme	11
1. Begriff der Abnahme	11
2. Rechtsfolgen der Abnahme	11

3.	Formen der Abnahme	12
a.	Erklärungsform	12
b.	Fehlende bzw. „ersetzte“ Abnahme	13
IV.	Gewährleistung	13
1.	Allgemein.....	13
2.	Mangel und Haftung des Auftragnehmers.....	13
a.	Begriff des Mangels.....	13
b.	Haftung.....	14
3.	Rechtsfolgen	14
a.	Gewährleistung nach BGB-Bauvertrag.....	14
aa)	Nacherfüllungsanspruch.....	14
bb)	Anspruch auf Selbstvornahme.....	15
cc)	Rücktritt oder Minderung	15
dd)	Schadensersatz	16
ee)	Verjährung der Gewährleistung	16
ff)	Gewährleistung nach VOB/B.....	17
gg)	Nacherfüllungsanspruch.....	17
hh)	Selbstvornahme	17
ii)	Minderung.....	17
jj)	Schadensersatz	18
kk)	Verjährung nach VOB/B	20
b.	Beweislastfragen	20
C.	Grundzüge des Bauvertrags im türkischen Recht.....	21
I.	Einführung.....	21
II.	Der türkische Bauvertrag	22
1.	Rechtsgrundlagen	22
2.	Inhalt des Werkvertrags und Abgrenzung zu anderen Vertragstypen.....	22
a.	Vertragsinhalt.....	22
b.	Bauvertrag mit Übertragung von Stockwerkseigentum als Gegenleistung ...	23
c.	Abgrenzung zu anderen Vertragsarten	24
3.	Zustandekommen des Werkvertrages und Formvorschriften.....	24
a.	Vertragsschluss.....	24
b.	Formvorschriften	24
4.	Die Vertragsparteien	25
5.	Pflichten der Parteien.....	25
a.	Allgemeine Pflichten des Herstellers.....	25

b.	Beachtung der anerkannten Regeln der Technik.....	25
c.	Fachkompetenz	25
d.	Kapazität zur Herstellung des Werkes	26
e.	Schadensabwendung.....	26
f.	Prüfungs- und Hinweispflichten	26
g.	Pflicht zur Auswahl und Verwendung geeigneten Materials.....	27
h.	Pflicht zur Bereithaltung der erforderlichen Einrichtungen und Gerätschaften... ..	27
i.	Pflicht zur persönlichen Ausführung des Werkes, Art. 356 Abs. 2 ZGB	27
j.	Weitere Pflichten	27
6.	Pflicht zur mangelfreien und rechtzeitigen Ablieferung des Werkes.....	28
a.	Begriff und Arten des Mangels	28
aa)	Eigenschaften des Werkes.....	28
bb)	Mängelarten.....	29
b.	Rechtzeitige Herstellung.....	30
c.	Pflicht zur Ablieferung und Anerkennung der Leistung.....	30
aa)	Begriff der Ablieferung	30
bb)	Wirkungen der Ablieferung.....	31
cc)	Anerkennung der Leistung durch den Besteller	32
7.	Rechte des Bestellers während der Vertragsdurchführung	33
a.	Verspäteter Beginn mit Herstellung	33
b.	Verspätete Herstellung	33
c.	Während der Herstellung werden Mängel erkennbar.....	34
8.	Gewährleistungsrecht nach Ablieferung	34
a.	Voraussetzungen	34
b.	Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Mangels	35
aa)	Verweigerung der Anerkennung.....	35
bb)	Minderung.....	36
cc)	Nachbesserung.....	37
dd)	Schadensersatzanspruch.....	38
c.	Wegfall von Gewährleistungsrechten.....	38
aa)	Vertraglicher Ausschluss.....	38
bb)	Verhalten des Bestellers	38
cc)	Mängel am Material	39
dd)	Haftungsverteilung	39

ee) Verjährung	39
9. Vergütung	40
D. Öffentliches Baurecht	41
I. Einführung	41
II. Einzelheiten zum Baugesetz	42
1. Allgemeines zum Bebauungsplan	42
2. Grundzüge des Genehmigungsverfahrens	42
3. Vollendung des Baus	43
4. Bauüberwachung	44
5. Verstoß gegen die Bauvorschriften und Baugenehmigung	44
E. Türkisches Vergaberecht	45
I. Einführung	45
II. Grundlagen des Vergaberechts	45
1. Geltungsbereich des Gesetzes	45
2. Schwellenwerte	46
3. Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen (<i>Kamu İhale Kurumu.</i>)	47
III. Arten der Vergabe	47
1. Allgemeines	47
2. Offene Ausschreibung (<i>Açık İhale Usulü</i>)	47
3. Verfahren über die Angebotseinholung von einer Gruppe ausgewählter Bieter (<i>Belli İstekliler Arasında İhale Usulü</i>)	48
4. Verhandlungsverfahren (<i>Pazarlık Usulü</i>)	48
IV. Vergabeverfahren für Bauaufträge	48
1. Allgemein	48
2. Vom Bieter vorzulegende Urkunden	49
3. Bekanntmachung	49
4. Sicherheiten	50
5. Zuschlag	50
6. Vertragsschluss	51

Vorwort (Das „System Diem & Partner“)

Sie halten eine Ausarbeitung in den Händen, die von spezialisierten Rechtsanwälten zu einem Thema mit grenzüberschreitenden Aspekten verfasst wurde. Derartige Fragestellungen werden allgemein als eine Domäne der Großkanzleien betrachtet. Deswegen sollen Ihnen die nachfolgenden Abschnitte einen kurzen Einblick in unser „System“ gewähren. Es ermöglicht, sowohl nach Art und Weise wie auch Qualität unserer Arbeit gegen die sog. „Großen“ zu bestehen und durch Flexibilität und Kostenbewusstsein in vielen Fällen sogar greifbare Vorteile bieten zu können.

Bitte lesen Sie selbst und bilden Sie sich Ihren persönlichen Eindruck. Wir stehen Ihnen dazu auch im persönlichen Gespräch gerne Rede und Antwort.

I. Das Skript und seine Autoren

Das Bau- und Immobilienrechtsreferat bei Diem & Partner hat Tradition. Die nunmehr seit zehn Jahren konsequent entwickelte Spezialisierung der Mitarbeiter im Baurechtsreferat ermöglicht uns, auch bedeutende und komplexe Bauvorhaben sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene umfassend zu betreuen – und zwar von der Planung bis zur Beendigung des Projektes. Mit unserem Partner und Leiter des Baurechtsreferats, Herrn Rechtsanwalt Roland Kahabka, verfügt DIEM & PARTNER über den ersten Fachanwalt für das Bau- und Architektenrecht im Bezirk der Rechtsanwaltskammer Stuttgart. Auf diesem Gebiet erbringt er auch akademische Lehrtätigkeit in Heilbronn und Stuttgart. Das Baurechtsreferat bei DIEM & PARTNER verfügt über ein breit angelegtes, nach Qualitätsgesichtspunkten konfiguriertes Netzwerk von Sachverständigen, Architekten, Statikern sowie weiteren Baurechtsspezialisten aus der von Herrn RA Kahabka mitgegründeten, bundesweit organisierten „Fachanwaltsgemeinschaft Baurecht“ und der Advoselect-Gruppe, einem Zusammenschluss von Wirtschaftskanzleien in Europa.

Zudem ist Herr Rechtsanwalt Kahabka in die Ausgabe der Legal 500 für das Jahr 2008 aufgenommen worden. Legal 500 ist ein internationales Verzeichnis renommierter Wirtschaftskanzleien. Nach den strengen Grundsätzen von Legal 500 ist es nicht möglich, sich dorthinein "einzukaufen". Der Redaktionsteil mit seinen Empfehlungen für bestimmte Rechtsgebiete basiert alleine auf Recherchen und Bewertungen von Mandanten und Wettbewerbern. Aus ganz Baden-Württemberg befinden sich nur 5 andere Bau- und Immobilienrechtler in dem Verzeichnis.

Herr Rechtsanwalt Y. S. Kaan Kalkan ist ebenfalls ausschließlich im Bau- und Architektenrecht tätig. Neben seinen Spezialkenntnissen im deutschen Baurecht verfügt er auch über fundiertes Wissen im türkischen Bau- und Vergaberecht.

Das Skript ist in enger Abstimmung des Baurechtsreferats mit dem Türkeireferat von DIEM & PARTNER entstanden. Die Erstellung dieses demnächst auch in Buchform erscheinenden Skriptums ist nicht zufällig. Mit seiner boomenden Bauwirtschaft und den hiermit verbundenen Großprojekten wird die Türkei zunehmend zu einer ernsthaften Umsatzgröße für international aufgestellte Bauunternehmen. Mandanten, die ein Investment in der Türkei planen, bieten wir nicht nur unsere Beratungskompetenz im Bereich des türkischen Bau- und Vergaberechts. Wir können den Mandanten auch über unsere türkische Niederlassung in Istanbul direkt vor Ort weiterhelfen. Umgekehrt finden insbesondere die großen türkischen Bauholdings, die sich für Bauprojekte in Deutschland bewerben wollen, den Weg zu uns. Auch hier sind neben der fachlichen Expertise die sprachlichen "Skills" von Bedeutung (alleine in unserer Stuttgarter Kanzlei finden die türkischen Mandanten drei Anwälte, mit denen sie fließend in Türkisch kommunizieren können).

II. Die Rechtsanwaltskanzlei

Diem & Partner Rechtsanwälte ist eine Wirtschaftskanzlei mit 15 Anwältinnen und Anwälten mit Sitz in Stuttgart, einem der wichtigsten Wirtschaftsstandorte Deutschlands. Die Klientel der Kanzlei ist von mittelständischen Unternehmen geprägt, die zunehmend den Einfluss der Globalisierungstendenzen der Weltwirtschaft erfahren. Neben der Spezialisierung auf ausgewählte Gebiete des Wirtschaftsrechts hält Diem & Partner den Blick über die Grenzen für selbstverständlich. Die eigene intensive Kenntnis anderer Rechtsordnungen ist für unsere Rechtsanwälte unerlässlich, um die Mandanten der Kanzlei mit qualifizierter Beratung ins Ausland begleiten oder dort abholen zu können.

Den wichtigsten Länderschwerpunkt für Diem & Partner bildet derzeit die Türkei. Diese Ausrichtung hat sich zu einem über Deutschland hinaus bekannten Markenzeichen der Kanzlei entwickelt. Seit 2005 verfügt die Kanzlei über ein eigenes Büro in Istanbul, angesiedelt beim eigenen Beratungsunternehmen D&P Consulting. Zweiter Auslandsschwerpunkt der Kanzlei ist Frankreich, wo unsere Präsenz über eine intensive Kooperation mit einer renommierten französischen Sozietät gesichert ist. Für beide Länderbereiche hält die Kanzlei eigene, auch muttersprachlich gebildete Kompetenz in Stuttgart vor. Zu weiteren Ländern wie der Schweiz, Tschechien, Ungarn, Polen, der Slowakischen Republik, Bulgarien, Russland und den USA bestehen intensive Kontakte. Überall ist sicher gestellt, dass unsere Mandanten in deutscher Sprache kommunizieren können.

III. Die D&P Consulting in Istanbul

Langjährige Erfahrung im Türkeigeschäft hat zu der Erkenntnis geführt, dass der „typische“ Mandant mehr benötigt als eine qualifizierte Rechtsberatung. Die D&P Consulting bietet eine Palette von Dienstleistungen, welche die qualifizierte Rechtsberatung durch Diem & Partner im Türkeigeschäft sinnvoll ergänzen. Hierzu zählen Markteinführung, Forensic Investigation, die Technik der Firmengründung, u.v.m. Die D&P Consulting ist seit 2004 für ausländische Investoren und Mandanten der Kanzlei das Tor in die Türkei, über welches sie Zugang zu einem imposanten, über nahezu zwei Jahrzehnte gewachsenen Netzwerk von KnowHow sowie Beratungsleistungen in Politik, Wirtschaft und Recht erhalten.

IV. Unser Netzwerk

‘Networking’ ist der neudeutsche Begriff für den Aufbau von Strukturen, in welchen Individual-Interessen in ein sinnvolles und profitables System des ‘Geben und Nehmen’ verknüpft werden. Diem & Partner versteht darunter nicht nur die Pflege der aufgrund persönlicher Kontakte gewachsenen, vielfältigen Beziehungen zu Anwaltskanzleien in aller Welt. Vielmehr gehört dazu auch die gezielte und strategische Vertiefung eigener und auch solcher Verbindungen, die als verselbständigte Organisationen zur Verfügung stehen. Und schließlich verknüpfen wir auch verschiedene Netzwerke miteinander, wenn der Einzelfall dies erfordert.

Ein anschauliches Beispiel für ein eigenes Netz bildet Frankreich: Dort besteht eine vertragliche Zusammenarbeit mit einer großen Kanzlei mit Büros in Lyon und Paris. Daneben pflegen wir enge Kooperationen mit Kanzleien in Straßburg und weiteren Wirtschaftsstandorten. So können wir die wichtigen Wirtschaftsräume im direkten Zugriff und äußerst zuverlässig abdecken, ohne permanente Präsenz vor Ort vorhalten zu müssen.

Eine herausragende Rolle und Funktion kommt dem D&P-Netzwerk in der Türkei zu. Abgesehen von der eigenen Niederlassung in Istanbul werden mit mehreren Kanzleien in Istanbul, Ankara, Izmir und Antalya gemeinsam Prozesse geführt und koordinierte Beratungsleistungen erbracht, die bis tief in Politik und Wirtschaft hineinreichen. Hervorzuheben ist das von der Anwaltskanzlei Bilgiç Ertürk in Ankara ausgehende Netz, welches seine Leistungsfähigkeit aus rund zweihundert Rechtsanwälten und Beratern aus den wichtigsten öffentlichen Sektoren bezieht und enge Beziehungen zu öffentlichen Auftraggebern unterhält.

Das am breitesten angelegte Netzwerk ist die *Advoselect-Gruppe*, über welche Diem & Partner Zugriff auf verschiedene europäische Jurisdiktionen mit hochqualifiziertem anwaltlichem Potenzial hat. Unsere Interessen werden dort von unserem Seniorpartner vertreten, der den Vorsitz des Aufsichtsrats inne hat.

A. Einleitung

Der Bauboom in der Türkei nimmt kein Ende. Noch immer entwickeln sich die Bevölkerungszahlen aufwärts, die Landflucht setzt sich fort und führt zu einem stetigen, zum Teil heftigen Wachstum in den Großstädten. Parallel dazu gibt es eine wirtschaftliche Entwicklung, die von Wachstumsraten in Rekordhöhe geprägt ist. Die Folge davon ist rege Bautätigkeit sowohl im Wohnbau als auch im gewerblichen Bereich. Dabei sind auch ausländische Unternehmen beteiligt, oft nach gewonnenen Ausschreibungen von öffentlichen Projekten. Ohnehin noch nicht befriedigend funktionierende Planungsmechanismen, die rechtlich längst vorgesehen sind und deren Umsetzung derzeit verstärkt vorangetrieben wird, reichen nicht aus, um die wilde und unkoordinierte Bebauung von Flächen mit Bauwerken zu steuern, die oft an Hässlichkeit nicht zu überbieten und schlampig gebaut worden sind. Dennoch macht sich in der Türkei langsam aber stetig ein Bewusstsein breit, das es vor hundert Jahren schon einmal gegeben hatte: Qualität und Ästhetik am Bau fördern die Lebensqualität und die Sicherheit. Eine zunehmende Zahl von Bauunternehmen in der Türkei, die bekanntlich längst auch den Weg ins Ausland gefunden haben, macht sich dieses Bauverständnis nicht nur an prestigeträchtigen Großprojekten zu eigen. Überwiegend hat dieses Verständnis seinen Niederschlag auch in entsprechenden Standards gefunden. Und die Nebenindustrien, insbesondere die Baustoffindustrie, passen sich diesem Verständnis an, angefangen vom Ziegelstein bis hin zu komplexen Glas-Stahl-Konstruktionen. Wärme- und Kälteschutz sind längst keine Fremdwörter mehr, umweltbewusstes Bauen ist mehr als nur eine neue Mode. Der Käufer darf erwarten, dass der Bauträger nach den Regeln der Baukunst baut und die geltenden Standards einhält.

