

300 Tage Baurechtsnovelle Auswirkungen und Folgen

Dr. Andreas Koenen
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht

Lehrbeauftragter an der Philipps-Universität Marburg
Vertrauensanwalt des Bundes Deutscher Architekten (BDA)

BDA Vest Recklinghausen

Dorsten, 05.11.2018



Am 1. Januar 2018 ist das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts (BauVG) und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung in Kraft getreten. Mit ihm hat der Gesetzgeber ein von vielen Baujuristen seit Langem erwartetes eigenständiges Bauvertragsrecht – ergänzt durch den Verbraucherbauvertrag sowie durch werkvertragsähnliche Verträge wie dem Architekten- und Ingenieurvertrag und einen „Bauträgervertrag“ – geschaffen. Zugleich geht mit ihm ein gesetzgeberischer **Paradigmenwechsel** in Richtung „Kooperation statt Konfrontation“ (s.u.) einher, der sich den Regelungen selbst, vor allem aber der Gesetzesbegründung entnehmen lässt. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit dem neu geschaffenen Regulationssystem der §§ 650b, 650c und 650d BGB, dem Herzstück der Reform.

Das Gesetz ist ein **Meilenstein** in der Entwicklung eines eigenständigen Bauvertragsrechts. Die grundlegende Umgestaltung des Werkvertragsrechts durch das BauVG, das über 100 Jahre lang weitestgehend unverändert geblieben war, hat nunmehr eine intensive baurechtliche Fachdiskussion in Gang gesetzt, dessen Ende noch nicht absehbar ist. Ob die neuen Regelungen den vom Gesetzgeber angestrebten **Zweck** erreichen werden, darüber gehen die Meinungen bereits jetzt weit auseinander. In zweierlei Hinsicht wird das BauVG allerdings – unabhängig von den bereits jetzt absehbaren Meinungsstreitigkeiten über die Auslegung der materiell-rechtlichen Vorschriften – in die Baurechtswirklichkeit tiefgreifende Einschnitte bewirken:

Zum einen wird sich der Einfluss der VOB/B unweigerlich verringern. Denn das BauVG hat einige neue gesetzliche Leitbilder geschaffen, an dem sich jede Vertragsordnung (wie die VOB/B) zu orientieren hat, wenn sie einer isolierten Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB standhalten will (vgl. hierzu unten).

Darüber hinaus werden einige baurechtliche Rechtsstreitigkeiten durch die eigens hierfür geschaffenen Baukammern und Bausenate deutlich **schneller** als bislang **entschieden** werden müssen. Denn die vom Gesetzgeber

mit der Regelung des § 650d BGB eröffnete Möglichkeit einer einstweiligen (Bau-)Verfügung sollte – jedenfalls nach der Zielvorstellung des Gesetzgebers – zu einer längst fälligen Beschleunigung der Bauprozesse führen. Zwar hat sich die Justiz auf dieses neue Instrument bzw. Verfahren eingestellt (z.B. hat das OLG Köln hierfür eine Spezialzuständigkeit mit einem im Bausachen sehr erfahrenen Vorsitzenden geschaffen), von dieser Möglichkeit Gebrauch hat allerdings dem Vernehmen nach noch niemand. Bislang gibt es jedoch noch keine **Judikatur** zum neuen Recht.

*Das BauVG hat nicht nur neue Regelungen bekommen, sondern auch eine neue **Struktur**. So gibt es nun spezielle Normen, die nur für den Bauvertrag gelten, die ergänzt werden durch die Allgemeinen Regelungen des Werkvertragsrechts (§§ 631 bis 650). Diese Allgemeinen Regelungen gelten nicht nur für den Bauver-*

Die Entstehung des BauVG:

Ausgangspunkt der Überlegungen zu einem eigenständigen Bauvertragsrecht vor ca. 10 Jahren war die Erkenntnis, dass ein „Bauvertrag“ – ebenso wie ein „Architektenvertrag“ – im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) nicht geregelt war. Der Gesetzgeber des BGB hatte das Baugeschehen gar nicht im Blick und das Werkvertragsrecht war hierfür auch gar nicht konzipiert. Deshalb hatte sich kurze Zeit nach dessen Inkrafttreten die Erkenntnis herauskristallisiert, dass das BGB bzw. das geltende Werkvertragsrecht den Besonderheiten beim Bauen, insbesondere der Komplexität eines auf einen längeren Herstellungszeitraum des „Werkes“ angelegten Bauvertrages, nicht gerecht wird. Dies führte in den 1920er Jahren zur Entstehung der seinerzeit so bezeichneten „Verdingungsordnung für Bauleistungen“, der VOB Teil B. Insofern war die VOB/B die Antwort der Baubeteiligten auf das gesetzgeberische Defizit des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Wesentliche Fragen waren also über einen Zeitraum von 117 Jahren nicht geregelt, sondern vielmehr der Disposition der Parteien überlassen, die mit „ihrer“ VOB/B eine eigene Bauvertragsordnung geschaffen hatten, deren Bedeutung allerdings über das AGB-Recht immer mehr eingeschränkt wurde. Anders als in anderen Rechtsgebieten (z.B. im Mietrecht) war es also weitestgehend den Baubeteiligten überlassen, die rechtlichen Rahmenbedingungen beim Bauen festzulegen. Mangels gesetzgeberischer Leitbilder für einen Bauvertrag war das Bauvertragsrecht also bislang weitestgehend Richterrecht, das maßgeblich von der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs geprägt war.

Unabhängig davon war in den letzten Jahren – insbesondere bei komplexen bauvertraglichen Rechtsstreitigkeiten – mangels personeller Ausstattung und fachlicher Qualifikation bzw. Fortbildung der Richterschaft effektiver Rechtsschutz nicht (mehr) zu erwarten.

Vor diesem Hintergrund verstärkte sich in den letzten 20 Jahren die Flucht in eine – hier so bezeichnete – Paralleljustiz in Form von Schiedsgerichten und Adjudikations-, Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren, an der allen voran die führenden Richter in Bausachen beteiligt waren und sind. Die Besonderheit dieser „Paralleljustiz“ besteht darin,

Kapitel 9 – Werkvertrag und ähnliche Verträge

- Untertitel 1 – **Werkvertrag**, §§ 631 – 650o
 - Kap. 1 – Allgemeine Vorschriften, §§ 631 - 650
 - Kap. 2 – Bauvertrag, §§ 650a – 650h
 - Kap. 3 – Verbraucherbaupvertrag, §§ 650i – 650n
 - Kap. 4 – Unabdingbarkeit, §§ 650o
- Untertitel 2 – **Architekten- und Ingenieurvertrag**, §§ 650p – 650t
- Untertitel 3 – Baupträgervertrag, §§ 650u – 650v

trag, sondern auch für den Verbraucherbaupvertrag und jedenfalls teilweise - durch entsprechende Verweise - auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag, während das „neue“ Baupträgerrecht lediglich rudimentär ausgestaltet ist.

Allgemeines Werkvertragsrecht

Das allgemeine Werkvertragsrecht hat drei wesentliche Änderungen erfahren, die zwar alle Werkverträge betreffen, aber insbesondere für Bauleistungen (Bauverträge und Architekten-Ingenieurverträge) von besonderer Bedeutung sind:

1. Das bislang in § 632a Abs. 1 BGB (a.F.) normierte Recht auf **Abschlagszahlungen** wird dahingehend geändert, dass der Besteller nunmehr grundsätzlich verpflichtet ist, Abschlagszahlungen zu leisten, auch wenn wesentliche Mängel vorliegen. Er darf in diesem Fall nur noch einen angemessenen Betrag bei Mängeln zurückhalten. Nach der bisherigen Regelung des § 632a BGB a.F. konnte ein Bauunternehmer hingegen – ohne Einbeziehung der VOB/B – faktisch keine Abschlagszahlung verlangen, wenn die darin abgerechnete Leistung einen wesentlichen Mangel aufwies. Dabei kam es bislang nicht auf das Verhältnis der Mangelbeseitigungskosten zu dem Wert der bis dahin erbrachten Gesamtleistung (nach Vertragspreisen) an – ebenso wenig darauf, dass der wesentliche Mangel diejenige Leistung betraf, die mit der Abschlagsrechnung berechnet worden ist. Die bisherige Regelung stellte dabei auf den Wertzuwachs ab, sodass unerheblich war, auf welche Leistung sich der wesentliche Mangel bezog. Nunmehr kann der Besteller wegen eines Mangels, und zwar unabhängig von deren Wesentlichkeit – nur noch einen angemessenen Betrag von der Abschlagsrechnung einbehalten. Da diese Regelung hier als gesetzliches Leitbild ausgestaltet sein dürfte, dürften Abweichungen hiervon, soweit eine AGB-Inhaltskontrolle stattfindet, kaum durchzusetzen sein.