Für den deutschen Bauunternehmer, der ein Engagement in der Türkei anstrebt, ist es unerlässlich, auch Kenntnis von den dortigen Rahmenbedingungen des Baurechts zu besitzen. Daher ist es Ziel dieses Skripts, ebendiese Grundkenntnisse durch eine Gegenüberstellung mit dem hiesigen Baurecht und die Herausarbeitung der Unterschiede zu vermitteln und nicht zuletzt durch aufzeigen der Gemeinsamkeiten Berührungspunkte abzubauen.

B. Deutsches Baurecht

I. Grundlagen des Werkvertragsrechts

1. Einführung

Das Werkvertragsrecht wurde in den §§ 631 – 651 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geregelt. Charakteristisch für den Werkvertrag und abgrenzendes Merkmal zum Dienstvertrag ist die Verpflichtung des Auftragnehmers (auch Unternehmer genannt), einen bestimmten Werkerfolg herbeizuführen. Vom Kaufvertrag unterscheidet sich der Werkvertrag dadurch, dass nicht die Übergabe einer Sache und die Eigentumsverschaffung, sondern die Herstellung eines Werkes geschuldet ist. Wie die Parteien einen Vertrag dabei bezeichnen, ist unerheblich, es kommt lediglich auf die inhaltlichen Vereinbarungen an. So ist auch ein Bauvertrag, durch den sich der Unternehmer zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet, regelmäßig ein Werkvertrag. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind Bauleistungen Leistungen, mit denen Bauwerke unmittelbar geschaffen, erhalten oder geändert werden.

Beispiel: Der Unternehmer A verpflichtet sich, an den Kunden B ein Fertighaus zu erstellen und zu errichten. Es handelt sich um einen Werkvertrag, da nicht die Tätigkeit als solche, sondern der Erfolg geschuldet wird, also die Errichtung eines funktionsfähigen Fertighauses.

Der Werkvertrag setzt aber nicht voraus, dass ein körperlicher Erfolg entsteht. Genauso kann die planerische Leistung des Architekten Gegenstand eines Werkvertrages sein, sodass dieser als Erfolg die fertige Planung schuldet.

Da der Auftragnehmer den Erfolg, nicht aber die Tätigkeit an sich schuldet, kann er weitgehend selbst entscheiden, wie er den Erfolg herbeiführt.

Als Gegenleistung für den Erfolg trifft den Auftraggeber die Pflicht, die vereinbarte Vergütung zu entrichten.

2. Besondere Regelungen

a. Vertragsschluss

Ein Bauvertrag kommt - wie praktisch alle Verträge - durch Angebot und Annahme zustande. Er kann mündlich wirksam abgeschlossen werden. Etwas anderes gilt lediglich für Grundstücksveräußerungsverträge, etwa im Rahmen eines Bauträgervertrages. Diese bedürfen der notariellen Beurkundung.

Das Angebot gilt als abgelehnt, wenn es unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen angenommen wird, § 150 Abs. 2 BGB. Das einem Anwesenden oder telefonisch gemachtes Angebot kann nur sofort angenommen werden.

Grundsätzlich kann nur derjenige wirksam Verträge für oder gegen eine Partei abschließen, der hierzu rechtlich befugt ist.

Praxistipp: Für eine GmbH, kann lediglich deren Geschäftsführer wirksam Aufträge (oder Zusatzaufträge) erteilen, also nicht der Architekt und erst recht nicht der Bauleiter der GmbH vor Ort.

Etwas anderes gilt, wenn Vertretungsvollmacht eingeräumt worden ist, § 164 Abs. 1 BGB. Damit die Wirkungen der Vertretererklärung tatsächlich den Vertretenen treffen, müssen also zwei Voraussetzungen vorliegen:

- Die Erklärung muss im Namen des Vertretenen abgegeben werden, zumindest muss sich dies aus den Umständen ergeben.
- Die Erklärung des Vertreters muss sich innerhalb der zustehenden Vertretungsmacht, deren Umfang durch die Vollmachtserteilung festgelegt wird, bewegen.

Beispiel: Ein Architekt ordnet auf einer Baustelle zusatzvergütungspflichtige Leistungsänderungen an, erteilt Zusatzaufträge etc.

Inwieweit die Zusatzaufträge bzw. die vergütungspflichtigen Leistungsänderungen tatsächlich dem Auftraggeber gegenüber abgerechnet werden können, hängt davon ab, ob der Architekt entsprechend bevollmächtigt war. Dies kann z.B. im Bauvertrag durch die Formulierung sein: „Architekt X ist bevollmächtigt, den Auftraggeber Y bei Rechtsgeschäften aller Art, die das Bauvorhaben Z betreffen, zu vertreten“.

Grundsätzlich ist der Auftragnehmer dafür beweispflichtig, ob und in welchem Umfang der Architekt bevollmächtigt ist. Im Übrigen ist der mit der Objektüberwachung betraute Architekt auch ohne ausdrückliche Erwähnung als bevollmächtigt angesehen, gegenüber dem Auftragnehmer Werkleistungen technisch abzunehmen, Massenfeststellungen zu treffen oder Mängelrügen auszusprechen (so genannte „originäre“ Architektenvollmacht).

Gibt ein Architekt (oder ein Bauleiter) ohne entsprechende Vollmacht für den Auftraggeber Erklärungen ab, wird der Auftraggeber hieraus grundsätzlich nicht verpflichtet. Derartige Erklärungen binden den Auftraggeber nicht. Er muss beispielsweise vom Architekt vollmachtlos erteilte Zusatzaufträge nicht bezahlen.

Wenn ein Architekt/Bauleiter ohne Vollmacht Zusatzaufträge etc. erteilt hat, haftet er grundsätzlich als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB. Er ist somit dem anderen Teile zur Erfüllung oder zum Schadenersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert. Allerdings haftet der Vertreter (also der Architekt/Bauleiter) nach § 179 Abs. 3 BGB dann nicht, wenn der andere Teil (also der Unternehmer) den Mangel der Vertragsmacht kannte oder kennen musste.

Praxistipp: Nach herrschender Rechtsprechung wird heute davon ausgegangen, dass Bauunternehmer die fehlende Vertretungsmacht des Architekten zur Verpflichtung des Bauherren im finanziellen Bereich kennen müssen. Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass derjenige, der ohne Prüfung etwaiger Vollmachten vom Architekten bzw. Bauleiter Zusatzaufträge etc. annimmt und abarbeitet, später keinerlei Ansprüche geltend machen kann.

Allerdings können die Wirkungen einer vollmachtlosen Vertretung den Auftraggeber noch nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht treffen.

Die Grundsätze der Duldungsvollmacht kommen in Betracht, wenn der Vertretene die Handlungsweise des Vertreters kennt und duldet, also insbesondere nicht dagegen einschreitet, obwohl ihm dies ohne weiteres möglich wäre.

Bei der Anscheinsvollmacht hingegen kennt der Vertretene das Verhalten des Vertreters zwar nicht, hätte es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt kennen und verhindern können.

Im Übrigen kommen auch Schadenersatzansprüche gegen den Architekten in Betracht, wenn dieser zunächst von einer Bevollmächtigung ausgeht, später aber erkennt, dass dies nicht der Fall ist. Hier bestehen wechselseitige Schutz-, Fürsorge- und Aufklärungspflichten.

b. Pflichten und Rechte des Unternehmers

Nach den Grundsätzen des Werkvertragsrechtes schuldet der Unternehmer die Herbeiführung des vereinbarten Leistungserfolgs. § 633 Abs. 2 BGB spricht hier von der „vereinbarten Beschaffenheit“. Ist zwischen den Parteien keine Beschaffenheit vereinbart worden, schuldet der Unternehmer ein Werk, das sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Sollte auch eine solche Verwendung nicht bestehen, muss sich der Erfolg daran messen lassen, ob es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist.

Hat das Werk Mängel, widerspricht es also den eben genannten Voraussetzungen, trifft den Unternehmer die Pflicht, diese Mängel zu beseitigen. Nicht zu vergessen ist aber, dass diese Nachbesserungspflicht gleichzeitig auch ein Nachbesserungsrecht für den Unternehmer ist. Dem Unternehmer steht das Recht zu, den geschuldeten Werkerfolg - auch im Zusammenhang mit der Beseitigung von Mängeln (Nachbesserung) - selbst herbeizuführen, um den vollen Werklohn zu erhalten, § 635, 637 Abs. 1 BGB.

Grundsätzlich besteht eine Vorleistungspflicht des Unternehmers und Anspruch auf Vergütung entsteht nur für bereits tatsächlich erbrachte Bauleistungen, § 641 Abs. 1 BGB. Nunmehr ist allerdings auch beim Werkvertrag nach BGB ein Recht auf Abschlagszahlungen konstituiert, § 632 a BGB. Mit diesem korrespondiert das Recht des Unternehmers auf Sicherung seiner Werklohnansprüche (§§ 648, 648a BGB).

c. Pflichten und Rechte des Auftraggebers

Der Auftraggeber bzw. Besteller ist nach § 644 Abs. 1 BGB verpflichtet, das Werk abzunehmen. Das Bestehen unwesentlicher Mängel befreit nicht von dieser Pflicht (Ausführlich zur Abnahme und Mängeln siehe nachstehend).

Des Weiteren ist der Auftraggeber zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Ist diese nicht vereinbart worden, schuldet der Besteller die übliche Vergütung, § 632 Abs. 2 BGB. Fällig wird der Werklohn mit der Abnahme des Werkes.

Ein Recht des Bestellers, welches dem Unternehmer nicht zusteht, ist das freie Kündigungsrecht des Bestellers nach § 649 BGB. Danach kann der Besteller bis zur Vollendung jederzeit den Vertrag kündigen.

d. Gewährleistung und Verjährung

Das gesetzliche Werkvertragsrecht nimmt in § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB ausdrücklich zu Arbeiten bei Bauwerken Stellung. Die gesetzliche Gewährleistungsfrist beträgt hierbei 5 Jahre ab Abnahme. Einzelheiten zur Gewährleistung werden nachstehend behandelt.

II. Der VOB/B-Vertrag

1. Allgemeines

Die VOB (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen) ist ein auf die Bedürfnisse des Baus besonders zugeschnittenes Regelwerk. Die VOB ist kein Gesetz. Sie wird von dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) laufend überarbeitet und den wachsenden bauwirtschaftlichen Bedürfnissen angepasst. Sie wird nach Bedarf in jeweils neue Fassungen aufgelegt. Die neueste Fassung ist die VOB 2006.

Die VOB besteht aus drei Teilen:

- VOB/A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
- VOB/B: Allgemeine Vertragsbedingungen für Ausführung von Bauleistungen
- VOB/C: Allgemeine technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen

2. VOB/B als Vertragsgrundlage

a. Natur der VOB/B

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern Vertragsrecht. Es handelt sich um so genannte Allgemeine Geschäftsbedingungen. Sie werden Vertragsinhalt, wenn sich die Bauvertragsparteien darauf einigen, dass die VOB/B Vertragsgrundlage sein soll.

Soweit die VOB/B vereinbart wird, werden die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die des BGB-Werkvertragsrechtes abgeändert und ergänzt. Soweit die VOB/B keine Regelungen enthält, findet wiederum das allgemeine Werkvertragsrecht Anwendung.

b. Die wirksame Einbeziehung der VOB/B

Da es sich bei der VOB/B lediglich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, müssen diese in die Vereinbarung zwischen den Parteien einbezogen werden.

Zur Einbeziehung der VOB/B ist bei in der Bauwirtschaft tätigen Vertragspartnern der bloße Hinweis auf die Geltung der VOB/B im Vertrag ausreichend, um deren Geltung wirksam zu vereinbaren.

Ebenso reicht der bloße Hinweis auf die Geltung der VOB/B gegenüber Privatkunden dann, wenn diese bei Vertragsschluss durch einen Baufachmann z.B. den Architekten vertreten werden.

Gegenüber Vertragspartnern, die keinen Bezug zur Bauwirtschaft haben, ist allerdings der bloße Hinweis auf die VOB/B nicht ausreichend. Vielmehr muss dort die Gelegenheit eingeräumt werden, den vollen Text ohne Kostenaufwand zur Kenntnis zu nehmen. Im Allgemeinen ist es für eine wirksame Einbeziehung nicht erforderlich, den Text der VOB/B zu übergeben, sofern dies nicht ausdrücklich verlangt wird. Nicht ausreichend ist der Hinweis, der VOB/B-Text sei in der Buchhandlung erhältlich und könne auf Wunsch kostenlos versandt werden. Auf der sicheren Seite wird man sich aber bewegen, wenn der Text an den Vertragspartner ausgehändigt wird.

c. Inhaltskontrolle der VOB/B

Obwohl es sich bei den VOB/B um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, sind sie nach der Rechtsprechung des BGH, im Gegensatz zu herkömmlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dann vor einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB geschützt, wenn die VOB/B „als Ganzes“ vereinbart wird. Diese Rechtsprechung hat sich auch in den §§ 308 und 309 BGB niedergeschlagen, sodass die VOB/B nach diesen Vorschriften privilegiert ist. Nach der früheren Rechtsprechung bestand diese Privilegierung jedoch nur insoweit, als dass der sonstige Vertragstext keine wesentlichen Einschränkungen oder Abänderungen von VOB/B-Regeln enthält. Es musste ein Eingriff in den Kern der VOB/B erfolgen. Gegenwärtig reicht es hingegen für die Eröffnung der Inhaltskontrolle hingegen schon aus, wenn nur geringfügige inhaltliche Abweichungen von der VOB/B vorliegen. Darauf, welches Gewicht der Eingriff hat, kommt es nicht an. In diesem Fall müssen sich die so genannten isolierten VOB/B-Klauseln an den Inhaltskontrollvorschriften der §§ 305 ff. BGB messen lassen.

Dies sind z.B.:

- Regelung der fiktiven Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B
- Eine von § 13 Nr.4 Abs. 1 VOB/B abweichende Gewährleistungsfrist
- Der Anspruchsverlust bei nicht vorbehaltenen Schlusszahlung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B

<i>Beispiel:</i>	<i>Der Unternehmer und der Bauherr schließen einen Werkvertrag, wonach Sonderwünsche nur bis zur Werkplanung möglich sind und die Kündigung nur aus wichtigem Grunde ausgesprochen werden kann. Nach Fertigstellung rechnet der Auftraggeber ab. Der Bauherr kürzt die Rechnung unter Hinweis auf § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B um die Hälfte. Drei Monate nach Zugang der gekürzten Schlussrechnung beanstandet der Unternehmer die Kürzungen und besteht auf Bezahlung der gesamten Rechnung. Der Bauherr beruft sich auf § 16 Nr. 3 VOB/B.</i>
<i>Lösung:</i>	<i>Durch die bauvertragliche Regelung, dass nur Sonderwünsche bis zur Werkplanung berücksichtigt werden können und insbesondere eine Kündigung nur aus wichtigem Grunde erfolgen kann, ist ein nachhaltiger Eingriff in den Kernbereich der VOB/B erfolgt. Dies hat wiederum zur Folge, dass jede einzelne Klausel einer Inhaltskontrolle unterzogen wird. § 16 Nr. 3 VOB/B benachteiligt aber im Rahmen einer isolierten Inhaltskontrolle den Unternehmer und ist demgemäß unwirksam (BGH BauR 2003, 380).</i>

3. Der Bauvertrag im Überblick

Der Bauvertrag kann sowohl nach BGB-Bauvertrag wie auch nach VOB/B in verschiedenen Gestalten auftreten. Da die VOB/B speziell auf die Bedürfnisse der Baubranche zugeschnitten ist, enthält diese natürlich die detaillierteren Regelungen.

a. Einheitspreisvertrag

Als häufigste Form des VOB/B-Vertrags ist der Einheitspreisvertrag zu nennen. Dieser ist nach § 2 Nr. 2 VOB/B der Regelfall des VOB/B-Vertrages. Die am Schluss zu bezahlende Vergütung wird auf Grundlage der tatsächlich erbrachten - und nicht der angebotenen - Leistungen zu den vereinbarten Einheitspreisen errechnet. Auf die Besonderheiten der §§ 2 Nr. 3 ff. VOB/B, die die Einzelheiten des Einheitspreisvertrages regeln, wird später eingegangen.

b. Der Pauschalvertrag

Eine weitere Vertragsart nach VOB/B ist der Pauschalvertrag. Bei einem Pauschalvertrag kommt es nicht auf die tatsächlich erbrachte Leistung an. Die Parteien vereinbaren hier gleich bei Vertragsschluss einen verbindlichen Pauschalpreis für die beauftragten Leistungen. Allerdings hat der Auftragnehmer dann ungeachtet der Pauschalvereinbarung Anspruch auf besondere Vergütung, wenn der Auftraggeber durch einseitige Anordnung an dem Vertrag nicht vorgesehene Leistungen fordert.

c. Der Stundenlohnvertrag

Bei diesem Vertragstyp richtet sich Abrechnung und Bezahlung allein nach dem vom Unternehmer getätigten Aufwand, ohne dass es darauf ankäme, welchen Wert die erbrachte Leistung für den Auftraggeber hat.

Praxistipp: Der Auftragnehmer ist verpflichtet, werktäglich oder wöchentlich dem Auftraggeber Stundenzettel zu übergeben, die die geleisteten Arbeitsstunden und verwendeten Materialien etc. beinhalten. Gibt der Auftraggeber diese nicht unverzüglich zurück, gelten die Stundenlohnzettel als anerkannt. Bestehen Einwendungen gegen die im Stundenlohnzettel aufgeführten Leistungen, müssen diese schriftlich, am besten auf dem Stundenzettel selbst, vermerkt werden. Wird dies unterlassen, gilt dies als Anerkenntnis. Aus diesem Grund empfiehlt sich, die Stundenlohnzettel sorgfältig zu überprüfen, bevor diese zurückgegeben werden.

d. Fehlende Vergütungsvereinbarung

Fehlt eine Vergütungsvereinbarung, gilt – auch im Rahmen von VOB/B-Verträgen – § 632 BGB, wonach die übliche Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Verkehrskreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt, bezahlt wird. In der Praxis kann die „übliche Vergütung“ regelmäßig nur über Sachverständigengutachten ermittelt werden.

e. Nachträge

Der Auftraggeber darf nach § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B Änderungs- und Zusatzaufträge erteilen. Soweit diese Änderungen zumutbar sind, muss der Auftragnehmer die geforder-

te (Zusatz-) Leistung erbringen. Die vom Auftragnehmer zusätzlich zu erbringende Leistung ist vergütungspflichtig unter den Voraussetzungen des § 2 Nr. 3-8 VOB/B.

§ 2 Nr. 3 VOB/B behandelt die Mengenabweichungen beim Einheitsvertrag. Bei Abweichungen bis 10% bleibt es beim vertraglich vereinbarten Einheitspreis. Über 10 % hinausgehende Überschreitungen berechtigen zur Vereinbarung eines neuen Preises unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten, Unterschreitungen von mehr als 10% zu einer angemessenen Erhöhung des Einheitspreises.

Ein neuer Preis muss nach § 2 Nr. 5 VOB/B auch bestimmt werden, wenn der Bauentwurf geändert oder durch Anordnung des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. § 2 Nr. 5 VOB/B ist unanwendbar, wenn die geänderte Leistung bereits von der bestehenden vertraglichen Leistung umfasst wird, insbesondere dann, wenn der vertraglich geschuldete Erfolg nicht ohne Leistungsänderung zu erreichen ist.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist § 2 Nr. 6 VOB/B. Hier handelt es sich nicht um geänderte Leistungen oder um Mehrmengen ohne Anordnung zusätzlicher Leistungen, vielmehr um Leistungen, die bisher nicht im Vertrag enthalten waren, also um zusätzliche Leistungen. Hier entsteht ein zusätzlicher Vergütungsanspruch. Voraussetzung für die Geltendmachung des Vergütungsanspruchs ist jedoch die Ankündigung des Anspruchs durch den Auftragnehmer dem Auftraggeber gegenüber vor Beginn der Leistung.

Änderung der Vergütung beim Pauschalvertrag sind in § 2 Nr. 7 VOB/B geregelt. Weicht die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren. Wird der Bauentwurf geändert oder sonstige nicht vorgesehene Leistungen gefordert, gibt es keinen „Puffer“, es ist ein neuer Preis zu vereinbaren, §§ 2 Nr. 7 Abs. 2, 2 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B

Mit nicht bestellten Leistungen des Auftraggebers befasst sich § 2 Nr. 8 VOB/B. Hier besteht grundsätzlich keine Vergütungspflicht, allerdings möglicherweise ein Bereicherungsanspruch, wenn die zusätzlichen Leistungen für die Erfüllung des Vertrages notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen, und ihm unverzüglich angezeigt werden.

III. Abnahme

1. Begriff der Abnahme

Eine große Bedeutung im Bauvertragsrecht hat die Abnahme. Abnahme bedeutet in der Regel körperliche Hinnahme des „vertragsmäßig hergestellten Werkes“ verbunden mit der Anerkennung des Werkes als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung. Bei Arbeiten am Grundstück oder Haus des Bestellers entfällt die körperliche Hinnahme, entscheidend ist somit die Anerkennung der Leistung. Es ist zu unterscheiden zwischen folgenden Arten der Abnahme:

- baubehördlicher Abnahme;
- technischer Abnahme;
- Zustandsfeststellung im Sinne des § 4 Nr. 10 VOB/B;
- rechtsgeschäftlicher Abnahme (nach § 640 BGB/§ 12 VOB/B);

Nachfolgend wird der Begriff der Abnahme ausschließlich als rechtsgeschäftliche Abnahme verstanden.

2. Rechtsfolgen der Abnahme

Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt des Baurechts. An sie sind zahlreiche Rechtsfolgen geknüpft.

Zunächst führt die Abnahme Beendigung des Erfüllungsstadiums. Die Vorleistungspflicht des Unternehmers/Auftragnehmers endet mit dieser.

Eine weitere, gewichtige Folge ist der Gefahrübergang. Der Besteller/Auftraggeber trägt im BGB-Bauvertrag ab der Abnahme die Gefahr des zufälligen Untergangs bzw. der Verschlechterung der Bauleistung, §§ 644, 645 BGB. Der Bauvertrag nach VOB/B sieht dagegen für bestimmte Fälle einen vorzeitigen Übergang bei Gefahr auf den Auftraggeber vor. Es handelt sich hierbei um Vorkommnisse, die im allgemeinen weder der Auftraggeber, noch der Auftragnehmer in der Hand hat (Zerstörung oder Beschädigung durch höhere Gewalt, Aufruhr, andere unabwendbare vom AN nicht zu vertretende Umstände: § 7 Abs. 1 VOB/B).

Nach § 4 Nr. 5 VOB/B trifft den Auftragnehmer eine Sicherungspflicht für die Bauleistung vor Diebstahl, Beschädigung etc. Diese Pflicht endet mit der Abnahme.

Eine weitere, wesentliche Wirkung ist der Beginn der Verjährungszeit für die Gewährleistung, die nach § 13 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B mit der Abnahme beginnt.

Während vor der Abnahme der Auftragnehmer für das fehlen Mängeln beweibelastet ist, findet mit der Abnahme eine Umkehr der Beweislast für etwaige Mängel statt. D.h. nach Abnahme muss der Auftraggeber das Vorliegen von Mängeln beweisen.

Da die Abnahme die Erfüllung der geschuldeten Bauleistungen bedeutet, erlischt auch das Kündigungsrecht des Auftraggebers.

Auch die Geltendmachung einer etwaigen Vertragsstrafe wird mit der Abnahme nach § 11 Nr. 4 VOB/B verwirkt, es sei denn, diese wird bei Abnahme ausdrücklich vorbehalten.

Die Abnahme ist Fälligkeitsvoraussetzung der Vergütung.

3. Formen der Abnahme

a. Erklärungsform

Die hier behandelte rechtsgeschäftliche Abnahme kann in verschiedenen Formen erfolgen.

Zunächst gibt es die erklärte Abnahme auf Verlangen. Dabei erklärt der Auftraggeber ausdrücklicher, dass er die Bauleistung billigt und entgegennimmt.

Daneben kann die Abnahme als stillschweigende Annahme erfolgen. Hier kommt insbesondere die konkludente Abnahme durch schlüssiges Verhalten in Betracht, und zwar sowohl beim BGB-Vertrag, als auch beim VOB-Vertrag.

Bei der erklärten wie auch der stillschweigenden Abnahme ist Voraussetzung, dass auf Seiten des Auftraggebers ein Abnahmewillen vorliegt.

Das Gegenstück hierzu ist die fiktive Abnahme. Hier kommt auch ohne Abnahmewillen die Abnahme dann zustande, wenn es sich um ein so genanntes „*typisiertes Verhalten mit normativer Wirkung*“ handelt. § 12 Nr. 5 VOB/B geht in seinen Absätzen 1 und 2 von zwei unterschiedlichen Möglichkeiten der fiktiven Abnahme aus. Zum einen gilt eine Leistung, für die keine Abnahme verlangt wird, mit Ablauf von zwölf Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung als abgenommen, § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B. Zum anderen wird eine Abnahme nach Ablauf von sechs Werktagen nach Beginn der Benutzung einer Leistung als gegeben angesehen, vorausgesetzt, es ist nichts anderes vereinbart.

Praxistipp: Eine fiktive Abnahme ist dann ausgeschlossen, wenn eine förmliche Abnahme nach § 12 Nr. 4 VOB/B vereinbart ist (dazu nachstehend). Dies wird in der Praxis immer wieder übersehen.

Die letzte Möglichkeit der Abnahme ist die förmliche Abnahme, § 12 Nr. 4 VOB/B. Diese hat stattzufinden, wenn auch nur eine Vertragspartei dies verlangt. Die Abnahme ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen durch Abnahmeprotokoll. Vorbehalte wegen bekannter Mängel sind in den Befund aufzunehmen. Das Erfordernis der förmlichen Abnahme kann schon im Vorfeld der Bauleistungen im Vertrag festgelegt werden.

b. Fehlende bzw. „ersetzte“ Abnahme

§ 12 Nr. 3 VOB/B gibt dem Auftraggeber das Recht, die Abnahme wegen wesentlicher Mängel bis zu deren Beseitigung zu verweigern. Eine Verweigerung der Abnahme wegen unwesentlicher Mängel bleibt außer Betracht.

IV. Gewährleistung

1. Allgemein

Für Mängel an der Bauleistung hat der Auftraggeber Gewährleistungsrechte. Diese Rechte sind für den BGB-Bauvertrag in den §§ 633 ff. BGB geregelt. Handelt es sich um einen Bauvertrag auf Grundlage der VOB/B, ist auf das weitaus differenziertere Gewährleistungssystem des § 13 VOB/B zurückzugreifen. Zu bedenken ist hier, dass nach den Regelungen der VOB/B die Fertigstellung des Bauwerks oberstes Ziel ist. Erst in zweiter Linie ist es möglich, für etwaige Mängel Geldersatz zu erhalten.

2. Mangel und Haftung des Auftragnehmers

a. Begriff des Mangels

Nach § 633 Abs. 1 BGB bzw. § 13 Nr. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Der Begriff des Sachmangels ist beim BGB-Bauvertrag wie auch beim VOB/B-Vertrag deckungsgleich. Danach ist eine Leistung frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Wurde keine Vereinbarung über die Beschaffenheit getroffen, liegt ein Sachmangel vor, wenn das Werk nicht die nach dem vertraglich vorausgesetzte Eignung hat. Zuletzt ist ein Sachmangel anzunehmen, wenn das Werk nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet ist und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.

b. Haftung

Liegt ein Mangel im oben genannten Sinne vor, haftet der Auftragnehmer unabhängig von einem etwaigen Verschulden.

Das gilt auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder Anordnungen des Auftraggebers oder von diesem gelieferte Stoffe zurückzuführen ist. Die einzige Möglichkeit, in diesem Falle der Haftung zu entgehen, ist eine Mitteilung an den Auftraggeber nach § 4 Nr. 3 VOB/B. Nach dieser Regelung hat der Auftragnehmer u.a. seine Bedenken gegen die Art der Ausführung, die verwendeten Materialien und die Leistungen anderer Unternehmer unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Diese Mitteilungspflicht und damit die Haftung für daraus entstehende Mängel entfällt nur in seltenen Fällen.

3. Rechtsfolgen

Liegt ein Mangel vor, sind verschiedene Rechtsfolgen möglich, wobei hier zwischen BGB-Bauvertrag und VOB zu unterscheiden ist.

a. Gewährleistung nach BGB-Bauvertrag

aa) Nacherfüllungsanspruch

Im Rahmen des BGB-Bauvertrags kann der Auftraggeber im Falle eines Mangels nach der Abnahme zunächst Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB verlangen.

Hierfür ist zunächst erforderlich, dass der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzt. Als angemessen ist je nach Sachlage eine Frist zwischen 2 Wochen und einem Monat anzusehen. Entbehrlich ist die Fristsetzung nur in Ausnahmefällen, so z.B. wenn der Auftragnehmer erklärt, er werde den Mangel nicht beseitigen. Gleich-

zeitig muss der Auftraggeber den Mangel in seinem äußeren Erscheinungsbild bezeichnen (sog. Symptomrechtsprechung). D.h. der Auftragnehmer muss der Erklärung entnehmen können, was von ihm verlangt wird.

Der Auftragnehmer hat dann die Wahl, ob er den Mangel beseitigt oder ein neues Werk herstellt. Der Mangelbeseitigungsanspruch erstreckt sich auf alle Arbeiten, die für die Beseitigung des Mangels erforderlich sind.

Verweigern kann der Auftragnehmer die Nachbesserung nur, wenn sie objektiv unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

Beispiel: Die Farbe eines Hauses ist nur geringfügig anders ausgefallen, als vom Auftraggeber gewünscht, sodass es nur ein Schönheitsfehler ist. Hier wäre die Nachbesserung mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden.

Verweigert der Auftraggeber hingegen die Annahme der Nachbesserung, verliert er seinen Nachbesserungsanspruch.

Bis zur Nachbesserung besitzt der Auftraggeber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB. Danach kann er zur Sicherung seines Anspruchs nach § 641 Abs. 3 BGB den dreifachen Betrag der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten einbehalten.

bb) Anspruch auf Selbstvornahme

Verweigert der Auftragnehmer die Nacherfüllung zu Unrecht oder lässt er die gesetzte Frist verstreichen, kann der Auftraggeber nach § 637 Abs. 1 BGB den Mangel selbst beseitigen. Die hierdurch entstandenen Kosten sind vom Auftragnehmer zu ersetzen.

Im Vorfeld der Selbstvornahme kann der Auftraggeber nach § 637 Abs. 3 BGB einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten verlangen, notfalls im Klagewege mittels einer Vorschussklage. Nach der Beseitigung ist dieser Vorschuss abzurechnen.

Für einen Vorschussanspruch muss der Auftraggeber aber auch den Willen haben, mittels diesen Betrages die Nachbesserung zu finanzieren.

cc) Rücktritt oder Minderung

Nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist kann der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten, §§ 634 Nr. 3, 636, 323 BGB, oder die Vergütung mindern (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB).

Folge des Rücktritts ist, dass der Vertrag rückabgewickelt wird. D.h. die bis dahin empfangenen Leistungen werden zurückgegeben. Wenngleich das Gesetz den Rücktritt im Falle von Bauverträgen nicht ausschließt, wird sich dieser in der Praxis auf Grund der Natur von Bauleistungen schwierig gestalten. Bei Bauwerken wird er gar unmöglich sein, da bsp. ein errichtetes Haus nicht zurückgegeben werden kann.

Einfacher in der Handhabung ist die Minderung. Hierbei wird anstelle des vereinbarten Werklohnes lediglich der Wert der mangelhaften Leistung entrichtet. In der Regel wird die Höhe der Minderung berechnet, indem vom ursprünglich vereinbarten Werklohn der Betrag abgezogen wird, der für die Mängelbeseitigung erforderlich ist. Dieser Betrag wird sich in der Regel nur durch ein Sachverständigengutachten feststellen lassen.

dd) Schadensersatz

Zuletzt kann der Auftraggeber nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist Schadensersatz vom Auftragnehmer verlangen, § 634 Nr. 4. BGB. Im Unterschied zu den oben genannten Mängelrechten ist der Schadensersatzanspruch aber verschuldensabhängig.

Zum einen kann der Auftraggeber den sog. „kleinen Schadensersatzanspruch“ geltend machen. Der „kleine Schadensersatz“ ist grundsätzlich auf den Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichtet.

Möglich ist auch die Geltendmachung des sog. „großen Schadensersatzes“. Die Geltendmachung des „großen Schadensersatzes“ ist auf die Rückabwicklung des Vertrages gerichtet und soll den Auftraggeber so stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre. Eingeschränkt ist der „große Schadensersatz“ dadurch, dass zum einen hier die gleichen Probleme auftreten wie beim Rücktritt. Zum anderen ist er ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, so wenn der Auftraggeber seine Interessen auch durch den „kleinen Schadensersatz“ wahren kann.

Des Weiteren kann auch Ersatz für sog. Mangelfolgeschäden verlangt werden. Hierbei handelt es sich um Schäden, die nicht am Bauwerk selbst, sondern an anderen Gegenständen realisiert haben. Zu nennen wären hier bsp. Gesundheitsschädigungen in Folge einer mangelhaften Bauleistung.

ee) Verjährung der Gewährleistung

Wie andere Ansprüche unterliegen auch die Mängelansprüche aus einem Werkvertrag der Verjährung. Nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB verjähren Mängelansprüche für Bauwerke

oder für Planungs- oder Überwachungsleistungen für diese nach fünf Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme, § 634a Abs. 2 BGB.

ff) Gewährleistung nach VOB/B

Im Rahmen der Gewährleistung nach VOB/B hat der Auftraggeber abgesehen vom Rücktritt die gleichen Ansprüche. Lediglich der Rücktritt ist ausgeschlossen. Allerdings gelten für die Gewährleistungsansprüche andere, teils strengere Voraussetzungen.

gg) Nacherfüllungsanspruch

Nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer alle Mängel, die auf eine Vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf eigene Kosten zu beseitigen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Auftraggeber dies schriftlich innerhalb der Verjährungsfrist verlangt und eine angemessene Frist hierfür setzt. Unterlässt der Auftraggeber diese Aufforderung und beseitigt er den Mangel selbst, verliert er seinen Nacherfüllungsanspruch.

Bessert der Auftragnehmer nach, kann er selbst bestimmen, auf welche Weise die Nachbesserung erfolgt.

hh) Selbstvornahme

Lässt der Auftragnehmer die Frist verstreichen, ohne dass er nachbessert, kann der Auftraggeber den Mangel nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B auf dessen Kosten beseitigen lassen. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten richtet sich danach, was ein vernünftiger und wirtschaftlich handelnder Bauherr an Kosten verursachen durfte.

Ebenso kann der Auftraggeber zunächst einen Vorschuss vom Auftragnehmer verlangen und diesen notfalls einklagen.

Auch bei der Selbstvornahme nach VOB/B gilt, dass der Auftraggeber zunächst zur Mängelbeseitigung aufgefordert haben muss, anderenfalls kann kein Ersatz der Kosten verlangt werden.

ii) Minderung

Der Minderungsanspruch ist in § 13 Nr.6 VOB/B niedergelegt und im Gegensatz zur Minderung nach BGB erheblich eingeschränkt und kann nur in drei Fällen geltend gemacht werden:

- Die Beseitigung des Mangels ist für den Auftraggeber unzumutbar.

Hier wäre die Nachbesserung ohne weiteres ohne größeren Aufwand möglich, allerdings bestehen Umstände, die eine Nachbesserung unzumutbar erscheinen lassen.

Beispiel: Eine Mängelbeseitigung würde lärmintensive Arbeiten erfordern, die eine erhebliche Auswirkung auf einen kranken Bewohner hätten.

- Die Beseitigung des Mangels ist unmöglich.

Die Beseitigung des Mangels muss objektiv für jeden, und nicht nur für den Auftragnehmer, unmöglich sein.

- Unverhältnismäßigkeit des Aufwands und Verweigerung durch den Auftragnehmer.

In diesem Fall ist die Nachbesserung zwar möglich, allerdings steht der Aufwand für die Mängelbeseitigung in keiner Relation zum messbaren Erfolg. Aus diesem Grund kann der Auftragnehmer die Nachbesserung dann ablehnen.

Außerhalb dieser Fälle kann keine Minderung geltend gemacht werden. Die Berechnung des Minderungsbetrags erfolgt auf gleiche Weise wie beim BGB-Bauvertrag.

Die Möglichkeit eines Rücktritts ist nach VOB/B ausgeschlossen.

jj) Schadensersatz

Der Anspruch auf Schadensersatz als praktisch wichtigste Form der Gewährleistung ergibt sich aus § 13 Nr. 7 VOB/B, wobei sich dieser Schadensersatzanspruch erheblich von dem Schadensersatz nach BGB-Bauvertrag unterscheidet.

Ein wesentlicher Unterschied ist, dass der Schadensersatz nach VOB/B auch neben den Ansprüchen auf Mängelbeseitigung und Minderung geltend gemacht werden kann.

Im Übrigen besteht auch hier die Unterteilung zwischen „kleinem“ und „großen“ Schadensersatz. Allerdings gibt es hier noch eine besonders geregelte, unbeschränkte Haftung, wie sich § 13 Nr. 7 Abs. 1, 2 VOB/B entnehmen lässt.

Bei dem Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B haftet der Auftragnehmer für schuldhaft verursachten Mängeln für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder Gesundheit. Unter „schuldhaft“ ist hier schon leicht fahrlässiges Handeln zu verstehen.

Werden Mängel hingegen grob fahrlässig oder gar vorsätzlich verursacht, haftet der Auftragnehmer nach § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B für alle Schäden.

Im Übrigen hat der Auftragnehmer zunächst nur „kleinen Schadensersatz“ nach § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B zu leisten, der nur die Schäden an der baulichen Anlage umfasst. Voraussetzung für diesen Schadensersatzanspruch ist zunächst, dass ein wesentlicher, die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigender Mangel vorliegt.

Zur Beantwortung der Frage, ob ein wesentlicher Mangel vorliegt, ist auf objektive Komponenten, wie die Verkehrsauffassung, und subjektive Komponenten, z.B. die dem Auftragnehmer bekannten Interessen des Auftragnehmers, abzustellen.

Bei Beurteilung der Gebrauchsfähigkeit kommt es auf die vertraglich vorausgesetzte oder den gewöhnlichen Gebrauch an. Diese ist beeinträchtigt, wenn sie gemindert oder gar aufgehoben ist. Unter Gebrauchsfähigkeit ist aber nicht nur die technische Nutzbarkeit, sondern auch die Verkäuflichkeit zu verstehen.

Da auch die Schadensersatzansprüche auch im VOB/B-Vertrag verschuldensabhängig ausgestaltet sind, ist auch für das Entstehen dieses Schadensersatzanspruches ein Verschulden des Auftragnehmers notwendig.

Der Umfang des kleinen Schadensersatzanspruches umfasst nur Schäden, die durch die Mängel an dem Bauwerk verursacht wurden.

Darüber hinausgehende Mängel unterfallen dem „großen Schadensersatz“ nach § 13 Nr. 7 Abs. 3 Satz 2 VOB/B. Dieser Schadensersatz ist nicht auf Schäden am Bauwerk beschränkt, sondern umfasst vielmehr alle Schäden, für die Fehlleistungen des Auftragnehmers bzw. seiner Gehilfen ursächlich sind und nicht unter den zuerst genannten, unbeschränkten Schadensersatz fallen. Solche Schäden können bsp. sein ein Gerichtsverfahren, notwendige Darlehen oder Beschädigungen anderer Gegenstände als des Bauwerks.

Die Voraussetzungen dieses großen Schadensersatzes sind in § 13 Nr. 7 Abs. 3 Satz 2 lit. a – c bestimmt. Danach liegen die Voraussetzungen dieses umfassenden Schadensersatzanspruches vor, wenn

der Mangel auf einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik zurückzuführen ist,

- der Mangel im Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht;
- oder der Auftragnehmer den Schaden durch seine gesetzliche Haftpflicht gedeckt hat oder unter gewöhnlichen Versicherungsbedingungen hätte decken können.

kk) *Verjährung nach VOB/B*

Soweit vertraglich keine besonderen Verjährungsfristen vereinbart wurden, gilt im VOB/B Vertrag § 13 Nr. 4 VOB/B. Danach verjähren Mängelansprüche an Bauwerken nach der VOB 2006 fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der Abnahme.

Der Anspruch auf Beseitigung der Mängel nach schriftlicher Mängelrüge verjährt in zwei Jahren ab Zugang der Rüge beim Auftragnehmer. Doch kann in diesem Fall keine Verjährung eintreten, wenn die oben genannten Verjährungsfristen noch nicht eingetreten sind.

b. *Beweislastfragen*

Kommt es zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu einer Streitigkeit, stellt sich die Frage, wer die Mängel zu beweisen.

Vor der Abnahme ist der Auftragnehmer beweisbelastet. D.h. er muss den Beweis führen, dass keine Mängel vorliegen.

Kam es hingegen zu einer Abnahme, findet eine Beweislastumkehr statt. Nunmehr hat der Auftraggeber den Beweis zu führen, dass Mängel vorliegen, die auf die mangelhafte Leistung des Auftragnehmers zurückzuführen sind.

Dies gilt jedoch nicht, wenn der Auftraggeber seine Rechte wegen eines Mangels bei Abnahme vorbehalten hat. In diesem Fall bleibt der Auftragnehmer hinsichtlich des vorbehaltenen Mangels beweisbelastet.

C. Grundzüge des Bauvertrags im türkischen Recht

I. Einführung

Das türkische Recht ist nicht etwa ein exotisches, für Europäer kompliziertes und undurchsichtiges System, sondern entspricht europäischen Standards. Schwierigkeiten für den deutschen Anwendbar ergeben sich aus Unterschieden, die etwa dem Schweizer oder Österreicher schon weniger gravierend erscheinen. Ein großes Handicap für den Ausländer in der Türkei ist aber jedenfalls die Sprache. Die türkische Rechtssprache ist auch für den Türken weitaus schwieriger zugänglich als dies für den Deutschen mit der deutschen Rechtssprache der Fall ist. Ein kurzer Überblick soll ein Gefühl für das türkische Rechtssystem, in das das türkische Baurecht eingebettet ist, vermitteln.

Das Zivilrecht – und damit auch das private Baurecht - der heutigen Türkei hat seine Wurzeln im schweizerischen Zivilrecht. Wie auch das schweizerische Recht ist das türkische Zivilrecht unterteilt in das Zivilgesetzbuch (*Türk Medeni Kanunu*) und das Obligationengesetzbuch (*Türk Borçlar Kanunu*). Zwar ist das türkische Zivilrecht nicht vollständig identisch mit dem schweizerischen, doch kann von einer weit reichenden Übereinstimmung gesprochen werden, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass die türkische Fachliteratur wie auch die Rechtsprechung nicht selten Schweizer Rechtsgelehrte wie auch das Schweizerische Bundesgericht zitiert.

Daneben bestehen eine Vielzahl von weiteren zivilrechtlichen Nebengesetzen die, unabhängig, ob übernommen oder selbst geschaffen, in Ihrer Systematik dem kontinental-europäischen Recht zuzuordnen sind. Als relevantes Gesetz kann hier das türkische Handelsgesetzbuch angeführt werden, welches zwar eine türkische Kreation ist, aber die Verwandtschaft zum deutschen HGB deutlich erkennen lässt.

Das Zivilprozessrecht entstammt dem Schweizer Kanton Neuchatel, mit zahlreichen, auch dem deutschen Juristen vertrauten Institutionen. Auch hier sind aber Reformen zu erwarten.

II. Der türkische Bauvertrag

1. Rechtsgrundlagen

Das türkische private Baurecht unterfällt den Bestimmungen des Obligationengesetzbuchs (OGB) über den Werkvertrag (*istisna akdi; eser sözleşmesi*) (ausführlich hierzu unten). Diese Regelungen sind in den Artt. 355 – 371 OGB zu finden. Vorschriften, die sich ausdrücklich auf den Bau beziehen, sind lediglich in den Artt. 360 Abs. 3; 363 Abs. 2 und 367 Abs. 2 OGB zu finden. Im übrigen finden die allgemeinen Regelungen zum Werkvertrag sowie subsidiär die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts Anwendung.

Zu beachten sind auch Bestimmungen aus dem Immobilienrecht – z.B. das Gesetz über das Stockwerkseigentum (*kat mülkiyeti kanunu*) – und dem öffentlichen Baurecht (*imar hukuku*). Beeinflusst werden Rechte und Pflichten durch die Regeln der Baukunst, die sich zum Teil aus den Normen des Türkischen Standardisierungsinstituts (*Türkiye Standart Enstitüsü – TSE*) ergeben.

Ein allgemein angewendetes Vertragsnormwerk wie die VOB/B existiert in der Türkei nicht. Jedoch besteht auch dort auf Grund der Vertragsautonomie die Möglichkeit, durch vertragliche Vereinbarungen von den gesetzlichen Vorgaben abzuweichen. Bei solchen Vereinbarungen ist jedoch darauf zu achten, dass sie nicht dem im türkischen Recht ebenfalls existenten Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, insbesondere, wenn vorformulierte Vertragsbedingungen verwandt werden. Häufig werden auch die FIDIC-Bedingungen vereinbart.

2. Inhalt des Werkvertrags und Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

a. Vertragsinhalt

Gemäß Art. 355 OGB verpflichtet sich im Werkvertrag der Hersteller (*müteahhit*) gegenüber dem Besteller (*iş sahibi*), gegen eine angemessene Vergütung eine Sache (das Werk – eser) herzustellen.

Der Hersteller des Werkvertrages schuldet einen Arbeitseinsatz, an dessen Ende ein messbarer Erfolg, das Werk, stehen muss. Es muss sich nicht lediglich um die Herstellung einer neuen Sache handeln. Das geschuldete Werk kann auch eine Veränderung eines Bauwerks, dessen Wartung, Instandsetzung oder Abriss sein. Ebenso wenig muss es sich um einen stofflich messbaren Erfolg handeln, sodass auch im türkischen Recht beispielsweise die Planungsleistung eines Architekten das geschuldete Werk sein kann. Ist Gegen-

stand des Werkvertrags die Erbringung von Bauleistungen, ist die Rede von einem Bauvertrag (*inşaat sözleşmesi*).

Achtung: Die Anerkennung einer Leistung als Werk im Sinne des Gesetzes bleibt verwehrt, wenn das Werk rechtlich nicht anerkannt wird. Zwei besonders relevante Beispiele sind:

(1) Das Werk muss den Bestimmungen des öffentlichen Baurechts entsprechen. Wird ein Bauvorhaben z.B. ohne Baugenehmigung oder entgegen bauplanungsrechtlichen Erfordernissen entsprechend errichtet, handelt es sich nicht um ein Werk im Sinne des Gesetzes:

(2) Verstößt der Bau gegen das Strafgesetzbuch, welches die illegale Errichtung von Bauwerken unter Strafe stellt, wird die Bauleistung ebenfalls nicht als Werk im Sinne des Gesetzes anerkannt.

In Folge solcher Verstöße kann beispielsweise die Eintragung von Eigentum nicht verlangt werden, was besonders in der nachfolgend erläuterten Form des Bauvertrags Relevanz erlangt.

Im Gegenzug für das Werk schuldet der Besteller eine Vergütung, die in der Regel (zu der Ausnahme sogleich) durch Zahlung eines Geldbetrages erfolgt.

b. Bauvertrag mit Übertragung von Stockwerkseigentum als Gegenleistung

Eine besondere Unterform des Bauvertrags ist der „Bauvertrag mit der Übertragung von Stockwerkseigentum als Gegenleistung“ (*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*). Hierbei verpflichtet sich der Besteller gegenüber dem Hersteller, diesem nach Erbringung der Bauleistung einen Eigentumsanteil an dem Grundstück sowie dem errichteten Gebäude zu übertragen. Hierbei stellt die Eigentumsübertragung die Vergütung des Herstellers dar, die Vergütungsforderung des Herstellers zum Erlöschen bringt.

Beispiel: A ist Eigentümer eines Grundstücks mit einer überbaubaren Fläche von 500 m². Er beauftragt den Bauunternehmer B mit der Errichtung eines Mehrfamilienhauses mit 10 Wohneinheiten. Als Gegenleistung wird vereinbart, dass der Bauunternehmer das Stockwerkseigentum an 5 Wohneinheiten übertragen bekommt.

Diese Art des Bauvertrages ist in der Türkei insbesondere im Wohnungsbau weit verbreitet.

c. Abgrenzung zu anderen Vertragsarten

Der Werkvertrag unterscheidet sich vom Dienstvertrag dadurch, dass – im Gegensatz zum Dienstvertrag – eine bestimmte Sache innerhalb einer mehr oder weniger bestimm- baren Frist gegen eine bestimmte oder bestimmbare Vergütung herzustellen. Insofern kann wie im deutschen Recht auch davon gesprochen werden, dass ein Erfolg geschul- det wird. Ein weiteres wichtiges Element zur Abgrenzung vom Dienstvertrag ist die inner- halb des Werkvertragsverhältnisses bestehende Weisungsunabhängigkeit bezüglich der Art und Weise des Herstellungsprozesses. Vom Kaufvertrag unterscheidet sich der Werk- vertrag insbesondere dadurch, dass im Rahmen eines Kaufes lediglich die Verschaffung des Eigentums an einer bestimmten Sache geschuldet, während auf den Herstellungs- prozess kein Einfluss genommen wird. Im Werkvertrag schuldet der Hersteller aber gerade die Herstellung einer bestimmten Sache und deren Ablieferung.

3. Zustandekommen des Werkvertrages und Formvorschriften

a. Vertragsschluss

Für die Entstehung des Werkvertrags müssen sich die Parteien oder deren Vertreter über den Vertragsinhalt, insbesondere über die zu begründenden Hauptpflichten einigen. Die Einigung kommt durch Angebot und Annahme zustande (Art. 1 I OGB), die von der je- weiligen Partei ausdrücklich oder stillschweigend (*zımnen*) erklärt werden (Art. 1 II OGB). Liegen Nichtigkeitsgründe vor oder wird angefochten, wird die Einigung nicht wirksam. Die Parteien brauchen die Vertragserklärungen nicht persönlich abzugeben, sie können über vertretungsberechtigte Vertreter handeln (Art. 32 ff. OGB).

b. Formvorschriften

Grundsätzlich bedarf Bauvertrag keiner besonderen Form, kann demnach auch münd- lich geschlossen werden. Zur Vermeidung von Streitigkeiten und zur Sicherung der Be- weisführung im Falle eines Prozesses ist der Abschluss eines schriftlichen Vertrags, der mindestens die wesentlichen Verpflichtungen beinhaltet dringend anzuraten.

Hingegen ist bei Verträgen, die aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung geschlossen werden, die Schriftform sowie auch der Mindestinhalt des Vertrages vorgeschrieben.

Handelt es sich um einen „Bauvertrag mit Übertragung von Stockwerkseigentum als Ge- genleistung“, ist der Vertrag notariell zu beurkunden, da neben der Erbringung von Bau- leistungen auch eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum besteht, die gemäß Artt. 706 ZGB; 213 ZGB beurkundungsbedürftig sind. Anderenfalls ist der Bauver-

trag nichtig, so dass die Vertragsparteien die jeweils empfangene Leistung zurück zu gewähren habe.

4. Die Vertragsparteien

Parteien eines Werkvertrags können natürliche wie auch juristische Personen sein. Ebenso ist es möglich, dass sich mehrere Hersteller zur Erbringung von Bauleistungen zusammenschließen, wofür sich in der Türkei der Begriff des Herstellerkonsortiums (*müteahhitlet konsorsyumu*) eingebürgert hat. Im Ergebnis handelt es bei einem solchen Zusammenschluss um eine Gesellschaft, die der deutschen GbR ähnelt.

5. Pflichten der Parteien

a. Allgemeine Pflichten des Herstellers

Den Hersteller treffen auf Grund allgemeingültiger und besonderer Vorschriften eine Vielzahl von Sorgfalts- und Loyalitätspflichten gegenüber dem Besteller. Diese Pflichten sind den Werkverträgen immanent und müssen nicht gesondert vereinbart werden. Die Reichweite dieser Pflichten richtet sich nach den Gegebenheiten des jeweiligen Vertrages. Nachfolgend sei eine Auswahl von wichtigen Pflichten genannt.

b. Beachtung der anerkannten Regeln der Technik

Die Herstellung des Werkes hat sich nach den anerkannten Regeln der Technik zu richten. Die Definition dieses Begriffs stimmt weitgehend mit der deutschen überein. Die anerkannten Regeln der Technik ergeben sich teilweise aus Vorgaben der Berufsverbände oder Normen. Zudem sind auch die einschlägigen Rechtsvorschriften zur Erdbebensicherheit zu beachten.

c. Fachkompetenz

Der Hersteller muss die notwendige Fachkenntnis zur Herstellung des Werks besitzen. Ist diese Kenntnis nicht vorhanden und zieht der Hersteller auch keinen anderen Fachmann zu Rate, haftet er für daraus entstehende Schäden. Neue, noch unerprobte Methoden dürfen nur mit Zustimmung des Bestellers angewandt werden.

d. Kapazität zur Herstellung des Werkes

Über die Fachkenntnis hinaus hat sich der Hersteller zu vergewissern, dass er über die notwendigen Kapazitäten zu Herstellung des Werkes verfügt (Personal, Material, Gerätschaften, finanzielle Leistungsfähigkeit etc.).

e. Schadensabwendung

Der Hersteller hat darauf zu achten, dass im Zuge der Herstellung des Werks der Besteller keine Schäden erleidet. Dazu gehören etwa Maßnahmen der Sicherung der Baustelle sowie eine sorgfältige Behandlung des vom Besteller zur Verfügung gestellten Materials.

f. Prüfungs- und Hinweispflichten

Der Hersteller eines Werkes unterliegt dem Besteller gegenüber einer weitreichenden Aufklärungs-, Prüfungs- und Hinweispflicht. Abstrakt kann gesagt werden, dass der Hersteller prüfen muss, ob die Voraussetzungen für die Herstellung des Werkes vorliegen und den Besteller auf etwaige Hindernisse hinweisen. Im einzelnen können sich die Pflichten wie folgt darstellen:

- Der Hersteller hat zu prüfen, ob die ihm übergebenen Pläne aus rechnerischer und technischer Sicht richtig sind.
- Ebenso ist zu prüfen, ob das für die Errichtung des Bauwerks überlassene Grundstück für die Herstellung des vereinbarten Zwecks geeignet ist. Diese Prüfungspflicht umfasst auch die Geeignetheit des Baugrunds, die Richtigkeit von Bodengutachten sowie die baurechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens.

Wird das Material für das Vorhaben durch den Besteller gestellt, hat der Hersteller das Material unverzüglich auf Mängel und Geeignetheit für den vorgesehenen Zweck zu prüfen und ggf. den Hersteller unverzüglich hierauf hinzuweisen, (Art. 357 ZGB). Besteht der Besteller trotz eines Hinweises weiter auf die Verwendung des jeweiligen Materials, ist der Hersteller diesbezüglich von der Haftung befreit.

Im Übrigen hat der Hersteller den Besteller auf Umstände hinzuweisen, die die Vollen-
dung des Bauwerks gefährden.

g. Pflicht zur Auswahl und Verwendung geeigneten Materials

Nach Art. 357 Abs. 1 ZGB ist der Hersteller verpflichtet, „gutes“ Material (*iyi malzeme*) zu verwenden. In erster Linie muss es sich um Material mittlerer Art und Güte handeln, welches die für die Herstellung des Werks erforderlichen Eigenschaften aufweist.

h. Pflicht zur Bereithaltung der erforderlichen Einrichtungen und Gerätschaften

Ist nichts Gegenteiliges vereinbart oder besteht kein entsprechender Brauch, ist der Hersteller verpflichtet, für das Vorhandensein erforderlicher Einrichtungen und Gerätschaften Sorge zu tragen. Hierunter fallen u.a. Strom- und Wasseranschlüsse, Gerüste, Baugerät. Mangels gegenteiliger Vereinbarung können diese Leistungen nicht separat abgerechnet werden, sondern sind in der Vergütung bereits enthalten.

i. Pflicht zur persönlichen Ausführung des Werkes, Art. 356 Abs. 2 ZGB

In Art. 356 Abs. 2 ZGB ist die Pflicht zur persönlichen Ausführung des Werkes statuiert. Diese Pflicht darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Hersteller seine Leistung persönlich erbringen muss. Dies gilt nur in den Fällen, in denen es der Natur des Geschäftes nach auf die persönlichen Eigenschaften des Herstellers ankommt, so bsp. bei Beauftragung eines Architekten wegen seiner Entwürfe.

Außerhalb solcher Fälle und bei fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung kann der Hersteller Erfüllungsgehilfen (*ifa yardimciları*, in der Regel seine Arbeitnehmer) oder auch Subunternehmer (*taşeron*- Einzelheiten hierzu nachstehend) beauftragen. Hierbei bleibt aber der Hersteller nach wie vor Schuldner des Werkvertrags mit allen Rechten und Pflichten. Das heißt er hat für den Eintritt des vertraglich vereinbarten Erfolgs einzutreten, zudem muss er die Personen, deren er sich bedient, sorgfältig auswählen.

j. Weitere Pflichten

Anders als das BGB kennt das OGB eine konkret statuierte eine gesetzliche Sorgfaltpflicht (Art. 356 I OGB mit Verweis auf das Dienstvertragsrecht). Damit wird über die dem Werkvertrag eigene Erfolgshaftung hinaus ausdrücklich eine Verhaltenshaftung begründet. Damit soll die Haftung des Herstellers auch in Fällen sichergestellt werden, in denen es nicht zur Ablieferung eines vollendeten Werkes kommt oder zwar das vollendete Werk mangelfrei abgeliefert wird, aber infolge der Verletzung der notwendigen Sorgfalt im Zuge der Herstellung des Werks an Vermögenswerten des Bestellers Schäden verursacht worden sind. Weitere Sorgfaltpflichten können sich, wenn es sich beim Hersteller um

einen Kaufmann im Sinne des HGB handelt, aus dem HGB (insbesondere Art. 20 HGB zu den Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns) ergeben.

6. Pflicht zur mangelfreien und rechtzeitigen Ablieferung des Werkes

Neben den allgemeinen Verpflichtungen muss der Hersteller natürlich das Werk auch mangelfrei, vollständig und rechtzeitig abliefern.

a. Begriff und Arten des Mangels

Im türkischen Werkvertragsrecht finden sich verschiedene Formen des Mangels (*ayıp*). Allgemein gesagt ist ein Mangel jede Abweichung des Werks von den vertraglich festgelegten Eigenschaften und ergibt sich aus dem Vergleich des Ist-Zustandes mit dem vom Besteller nach Treu und Glauben zu erwartenden Sollzustand.

aa) Eigenschaften des Werkes

Die vertraglich geschuldeten Eigenschaften des Werkes können sich zum einen aus vertraglichen Vereinbarungen hierüber, zum anderen auch aus außerhalb des konkreten Vertrages ergebenden Umständen ergeben.

Ist das Vorliegen einer Eigenschaft vertraglich vereinbart und fehlt diese, ist das Werk mangelhaft.

Neben den vertraglich vereinbarten Eigenschaften können weitere Eigenschaften geschuldet sein, deren Fehlen einen Mangel begründen. Abzuliefern ist ein Werk von mindestens mittlerer Art und Güte. Fehlen Eigenschaften, die für die beabsichtigte Verwendung notwendig sind, stellt dies einen Mangel dar. Die beabsichtigte Verwendung kann sich hierbei aus dem Vertrag oder Treu und Glauben ergeben. Ein Mangel wäre bsp. anzunehmen, wenn die Funktionsfähigkeit oder der Nutzwert aufgehoben bzw. eingeschränkt wird. Einen Mangel begründet es auch, wenn das Werk nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ebenso, wenn das Werk zwar entsprechend den anerkannten Regeln der Technik erstellt wurde, aber trotzdem nicht die erforderlichen Eigenschaften aufweist. Das Gesagte zur Annahme eines Mangels ist allerdings dahingehend einzuschränken, dass die Annahme eines Mangels auch erfordert, dass der Wert oder die Funktionsfähigkeit des Werkes in erheblichem Maße herabgesetzt oder vollständig entfallen ist.

Achtung:	<i>Wurde das Werk nicht vollständig hergestellt, stellt dies keinen Mangel im Sinne des Gesetzes dar (hierzu sogleich unten).</i>
-----------------	---

bb) Mängelarten

Im türkischen Werkvertragsrecht ist zwischen verschiedenen Mängelarten zu unterscheiden. Diese Unterscheidung wird insbesondere im Rahmen des Gewährleistungsrechts relevant.

- Offener und versteckter Mangel

Zunächst ist zwischen einem offenen Mangel (*açık ayıp*), sowie einem versteckten Mangel (*gizli ayıp*) zu unterscheiden. Von einem offenen Mangel ist auszugehen, wenn dieser auf den ersten Blick oder im Rahmen einer Untersuchung sofort erkennbar ist. Kann ein Mangel erst aufgrund einer besonderen Untersuchung erkannt werden oder ist er erst später wegen auftretender Symptome erkennbar, handelt es sich um einen versteckten Mangel. Diese Differenzierung ergibt sich aus Art. 362 ZGB und ist höchst relevant. Nach Art. 359 ZGB hat der Besteller das Werk nach Ablieferung sofort (*derhal*) nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu untersuchen und die Mängel bei dem Hersteller oder seinem Vertreter zu rügen. Die Länge dieser Fristen richtet sich nach verschiedenen Faktoren wie Gepflogenheiten, den Besonderheiten des Werkes und dem gewöhnlichen Geschäftsablauf eines sorgfältig geführten Betriebes. Unterbleibt eine solche rechtzeitige Untersuchung oder Rüge des offenen Mangels, gilt dieser nach Art. 362 ZGB als anerkannt. D.h. der Besteller ist für die Zukunft wegen dieses Mangels mit der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten ausgeschlossen.

Versteckte Mängel können hingegen auch noch nach Ablieferung gerügt werden.

- Erheblicher und minder erheblicher Mangel

Ein erheblicher Mangel (*önemli ayıp*) liegt vor, wenn das Werk in dem Maße mangelhaft ist, dass der Besteller es nicht nutzen kann und er nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zur Anerkennung des Werkes gezwungen werden kann. Ein erheblicher Mangel liegt auch vor, wenn das Werk in erheblichem Maße von den vertraglichen Vereinbarungen abweicht.

Ist der Mangel hingegen unterhalb der oben skizzierten Erheblichkeitsschwelle angesiedelt, ist die Rede von einem minder erheblichen Mangel (schweizer Terminologie – *daha az önemli ayıp*).

Anhand dieser Unterscheidung bestimmt sich der Umfang der Gewährleistungsrechte (s.u.).

- Sachmangel und Rechtsmangel

Haftet dem Werk selbst ein Mangel an, ist von einem Sachmangel (*maddi ayıp*) auszugehen. Entspricht das Werk hingegen nicht den rechtlichen Anforderungen, z.B. wegen einer fehlenden Baugenehmigung, handelt es sich um einen Rechtsmangel (*hukuki ayıp*).

- Primär- und Sekundärmangel

Die Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts richtet sich auch nach der Frage, ob ein Primärmangel (*asli ayıp*) oder ein Sekundärmangel (*ikincil ayıp*) vorliegt.

Liegt ein Mangel bei Ablieferung des Werks vor, handelt es sich um einen Primärmangel, auf den die Vorschriften des Gewährleistungsrechts Anwendung finden. Der Begriff des Sekundärmangels bezieht sich hingegen auf Mängel, deren Ursache zwar ein Primärmangel ist, jedoch erst nach Ablieferung des Werkes entstehen. Auf diese findet das Gewährleistungsrecht keine Anwendung.

b. Rechtzeitige Herstellung

Ist ein Termin zu Beginn und Fertigstellung des Werkes vereinbart, so hat sich der Hersteller nach diesen Vereinbarungen zu richten.

Wurde hingegen kein Zeitpunkt für den Beginn der Herstellung vereinbart, ist auf die allgemeinen Regeln des Schuldrechts zurückzugreifen. So kann nach Art. 74 OGB sofort geleistet oder die Erfüllung sofort verlangt werden, wenn keine Dauer vereinbart wurde oder sich aus den Eigenschaften des Geschäfts nichts anderes ergibt. Ist demnach keine besondere Vereinbarung getroffen worden, hat der Hersteller nach Vertragsschluss binnen einer angemessenen Frist mit den Arbeiten zu beginnen.

Wurde kein Fertigstellungszeitpunkt vereinbart, hat der Hersteller das Werk innerhalb einer angemessenen Frist herzustellen, wobei sich die Angemessenheit nach den Umständen des Einzelfalls wie Umfang und Schwierigkeit des Werks bestimmt.

c. Pflicht zur Ablieferung und Anerkennung der Leistung

aa) Begriff der Ablieferung

Weitere Pflicht des Herstellers ist die Ablieferung (*teslim etme*) des Werkes. Der Begriff lehnt sich an die schweizer Terminologie an und entspricht nicht ganz der Abnahme nach hiesigem Werkvertragsrecht. Während hier schon die Abnahme die Erklärung beinhaltet, dass Werk angenommen wird, tritt diese Wirkung in der Türkei erst mit der Aner-

kennung (*kabul*, hierzu nachstehend) der Leistung ein. Gegenstück zur Ablieferung, aber ein einheitlicher Vorgang mit dieser, ist die Entgegennahme (*teslim alma*) aus Bestellersicht.

Eine Ablieferung ist nur möglich, wenn das Werk vollständig hergestellt wurde. Vollständig bedeutet hierbei, dass das Werk in einer Weise zur Gänze hergestellt wurde, dass es den Zweck des Bestellers, der durch die Herstellung verfolgt wurde, erfüllt. Zur Erfüllung der Ablieferungspflicht muss der Hersteller das Werk dem Besteller zu seiner freien Verfügung stellen, ihm also den Besitz an dem Werk beschaffen. Auf eine Eigentumsübertragung kommt es für die Ablieferung hierbei nicht an, wenngleich dem Werkvertrag auch eine Pflicht zur Verschaffung des Eigentums innewohnt. Bei Bauwerken erfolgt die Ablieferung durch Mitteilung der Fertigstellung.

Soweit vertraglich nichts gegenteiliges vereinbart wurde, muss der Besteller Teilablieferungen nicht akzeptieren. Ebenso wenig gilt ein Werk als abgeliefert, wenn der Besteller Besitz an einem unvollständigen Werk erlangt. Des öfteren wird in der Türkei bei Bauverträgen auch vereinbart, dass die Ablieferung mit Beibringung einer „Gebäudenutzbarkeitsbescheinigung (*yapı kullanma izin belgesi*)“ erfolgt. Durch diese Bescheinigung wird behördlich die Konformität des Gebäudes mit den öffentlich-rechtlichen Baubestimmungen bestätigt. Ohne eine solche Bescheinigung erfolgt hingegen kein Anschluss an Elektrizität, Wasser etc.

Soweit keine berechtigten Gründe entgegenstehen, kann der Besteller die Entgegennahme nicht verweigern.

bb) Wirkungen der Ablieferung

Die Ablieferung des Werks hat verschiedene Folgen, die denen der Abnahme ähneln.

- Die Nutzen und Gefahr gehen auf den Besteller über, Art. 368 OGB.
- Es beginnt die Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung des Werks auf Mängel und Rüge dieser, Art. 359 Abs. 1 OGB.
- Die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche beginnt zu laufen, Art. 363 ZGB.
- Die Vergütung des Herstellers wird fällig, Art. 364 ZGB.
- Mit Ablieferung wird der Hersteller von seiner Schuld befreit, Art. 362 ZGB.

cc) *Anerkennung der Leistung durch den Besteller*

Endgültig treten die Wirkungen der Abnahme mit der Anerkennung (*kabul*) der Leistung ein. Die Anerkennung der Leistung ist von höchster Wichtigkeit für spätere Gewährleistungsrechte.

Nach Art. 359 OGB hat der Besteller nach der Ablieferung die sich ihm bietende nächste Gelegenheit zur Untersuchung des Werks zu nutzen, wofür ihm „angemessene“ Zeit zur Verfügung. Entdeckt der Besteller einen Mangel, so hat er dies dem Hersteller „sofort“ (*derhal*), also unverzüglich anzuzeigen. Die Parteien können allerdings die „Unverzüglichkeit“ durch Untersuchungs- und Rügefristen ersetzen; die Einräumung einer bestimmten Garantiefrist muss jedoch nicht in jedem Falle die entsprechende Verlängerung der Rügefrist bedeuten. Die Frist beginnt mit der Ablieferung. Unterlässt der Hersteller die Untersuchung und Rüge, gilt das Werk nach Art. 362 Abs. 2 OGB als stillschweigend anerkannt. In Folge dieser Fiktion ist der Bestellers mit der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten in Bezug auf offene Mängel ausgeschlossen. Für Mängel, die bei Ablieferung nicht erkennbar waren, gilt dies nicht.

Die Mängelrüge bedarf einer Willensäußerung, aus der auch erkennbar wird, dass das Werk in diesem mangelhaften Zustand nicht abgenommen werden soll. Inhaltlich genügt es, wenn die Mängel im Zeitpunkt der Rüge auf allgemeine Weise beschrieben werden.

Achtung: *Zwar bedarf die Mängelrüge eigentlich keiner Form; auch nicht im Handelsverkehr. Allerdings hat der Kassationshof in seiner späteren Rechtsprechung Beschränkungen bei der Beweisführung angenommen, indem er statuierte, dass der Beweis nur durch die in Art. 20 III HGB vorgesehenen Formen (notarielle Erklärung, Einschreiben/Rückschein, Telegramm) möglich sein soll. Der Kassationshof trifft hier ausdrücklich eine Unterscheidung dahin gehend, dass die Rüge selbst formlos ergehen kann, im Streitfall der Beweis jedoch nur mit den in Art. 20 III HGB vorgesehenen Mitteln geführt werden kann.*

Welche Rechtsfolgen der Besteller nach der Mängelrüge für sich in Anspruch nimmt, braucht er nicht schon im Zusammenhang mit der Rüge zu äußern, auch nicht „unverzüglich“ danach.

7. Rechte des Bestellers während der Vertragsdurchführung

Während der Vertragsdurchführung stehen dem Besteller eine Vielzahl von Rechten zu, durch die er auf eine vertragsgemäße Herstellung des Werkes drängen kann. Anzumerken ist hier, dass die Systematik dieser Rechte komplizierter ist als das aus dem deutschen Recht bekannte. Insofern empfiehlt sich eine Unterteilung dieser Rechte nach verschiedenen Situationen.

a. *Verspäteter Beginn mit Herstellung*

Beginnt der Hersteller nicht rechtzeitig mit der Ausführung oder verzögern sich die Arbeiten, kann der Besteller mittels einer Mahnung (*ihhtarname*) zum Beginn der Arbeiten auffordern. Unter Umständen kann auch die Gewährung einer Nachfrist erforderlich sein. Bleibt diese Aufforderung wirkungslos, kann die Kündigung erklärt werden, Art. 358 Abs. 1 OGB.

b. *Verspätete Herstellung*

Wurde die Vollendung des Werkes zu einem bestimmten Zeitpunkt zugesichert oder verweigert der Hersteller die Vollendung nachdrücklich, kann die Kündigung ohne weiteres ausgesprochen werden, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass das Werk nicht bis zum vereinbarten Zeitpunkt fertig gestellt werden kann, Art. 358 Abs. 1.

Ist hingegen ein bestimmter Fertigstellungszeitpunkt nicht vereinbart, muss der Hersteller zunächst nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts in Verzug nach Art. 106 OGB gesetzt werden. D.h. der Besteller ist mittels einer Mahnung aufzufordern, das Werk binnen einer angemessenen Frist zu vollenden. Unterlässt er dies, gerät er in Verzug, sodass die Kündigung ausgesprochen werden kann.

In Folge der Kündigung kann der Besteller Schadensersatz verlangen.

Achtung: Vor Ausspruch der Kündigung ist zu prüfen, ob die Verzögerungen ob die Verzögerungen überhaupt vom Hersteller zu vertreten sind oder die Verzögerungen gar aus der Sphäre des Bestellers herrühren. In diesem Falle wäre eine wirksame Kündigung nicht möglich.

c. Während der Herstellung werden Mängel erkennbar

Ergibt sich während der Herstellung, dass das Werk mit Sicherheit mit Mängeln behaftet sein wird, richten sich die Rechte des Herstellers nach Art. 358 Abs. 2 ZGB.

In diesem Fall kann der Besteller dem Hersteller eine angemessene Frist zur Nachbesserung setzen. Verstreicht diese Frist, kann auf Kosten des Herstellers ein Dritter mit der Behebung des Mangels oder mit der Fortführung der Arbeiten beauftragen. Im Übrigen kann auch Ersatz des darüber hinaus gehende Schaden verlangt werden.

Achtung: Diese Vorschrift ist insofern missverständlich, als man denken könnte, dass der Vertrag hierdurch gekündigt wird. Vielmehr gesteht der Wortlaut dieser Vorschrift dem Besteller ein Wahlrecht zu:

(1) Entweder, ein Dritter wird „nur mit der Behebung des gerügten Mangels beauftragt“, oder

(2) ein Dritter wird mit der Fertigstellung des gesamten Werks beauftragt.

Dieses Wahlrecht ist nur unter besonderen Voraussetzungen ein echtes Wahlrecht. Wenn die Fertigstellung des Werks an sich nicht gefährdet wird, wird es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit als ausreichend erachtet, dass ein Dritter nur mit der Behebung der Mängel beauftragt wird. Die Beauftragung eines Dritten wird nur als zulässig erachtet, wenn der Mangel und das übrige Werk dermaßen eng zusammenhängen, dass eine Gefährdung des Erfolgs bestünde.

8. Gewährleistungsrecht nach Ablieferung

a. Voraussetzungen

Nach Ablieferung des Werkes kommt das Gewährleistungsrecht zum Zuge.

Die Haftung des Herstellers ist wie in Deutschland auch von verschiedenen Voraussetzungen abhängig, die allesamt vorliegen müssen, damit die Mängelrechte geltend gemacht werden können. Hierbei handelt es sich um folgende:

- Das Werk muss abgeliefert worden sein.
- Es muss ein Mangel vorliegen, wobei es hier noch nicht auf die Qualifizierung des Mangels ankommt.

- Es darf sich um keinen offenen Mangel handeln, der schon bei Ablieferung erkannt werden musste. Handelt es sich um einen offenen Mangel, reicht es aus, wenn er bei Ablieferung unverzüglich gerügt wurde.
- Der Mangel muss unverzüglich (auch beim Auftreten verdeckter Mängel) gerügt werden. Nur die unverzügliche Mängelrüge verhindert die Abnahme und damit den Eintritt des Haftungsausschlusses gemäß Art. 362 OGB. Bei offenen Mängel ist der Referenzzeitpunkt die Übergabe, bei versteckten Mängeln das Erlangen der Kenntnis. Wie in Deutschland auch muss nicht der Grund für den Mangel genannt werden, eine Beschreibung der Symptome reicht aus. Die Rüge ist an den Hersteller bzw. an einen bevollmächtigten zu richten.

b. Rechtsfolgen bei vorliegen eines Mangels

Liegen die obigen Voraussetzungen vor, steht dem Besteller ein – von der Qualifikation des Mangels abhängiges – Wahlrecht zu.

aa) Verweigerung der Anerkennung

Ist das Werk infolge eines Mangels schlechthin zum vertragsmäßigen Zweck nicht zu gebrauchen und eine Anerkennung des Werkes dem Besteller nicht zuzumuten (erheblicher Mangel), kann der Besteller die Anerkennung des Werkes nach Art. 360 Abs. 1 OGB *ablehnen*. Die Ablehnung entspricht in diesem Zusammenhang dem Rücktritt und zeitigt auch dessen Folgen: der Vertrag wird *ex tunc* aufgehoben, sodass ein Rückabwicklungsverhältnis entsteht. Der Hersteller hat bereits erhaltene Vergütungen zurückzuzahlen, Verwendungen des Bestellers zu ersetzen.

Die hierzu erforderliche einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung kann konkludent - z.B. durch Rückforderung bereits gezahlter Vergütung - oder ausdrücklich erfolgen, ein Formzwang besteht nicht. Doch empfiehlt es sich auch hier aus Beweisgründen, dass die Erklärung in notariell beglaubigter Form erfolgt.

Die Wahrnehmung dieses Rücktrittsrechts schließt die Geltendmachung von Minderungs- und Nachbesserungsansprüchen aus, es sei denn, die Parteien beleben durch Vereinbarung – ein einseitiger Widerruf der Rücktrittserklärung ist unwirksam – das ursprüngliche Vertragsverhältnis erneut.

Da es sich bei der Verweigerung der Anerkennung um das Gewährleistungsrecht mit den einschneidendsten Folgen handelt, ist bei der Frage, ob es sich um einen erheblichen Mangel handelt, eine Abwägung der gegenseitigen Interessen vorzunehmen. Handelt es sich beispielsweise zwar um einen erheblichen Mangel, der jedoch ohne unverhält-

nismäßig hohen Aufwand beseitigt werden kann, würde die Verweigerung der Anerkennung mit der Folge des Rücktritts treuwidrig sein, sodass diese nicht erklärt werden kann. Ebenso wenig ist ausreichend, wenn das Bauwerk nur für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch ungeeignet oder die Brauchbarkeit reduziert ist. Das Werk darf vielmehr für gar keinen Zweck brauchbar sein.

Eine weitere Einschränkung der Zulässigkeit der Verweigerung der Anerkennung in Bezug auf Bauwerke lässt sich Art. 360 Abs. 3 entnehmen. Dieser Regelung zufolge ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Abriss eines auf einer Immobilie errichteten Werks einen unverhältnismäßig hohen Schaden verursachen würde. Hierdurch wird der Besteller aber nicht rechtlos gestellt. Ist der Rücktritt ausgeschlossen, kann der Besteller wahlweise Nachbesserung oder Minderung verlangen.

bb) Minderung

Ist der Mangel minder erheblich (*Schweizer Terminologie*), kann der Besteller nach Art. 360 Abs. 2 ZGB Minderung der Vergütung verlangen. Auch die Minderung wird durch eine Willenserklärung gegenüber dem Hersteller erklärt. Infolge dieser Erklärung reduziert sich der Vergütungsanspruch des Herstellers. Im Unterschied zum deutschen Recht erfordert die Minderung in der Türkei nicht, dass der Besteller zunächst zur Nachbesserung (dazu nachstehend) auffordert. Vielmehr besteht ein echtes Wahlrecht zwischen Minderung und Nachbesserung.

Voraussetzung für die Minderung ist, dass der Mangel auch tatsächlich zu einer Minderung des Marktwerts des Werks geführt hat.

Für die Berechnung des Minderungsbetrags ist zunächst von der effektiven Vergütung für das Werk auszugehen. Maßstab kann auch der tatsächliche Unterschied zwischen den Herstellungskosten des mängelfreien und denjenigen des mangelhaften Werks sein, wenn diese Kosten den Marktwertunterschied übersteigen. Im allgemeinen wird für die Berechnung der Minderung folgende, auch dem deutschen Recht bekannte Formel verwandt:

$$\text{Geminderte Vergütung} = \frac{\text{Vereinbarte Vergütung} \times \text{Wert mit Mangel}}{\text{Wert ohne Mangel}}$$

Eine Minderung nach einer bereits wegen eines anderen Mangels zuvor erfolgten Minderung hat sich an der durch diese erste Minderung entstandenen Vergütung zu orientieren; bei inzwischen erfolgten Nachbesserungsarbeiten ist auch die hierdurch entstandene Wertverbesserung bzw. Wertminderung zu berücksichtigen. Zeitpunkt für die Wertbemessung ist nicht der Vertragsschluss, sondern der Zeitpunkt der Übergabe. Nicht

rechtzeitig gerügte Mängel sind bei der Wertbemessung nicht zu berücksichtigen. Die Vergütung kann dann auch im Verhältnis zum Verlust des Marktwerts herabgesetzt werden, wenn es sich bei ohnehin um eine unter dem Wert des Werks liegende Vergütung gehandelt hat (z. B. Rabatt).

Grundsätzlich ist der Besteller für die Höhe der Minderung beweispflichtig; die Höhe der Aufwendungen zur Mängelbeseitigung kann eine tatsächliche Vermutung für die Höhe des Minderungsbetrages begründen.

Interessant ist die Abwicklung der Minderung bei Bauverträgen mit Übertragung des Stockwerkeigentums als Gegenleistung, da dort die Vergütung nicht in Geld, sondern in der Übertragung eines Anteils am Grundstück sowie am Stockwerkseigentum besteht. Während vereinzelt vertreten wird, dass bei der Minderung der an den Besteller zu übertragende Anteil am Eigentum zu mindern sei, wird allgemein vertreten, dass der Ausgleich der Wertminderung durch Geldzahlung des Herstellers zu erfolgen habe, was die eindeutig praktikablere Lösung ist.

cc) *Nachbesserung*

Im Falle eines minder erheblichen Mangels kann der Besteller aber auch nach Art. 360 Abs. 2 OGB Nachbesserung verlangen, wobei dadurch die Minderung nicht unbedingt ausgeschlossen wird, etwa wenn die Nachbesserung nicht oder nur unvollständig zur Beseitigung des Mangels führt.

Hat der Besteller sein Wahlrecht erst einmal ausgeübt und eine entsprechende Willenserklärung abgegeben, er bleibt an seine Erklärung gebunden. Erst wenn etwa Nachbesserungsversuche nicht zur Mängelbeseitigung führen, eröffnet sich für den Besteller erneut die Möglichkeit von Minderung oder Rücktritt. Der Hersteller hat im Falle der Geltendmachung eines Nachbesserungsanspruchs lediglich die Wahl der Mittel für die Nachbesserung bis hin zur Neuherstellung, wenn dadurch keine weiteren zeitlichen Verzögerungen zu befürchten sind. Die entstehenden Mehrkosten an Material und Arbeit sind immer vom Hersteller zu tragen.

Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die Nachbesserung auch geeignet ist, den Mangel mit angemessenem Aufwand zu beseitigen. Der Hersteller kann die Nachbesserung verweigern, wenn der Aufwand der Mängelbeseitigung unverhältnismäßig hoch ist.

Die Nachbesserung ist unter Setzung einer angemessenen Frist zu verlangen. Verstreicht diese Frist, kann der Besteller Minderung verlangen oder den Rücktritt erklären.

Ist durch Vereinbarung eine Frist bestimmt und läuft diese fruchtlos ab, so kann der Besteller den Hersteller mit einer Mahnung in Verzug setzen mit der Folge, dass die Vorschrif-

ten über den Schuldnerverzug analog anwendbar werden (Art. 101 OGB).; ist keine Vereinbarung getroffen, kann der Besteller den Hersteller ebenfalls in Verzug setzen (Art. 358 OGB analog). In diesem Falle kann immer noch Nachbesserung oder aber der Rücktritt erklärt und Schadensersatz geltend gemacht werden.

Eine Selbstvornahme der Nachbesserung auf Kosten des Herstellers, ggf. unter Beauftragung eines Dritten, kommt nach türkischem Recht nach den allgemeinen Vorschriften nur mit Zustimmung des Gerichts (Art. 97 Abs. 1 OGB) in Betracht.

dd) Schadensersatzanspruch

Eine weitere Möglichkeit hat der Besteller in Form eines *Schadensersatzanspruchs*, der auch neben den anderen Ansprüchen geltend gemacht werden kann, wobei weitere Voraussetzung das hinzutreten eines Verschuldens ist.

Zu den Schäden gehören auch Mangelfolgeschäden, sofern sie mit dem Mangel in einem adäquaten Ursachenzusammenhang (*uygun nedensellik bağı*) stehen. Hierzu zählen auch solche Schäden, die infolge des Rücktritts des Vertrages entstehen, z. B. Aufwendungen für den Vertragsschluss, die sich infolge der mangelbedingten Vertragsauflösung nachträglich als unnütz herausstellen (*menfi zarar* – negatives Interesse). Einen ersatzfähigen Schaden stellen auch geringerer Mieteinahmen infolge eines Mangels dar.

c. Wegfall von Gewährleistungsrechten

aa) Vertraglicher Ausschluss

Der vertragliche Gewährleistungsausschluss ist möglich. Vereinbart werden können auch Beschränkungen oder Rangfolgen von Gewährleistungsansprüchen. Die Grenzen des vertraglichen Gewährleistungsausschlusses ergeben sich aus allgemeinen Grundsätzen, insbesondere Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), sowie aus zwingendem Recht. So kann die Gewährleistung für „schweres Verschulden“ (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) oder Arglist (Art. 99 Abs. 1 OGB) nicht ausgeschlossen werden. Damit sind dem *Vertrag über die Beschränkung der Haftung* Grenzen gesetzt, ausschließbar ist nur leichte Fahrlässigkeit.

Mit Vereinbarungen über Ausschluss oder Beschränkung von Gewährleistungsansprüchen werden andere Ansprüche – Verzug, Unmöglichkeit, Erfüllung, unerlaubte Handlungen – nicht ausgeschlossen.

bb) Verhalten des Bestellers

Der Besteller kann Gewährleistungsansprüche dann nicht geltend machen, wenn die Mängel ihren Ursprung in seiner eigenen Risikosphäre haben, insbesondere auf sein eigenes Verhalten, etwa auf seine Herstellungsanweisungen zurückzuführen sind (Art. 361 OGB). Diese Bestimmung ist indessen mit Vorsicht auszulegen. Zwar mag der Besteller konkrete Vorstellungen vom Ergebnis der Herstellung und auch vom Herstellungsvorgang selbst haben, doch ist zunächst davon auszugehen, dass der Hersteller über die Fachkunde verfügt. Dieser hat also auch die Anweisungen des Bestellers daraufhin zu überprüfen, dass sie den Regeln der Technik und Kunst entsprechen, und gegebenenfalls den Besteller darauf hinzuweisen, dass dessen Anweisungen zu einem mangelhaften Werk führen können; danach hat er abzuwarten, ob der Besteller seine Anweisungen ändert. Die Folge ist, dass Art. 361 Abs. 1 OGB erst zu greifen beginnt, wenn der Besteller auf seinen Anweisungen besteht. Ist der Besteller selbst fachkundig, so wird vom Hersteller nicht die Überprüfung der Anweisungen des Bestellers und gegebenenfalls Warnung des Bestellers verlangt.

cc) *Mängel am Material*

Für Mängel, die ihre Ursache im vom Besteller gelieferten Material haben, haftet der Besteller selbst. Der Hersteller wird jedoch dann in die Haftung hereingezogen, wenn er die Materialmängel erkannt hat oder hätte bei Beobachtung der üblichen Sorgfalt (s. o. zu den Sorgfaltspflichten des Herstellers) erkennen müssen und den Besteller nicht darüber aufgeklärt hat (Art. 357 Abs. 2 und 3 OGB).

dd) *Haftungsverteilung*

Lässt sich ein Mangel auf beide Parteien zurückführen, so bleiben dem Besteller zwar die Gewährleistungsansprüche erhalten, doch ist dann eine Haftungsverteilung analog Art. 44 OGB durchzuführen; diese Bestimmung aus dem Recht der unerlaubten Handlungen, die etwa dem § 254 BGB vergleichbar ist, wird im gesamten türkischen Haftungsrecht angewendet, dient also auch der Lastenverteilung nach den objektiven Anteilen der Beteiligten an der Verwirklichung von Risiken.

ee) *Verjährung*

Für die Verjährungsfrage verweist Art. 363 Abs. 1 OGB auf die Vorschriften im Kaufrecht. Hiernach verjähren die Gewährleistungsrechte grundsätzlich nach einem Jahr (Art. 207 I OGB), zwischen Kaufleuten nach sechs Monaten (Art. 25 Abs. 4 HGB). In Bausachen verjähren die Gewährleistungsrechte nach Art. 363 Abs. 2 OGB nach fünf Jahren, jeweils vom Zeitpunkt der Übergabe an gerechnet.

9. Vergütung

Die Gegenleistung des Bestellers ist die Vergütung. Sie ist, soweit nichts anderes vereinbart ist, im Zeitpunkt der Übergabe zu zahlen (Art. 364 Abs. 1 OGB). Ist das Werk in Teilen zu übergeben, so sind dementsprechend auch Teilvergütungen zu bezahlen (Art. 364 Abs. 2 OGB). In Ausnahmefällen ist auch die Anpassung der bereits vereinbarten Vergütung an Verhältnisse möglich, die bei Vertragsschluss unbeachtet geblieben sind (*Vertragsanpassung*). Zwar geht Art. 365 Abs. 1 OGB zunächst einmal davon aus, dass es, ist die Vergütung bei Vertragsschluss fest vereinbart worden, unabhängig vom Aufwand bei dieser Vergütung bleibt, sei dieser Aufwand höher (Art. 365 Abs. 1 OGB) oder niedriger (Art. 365 Abs. 3 OGB) als vorhergesehen. Allein, wenn der Aufwand derart steigt, dass dem Hersteller die Erfüllung des Vertrages bei der vereinbarten Vergütung schlechthin nicht mehr zumutbar wäre („Treu und Glauben“, Art. 2 Abs. 2 ZGB), kann das Gericht entweder die Vergütung anpassen oder aber die Rückabwicklung des Vertrages verfügen (Art. 365 Abs. 2 OGB), wobei es auch die Rückabwicklungsmaßstäbe festlegt. Allerdings darf dieser Mehraufwand entweder nicht vorhersehbar, oder muss aber in Kenntnis beider Parteien unbeachtet geblieben sein.

Ist die Vergütung nicht bei Vertragsschluss festgelegt worden, so gilt Art. 366 OGB. Hiernach ist sie nach Wert des Werks und Aufwand des Herstellers zu bestimmen. Stellt sich dabei allerdings eine vom Besteller nicht vorhergesehen und unzumutbar hohe Vergütung heraus, so kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten (Art. 367 Abs. 1 OGB).

D. Öffentliches Baurecht

I. Einführung

Das öffentliche Baurecht hat seine Grundlage zunächst im Baugesetz Nr. 3194 vom 09.05.1985. Es ist im Grunde die Grundlage des öffentlichen Baurechts und beinhaltet neben bauplanungsrechtlichen Fragen auch Regelungen zum Genehmigungsverfahren sowie Sanktionen. Doch ist das Baugesetzbuch nicht die einzige Grundlage des türkischen öffentlichen Baurechts. Daneben stehen noch eine Vielzahl weiterer Gesetze die es zu beachten gilt. Allerdings kann aufgrund der Vielzahl der Regelungsinhalte auf diese an dieser Stelle nicht detailliert eingegangen werden, da dies den Rahmen dieser Ausführungen sprengen würde.

Insofern seien nur beispielsweise das Gesetz zur Verhinderung von Schwarzbauten (*Gecekondü Kanunu*), das Bosphorusgesetz (*Boğaziçi Kanunu*) genannt. Bei diesen Gesetzen handelt es sich um nationale Gesetze, wobei sie teilweise einen begrenzten örtlichen oder sachlichen Anwendungsbereich haben. So regelt das Gesetz über den Bosphorus die Bebauung und Entwicklung an ebendiesem. Das Schwarzbaugesetz, welches die Verhinderung sowie den Umgang mit Schwarzbauten regelt. An dieser Stelle sei angemerkt, dass dieses Gesetz nicht ungenehmigte Bauwerke als solches betrifft, sondern solche Bauten, die vom Bauherren auf fremden Grundstücken ohne Zustimmung des Eigentümers (meist über Nacht - woraus sich auch der Begriff *Gecekondü* herleitet-) errichtet wurden.

Als weiteres relevantes Gesetz im öffentlichen Baurecht ist das Gesetz über die Prüfung von Bauten (*Yapı Denetimi Hakkında Kanun*) aus dem Jahre 2001 zu nennen, welches die Bauprüfung, also die Qualität der Bauten sowie fachlichen Anforderungen an die Prüfer regelt.

Zudem bestehen noch eine Vielzahl von Verordnungen und Satzungen, die teilweise ihrem Regelungsgehalt nach die Funktion der Landesbauordnungen der Länder in der BRD haben. Diese Verordnungen regeln die Einzelheiten eines Bauvorhabens wie beispielsweise Abstandsflächen, Geschosshöhen, Gebäudehöhen, Belichtung und Dachgestaltung etc. Gleichzeitig finden sich in diesen Verordnungen auch Einzelheiten zu den erforderlichen Unterlagen für das Antragsverfahren. Während Großstädte wie beispielsweise Istanbul oder Ankara eigene Verordnungen dieser Art erlassen können, gibt es für kleinere Städte Regelungen, die in etwa den gleichen Regelungsgehalt haben und auf

diese anzuwenden sind, soweit etwaige bestehende örtliche Bebauungspläne keine gegenteilige Regelung enthalten.

Weiter ist zu nennen, dass es auch besondere Bauvorschriften bzw. Gesetze für beispielsweise Bauten an Autobahnen sowie Tankstellen und Raststätten gibt.

II. Einzelheiten zum Baugesetz

Da die übrigen oben genannten Regelungen sehr weit reichend sind, wird nachfolgend lediglich auf die Grundzüge des Baugesetzes, welches insofern als Rahmen des türkischen öffentlichen Baurechts betrachtet werden kann.

1. Allgemeines zum Bebauungsplan

Nach Art. 7 des Baugesetzes sind Siedlungen mit einer Einwohnerzahl von mehr als 10.000 Personen verpflichtet, einen Bebauungsplan (*imar planı*) zu erlassen. Siedlungen mit einer geringeren Einwohnerzahl können über die Erforderlichkeit eines Bebauungsplans selbst entscheiden.

Wie in der BRD auch ist Zweck eines Bebauungsplans auch in der Türkei die Entwicklung und Planung gesunder Wohnverhältnisse und Gewährleistung der Befriedigung sozialer, kultureller wie auch wirtschaftlicher Bedürfnisse der Einwohner.

2. Grundzüge des Genehmigungsverfahrens

Das Genehmigungsverfahren ist im 4. Abschnitt des Baugesetzes geregelt.

Danach sind für alle Vorhaben die dem Anwendungsbereich des Baugesetzes unterfallen Baugenehmigungen (*Yapı ruhsatı*) einzuholen. Ausgenommen hiervon sind Bauten in dörflichen Gebieten, die dem Zwecke der Landwirtschaft dienen. Allerdings müssen auch diese Bauten den Regeln der Technik sowie der gesunden Wohnverhältnisse entsprechen. Gleichzeitig muss auch vom Ortsvorsteher eine Erlaubnis eingeholt werden.

Unter die Genehmigungspflicht fallen auch Veränderungen am Gebäude, so dass auch für diese eine Genehmigung eingeholt werden muss. Hingegen fallen Reparaturen und Renovierungen nicht unter die Genehmigungspflicht.

Antragsberechtigt für eine Baugenehmigung ist der Eigentümer der Immobilie auf dem der Bau errichtet werden soll oder sein gesetzlicher Vertreter. Steht das Grundstück im Gemeinschaftseigentum müssen alle Miteigentümer den Antrag unterzeichnen. Nach

Art. 22 ist der Antrag bei der Stadtverwaltung (*Belediye*) oder der Provinzverwaltung (*Valilik*) zu stellen. Dem Antrag ist ein Grundbuchauszug, die Architektenplanung, die Statikpläne, Strom- und Anlagenpläne und Berechnungen sowie Entwürfe einzureichen.

Sind die Unterlagen alle vollständig eingereicht, und bestehen keine Fehler und ist das Vorhaben genehmigungsfähig, sind die Baugenehmigungsbehörden gehalten, die Baugenehmigung innerhalb von spätestens 30 Tagen zu erteilen. Sollten Unterlagen fehlen oder gibt es Fehler in der Planung, hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller binnen 15 Tagen auf diesen Umstand hinzuweisen. Werden diese Hindernisse behoben und ein entsprechender Antrag gestellt, hat die Behörde ab diesem Zeitpunkt innerhalb von 15 Tagen die Baugenehmigung zu erteilen.

Ist die Genehmigung erteilt, ist sie ab diesem Zeitpunkt 2 Jahre wirksam. Wird in diesem Zeitraum nicht mit dem Bau begonnen oder wird mit dem Bau zeitig begonnen, aber das Vorhaben nicht innerhalb von 5 Jahren beendet, verliert die Genehmigung ihre Wirkung. In diesem Fall muss eine neue Genehmigung eingeholt werden. Im übrigen müssen während der Bauzeit die Genehmigungen und Anlagen hierzu auf der Baustelle aufbewahrt werden.

3. Vollendung des Baus

Ist der Bau vollendet oder ist ein Teil nutzbar, muss eine Nutzungsgenehmigung (*yapı kullanma izni*) beantragt werden. Hier wird durch die Baubehörden festgestellt, dass das Bauwerk der Genehmigung und den Auflagen entspricht und der Nutzung keine Bedenken entgegenstehen.

Auf diesen Antrag hin ist die Nutzungserlaubnis binnen 30 Tagen zu erteilen, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Wird die Genehmigung nicht innerhalb dieser Frist erteilt, gilt das Bauwerk als genehmigt.

Ist das Bauwerk hingegen nicht genehmigungsfähig, wird der Anschluss an Versorgungseinrichtungen, wie Elektrizität, Wasser und Kanalisation verweigert (Art. 31 BauG). Besonders ist darauf hinzuweisen, dass die Nutzung oder Vermietung ohne die Nutzungserlaubnis mit einer Geldstrafe sanktioniert wird. Sollte trotz dessen weiterhin eine Nutzung erfolgen, erhöht sich diese.

4. Bauüberwachung

Weiter verpflichtet das türkische Baugesetz dazu, die Bauaufsicht und Bauüberwachung Fachleuten zu übertragen, die gegenüber der Baubehörde verantwortlich für die Einhaltung der Vorschriften aus der Baugenehmigung sind. Infolge dieser Verpflichtung ist dieses Fachpersonal angehalten, bei Erkennen von Abweichungen von der Baugenehmigung und deren Auflagen diese binnen 3 Tagen an die zuständige Behörde zu melden. Anderenfalls wird es von den gesetzlichen Folgen nicht entlastet. Es handelt sich hierbei um die gleichen Sanktionen wie Geldstrafen, die auch den Bauherren treffen. Allerdings wird dem Verantwortlichen lediglich 1/5 der Geldstrafe auferlegt, die den Bauherrn trifft.

5. Verstoß gegen die Bauvorschriften und Baugenehmigung

Selbstverständlich muss das Bauvorhaben den Bauvorschriften und der Baugenehmigung entsprechen, anderenfalls mit entsprechenden Konsequenzen zu rechnen ist.

Weicht das Bauvorhaben von der Baugenehmigung ab oder wird es ohne eine solche errichtet, und erhält die Baubehörde Kenntnis hiervon, stellt sie den Zustand der Baustelle fest und verhängt einen Baustopp. Dies geschieht, indem die Verfügung an einer gut sichtbaren Stelle angebracht wird.

Ab diesem Zeitpunkt hat der Bauherr bis zu einem Monat Zeit, das Bauvorhaben wieder in Einklang mit der Baugenehmigung zu bringen oder bei einer fehlenden Baugenehmigung eine solche zu beantragen. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Höchstfrist, so dass auch je nach erforderlichem Aufwand eine kürzere gesetzt werden kann. Ergibt sich sodann, dass das Bauvorhaben wieder den Bauvorschriften bzw. der Baugenehmigung entspricht oder wurde eine solche eingeholt, wird das behördliche Siegel und damit der Baustopp aufgehoben, so dass die Bauarbeiten fortgeführt werden können.

Anderenfalls gestattet Art. 32 des Baugesetzes den Abriss des rechtswidrigen Bauvorhabens auf Kosten des Bauherren.

Hinsichtlich des Abrisses ist jedoch hervorzuheben, dass ein Abriss nicht möglich ist, wenn zwar keine Baugenehmigung beantragt wurde, das Bauvorhaben selbst jedoch den Bauvorschriften entspricht. Sollte das Bauvorhaben genehmigungsfähig sein, hat der Bauherr wie oben schon dargelegt die Möglichkeit binnen eines Monats die Baugenehmigung zu beantragen. Insofern sind die Voraussetzungen für eine Abbruchverfügung vergleichbar mit dem Deutschen Baurecht, in dem auch die formelle Illegalität alleine, also die fehlende Baugenehmigung, aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zum Abbruch führen kann, wenn das Bauvorhaben an sich genehmigungsfähig ist.

E. Türkisches Vergaberecht

I. Einführung

Von erheblicher Relevanz im Bausektor ist natürlich auch das Vergaberecht. Auch in diesem Rechtsgebiet ist hervorzuheben, dass das türkische Vergaberecht nicht als exotisches Recht anzusehen ist, es kann eher als genauso kompliziert wie das Vergaberecht anderer Rechtsordnung bezeichnet werden.

Das Vergaberecht ist in den Gesetzen Nr. 4734 v. 4.1.2002 über „öffentliche Ausschreibungen“ (*Kamu İhale Kanunu*) und Nr. 4735 v. 5.1.2002 über „öffentliche Kontrakte“ (*Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*) geregelt. Beide Gesetze sind mit Wirkung zum 1.1.2003 in Kraft getreten und modernisierten das alte Vergaberecht, welches im Gesetze über Ausschreibungen des Staates (*Devlet İhale Kanunu*) geregelt war. Der Gesetzgeber hat sich während der Vorbereitung der Gesetze an den Europäischen Vergaberichtlinien und das GATT/WTO- Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen GPA orientiert.

Durch das Gesetz Nr. 4964 v. 30.7.2003, das am 15.8.2003 in Kraft trat, wurden erhebliche weitere Gesetzesänderungen vorgenommen.

II. Grundlagen des Vergaberechts

1. Geltungsbereich des Gesetzes

Die Vorschriften des Vergabegesetzes regeln das Vergabeverfahren für das öffentlichen Beschaffungswesen, also der Behörden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts, Unternehmen mit öffentlicher Mehrheitsbeteiligung und Organisationen, die aus Mitteln der öffentlichen Hand finanziert werden.

Gemäß Art. 2 Abs. 2 Vergabegesetz sind die Beschaffungen in den Sektoren Energie, Wasser, Transport und Telekommunikation sowie Beschaffungen im Zusammenhang mit der Landesverteidigung, der inneren Sicherheit und mit nachrichtendienstlichen Tätigkeiten aus dem Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Ausgenommen sind ferner

bestimmte Projekte, die im Rahmen internationaler Verträge im Ausland finanziert werden (Art. 3 Vergabegesetz).

In Art. 5 Vergabegesetz sind die folgenden allgemeine Grundsätze des türkischen Vergaberechts niedergelegt:

- Wettbewerbsgrundsatz
- Gleichbehandlungsgrundsatz
- Transparenzgebot
- Zuverlässigkeit
- Vertraulichkeit
- Kontrolle durch die Öffentlichkeit
- Effiziente Verwendung der Quellen

Bei Vorhaben, für die in den einschlägigen Vorschriften Erstellung eines Umweltverträglichkeitsberichts (*Çevre Etki Değerlendirme Raporu*) vorgeschrieben ist, muss zudem vor der Bekanntgabe einer Ausschreibung ein die Unbedenklichkeit bestätigender Umweltbericht eingeholt werden. Bei eiligen Bauaufträgen, die wegen einer Naturkatastrophe umgehend ausgeschrieben werden müssen, ist kein Umweltbericht notwendig.

2. Schwellenwerte

Der Schwellenwert bei Beschaffungen der Behörden wurde am 1.2.2007 auf 529.411,00 YTL und bei sonstigen staatlichen Organisationen auf 882.352,00 YTL festgesetzt. Bei Bauaufträgen der Verwaltung beträgt der Schwellenwert 19.411.781,00 YTL. Diese Werte werden unter Berücksichtigung der Inflation zum 1. Februar jedes Jahres neu festgesetzt (Art. 67 VG).

Gemäß Art. 63 VG ist es möglich, für die inländischen Bauunternehmen bis zu 15 % Preisvorteile anzubieten. Allerdings können inländischen Bieter, die sich in einer Bietergemeinschaft mit ausländischen Bietern befinden, nicht von diesen Vorteilen profitieren.

Grundsätzlich sollen Ausschreibungen über Warenkäufe, Dienstleistungen und Bauaufträge voneinander getrennt erfolgen. Eine Aufteilung des Auftrags zum Zwecke der Umgehung der gesetzlichen Schwellenwerte ist gemäß Art. 5 VG nicht zulässig.

3. Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen (*Kamu İhale Kurumu*)

Durch Art. 53 Vergabegesetz ist die Anstalt für öffentliche Vergaben (*Kamu İhale Kurumu*) eingerichtet worden. Bei der Anstalt ist zudem der Vergaberat (*Kamu İhale Kurulu*) angesiedelt, der aus Vertretern verschiedenster Organisationen – u.a. Gerichten, Arbeitgeberverbänden, Ministerien, Handelskammern etc. – besteht, wird unter anderem bei der Behandlung von Beschwerden und der Lösung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien tätig. Die Entscheidungen des Verwaltungsrates werden die Parteien innerhalb von fünf Tagen nach der Beschlussfassung mitgeteilt und im Staatsanzeiger veröffentlicht.

Die vorgenannten Entscheidungen sind einer Prüfung durch die staatlichen Gerichte zugänglich, wobei Art. 57 Vergabegesetz eine vorrangige Behandlung solcher Verfahren statuiert.

III. Arten der Vergabe

1. Allgemeines

Nach Art. 18 Vergabegesetz sind drei Ausschreibungsvarianten zulässig. Es handelt sich hierbei um die offene Ausschreibungen, die Angebotseinholung von einer Gruppe ausgewählter Bieter und die Verhandlungsmethode.

2. Offene Ausschreibung (*Açık İhale Usulü*)

Bei der offenen Ausschreibung haben alle Interessenten die Möglichkeit und das Recht, Angebote zu unterbreiten.

3. Verfahren über die Angebotseinholung von einer Gruppe ausgewählter Bieter (*Belli İstekliler Arasında İhale Usulü*)

Diese Vergabeart ähnelt dem im hiesigen Rechtsraum bekannten Nichtoffenen Verfahren. An diesem Verfahren können sich nur solche Bieter beteiligen, die sich in einem vorausgegangenen Vorauswahlverfahren erfolgreich behauptet haben.

4. Verhandlungsverfahren (*Pazarlık Usulü*)

Der Auftraggeber wendet sich an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Der Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens ist eng gefasst, da dieses Verfahren nur zulässig ist, wenn eine der in Art. 21 VG genannten Voraussetzungen hierfür vorliegt.

- Wenn in Ausschreibungen nach den anderen Verfahrensarten keine Angebote abgegeben wurden.
- In dringenden Fällen wie Naturkatastrophen, Seuchen, Gefahr für Leib und Leben und ähnlichen unvorhersehbaren Ereignissen.
- Bei Entstehung besonderer Umstände im Zusammenhang mit Verteidigung und Sicherheit, die eine eilige Vergabe erfordern.
- Der Gegenstand der Vergabe eine Forschungs- und Entwicklungsdauer benötigt und nicht in Serie produziert werden soll.
- Bei Beschaffungen der öffentlichen Hand von Endprodukten, Material und Dienstleistungen, deren Wert € 96.268,00 nicht übersteigt.

IV. Vergabeverfahren für Bauaufträge

1. Allgemein

In Art. 4 des Vergabegesetzes wird der Begriff der Bauleistungen durch Aufzählung verschiedener Werke beschrieben. Neben Gebäuden, Straßen, Schienen und der Errichtung anderer Bauwerke wie Werften und Kraftwerke fallen auch mit diesen Leistungen in Zusammenhang stehende Arbeiten wie Transporte, Produktion etc. unter diesen Begriff. Ebenso Abbrucharbeiten, Restaurierungen oder Bohrungen.

Spezielle Regelungen zum Vergabeverfahren in Bausachen findet sich in der Ausführungsverordnung über die Vergabe von Bauleistungen (*Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği*).

2. Vom Bieter vorzulegende Urkunden

Zum Nachweis der Leistungsfähigkeit sind seitens des Bieters eine Vielzahl von Urkunden vorzulegen, die dessen finanzielle und fachliche Befähigung zur Ausführung des Auftrags sicherstellen soll. Welche Dokumente zwingend durch den öffentlichen Auftraggeber zu Verlangen sind, richtet sich u.a. danach, ob sich der Auftragswert unter- oder oberhalb des Schwellenwerts befindet.

Nach Art. 34 der obengenannten Verordnung handelt es sich unter anderem um folgende Dokumente:

- Bankbestätigte Dokumente, die die finanzielle Situation des Anbieters wieder spiegeln.
- Die Bilanz des Anbieters oder gleichwertige Unterlagen
- Unterlagen, die den Gesamtumsatz und den Arbeitsanfall des Bieters aufzeigen
- Nachweise über die Fortführung der beruflichen Tätigkeit sowie die Berechtigung zur Angebotsabgabe
- Nachweise über Erfahrung auf dem Gebiet des Auftrags oder ähnlichen Gebieten.

3. Bekanntmachung

Ausschreibungen unterliegen der Pflicht zur Bekanntmachung, wobei die Art je nach Auftragswert und Vergabeverfahren differiert. Während bei es bei kleineren Auftragswer-

ten ausreichend ist, die Ausschreibung in zwei am Ort der Leistungserbringung erscheinenden Zeitungen sieben Tage vor dem Eröffnungstermin zu veröffentlichen, gelten bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte andere Angebotsfristen:

- Bei der offenen Ausschreibung vierzig Tage.
- Bei dem nichtoffenen Verfahren ist das Vorauswahlverfahren (*ön yeterlilik ilanı*), 14 Tage vor dem Anmeldeschluss bekannt zu machen.
- bei dem Verhandlungsverfahren 25 Tage vor der Ausschreibung.

Die Ausschreibungen sind im Bulletin für öffentliche Vergaben (*Kamu İhale Bülteni*) mindestens einmal zu veröffentlichen. Dieses Bulletin wird auch in elektronischer Form Unterhalten und ist online zugänglich.

4. Sicherheiten

Mit dem Angebot ist auch eine vorläufige Bietersicherheit abzugeben. Als Bietersicherheit sind mindestens 3 % des angebotenen Preises hinterlegen, die genaue Höhe der Sicherheit wird in der Bekanntmachung veröffentlicht. Als Sicherheit sind neben der türkischen Lira Bankgarantien von Geschäftsbanken oder privaten Finanzinstituten sowie Staatsanleihen. Die Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen kann die Form der beizubringenden Garantien vorschreiben. Während die Sicherheiten der unterlegenen Bieter wieder zurückgegeben werden, werden die Sicherheiten der beiden wirtschaftlich günstigsten Bieter vorerst einbehalten. Kommt mit dem günstigsten Bieter kein Vertrag zustande, wird der Vertrag mit dem zweitgünstigsten geschlossen, der unmittelbar im Anschluss daran die seinerseits hinterlegte Sicherheit wieder erhält.

Von der vorgenannten Sicherheit ist die Erfüllungssicherheit zu unterscheiden, die 6 % des Auftragswertes betragen muss (Art. 43 VG).

5. Zuschlag

Den Zuschlag erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot (*ekonomik açıdan en avantajlı teklif*). Falls das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht nach dem niedrigsten

Gebot bestimmt werden kann, sollen die Betriebskosten, Rentabilität, Qualität und der technische Wert berücksichtigt werden, um das vorteilhafteste Angebot zu bestimmen, insofern hat der Auftraggeber einen erheblichen Ermessensspielraum.

6. Vertragsschluss

Der Bieter, der den Zuschlag erhält, erhält durch eine Zustellung die Aufforderung zum Vertragsabschluß (*Sözleşmeye Davet*) durch Unterzeichnung des Vertrags binnen zehn Tagen ab Zustellung. Binnen gleicher Frist ist auch die Sicherheit zu hinterlegen.

Gemäß Art. 44 VergabeG ist der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Vertragsschluss verpflichtet. Nach Vertragsschluss erhält auch dieser seine vorläufige Sicherheit zurück. Wird die Unterzeichnung jedoch verweigert, wird die Sicherheit einbehalten und der zweitgünstigste Bieter zum Vertragsschluss aufgefordert. Unterzeichnet auch dieser nicht, wird seine vorläufige Sicherheit ebenfalls einbehalten und die Ausschreibung aufgehoben.



... oder wollen Sie mit Ihrem Unternehmen sicherere Wege in die Zukunft gehen ?

... Avrupa'ya açılırken daha güvenli bir yol tercih etmez miydiniz ?

DIEM & PARTNER

Rechtsanwälte GbR

- Individuell
- Innovativ
- International

Diem & Partner steht für die persönliche und engagierte Beratung Ihres Unternehmens in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

Diem & Partner verfügt über mehr als 20 Jahre Türkei-Erfahrung!

Diem & Partner hukuk bürosu onbeş avukatıyla ve Advoselect EWIV hukuk büroları grubuyla sizi, Avrupa yolunda beklemektedir.

Diem & Partner yirmi senedir her hukuk sorununda sizin dilinizi konuşur.

Stuttgart

Hölderlinplatz 5 • D-70193 Stuttgart
Tel. +49 (0) 711/228 54 50 • Fax: + 49 (0) 711 226 55 70 eMail:
info@diempartner.com

Istanbul

Koşuyolu Cad. Cenap Şahabettin Sok. No:2 • TR-34718 Kadıköy/Istanbul
Tel. +90 (0) 216 546 00 02 • Fax +90 (0) 216 545 25 98
eMail: info@diempartner.com

www.diempartner.com