Dabei dürfte allerdings im Hinblick auf die Ange-

passung, dass diese das Recht nicht fortentwickelt und an die aktuelle Entwicklung anpasst, was aber zentrale Aufgabe staatlicher Justiz ist.

Mit zunehmender Flucht in diese Paralleljustiz seitens der Bau-beteiligten entstand eine Rechtsunsicherheit, die zum einen in nicht unerheblichem Umfang auf die fehlenden gesetzlichen Leitbilder, zum anderen auf die nicht mehr vermittelbare Dauer von Bauprozessen zurückzuführen war. Einschlägige Untersuchungen haben der staatlichen Justiz in Bausachen insbesondere im Hinblick auf die Verfahrensdauer ein Amtszeugnis ausgestellt.

Wenngleich sich die Notwendigkeit eines eigenständigen Bauvertragsrechts (mit gesetzlichen Leitbildern, an denen sich die Vertragsparteien orientieren können), wie auch die Notwendigkeit effektiven Rechtsschutzes, wozu immer auch eine angemessene (kurze) Verfahrensdauer gehört (die sich nun durch die Erleichterung einstweiliger Verfügungen in Bausachen in vielen Fällen einstellen wird), geradezu aufdrängte, sah der Gesetzgeber bis vor einigen Jahren keinerlei Anpassungs- bzw. Optimierungsbedarf. Selbst der Deutsche Juristentag im Jahre 1984 hielt eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts für nicht erforderlich, und im Jahre 2002 nahm der Gesetzgeber lediglich sprachliche Anpassungen vor. Auch mit dem Forderungssicherungsgesetz im Jahre 2009 wurden lediglich Fehler der früheren Gesetzgebung korrigiert und keine Kodifikation des Bauvertragsrechts geschaffen.

Allerdings waren zu diesem Zeitpunkt (2009) die ersten Steine bereits ins Rollen gebracht worden, die zehn Jahre später insofern zum Erfolg geführt haben, dass es nun ein eigenständiges Bauvertragsrecht gibt. Im Jahre 2006 tagte der erste Deutsche Baugerichtstag, der sich zum Ziel gesetzt hatte, die baurechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern, und zwar durch die Schaffung eines eigenständigen Bauvertragsgesetzes. In vielen Arbeitskreisen der seitdem insgesamt sechs Deutschen Baugerichtstage sind zahlreiche Ideen und Konzeptionen vorgestellt und veröffentlicht worden, die zumindest teilweise in das Gesetzgebungsvorhaben eingeflossen sind.

Den eigentlichen Beginn des Gesetzgebungsverfahrens wird man wohl auf das Jahr 2010 datieren müssen, dem Jahr, in dem das Justizministerium einen Arbeitskreis Bauvertragsrecht gründete, in dem sich Interessenvertreter und Fachleute versammelten. Es gab insgesamt mehr als 40 Sitzungen, in denen grundlegende Fragen und Probleme der Bauvertragsabwicklung diskutiert und Lösungsvorschläge erarbeitet wurden. Am 18.06.2013 legte dieser Arbeitskreis seinen Abschlussbericht vor.

Es folgte der Referentenentwurf des Justizministeriums im September 2015, der auf dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe aufbaute. Darin waren bereits viele Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages umgesetzt. Einige Bereiche blieben allerdings vollständig unberücksichtigt. Mit diesem Referentenentwurf im September 2015 begann dann die Arbeit der Lobbyisten, die nach und nach die Fachleute zur Seite drängten und mit deren Einfluss wir heute „leben“ müssen.

Anschließend wurde der Regierungsentwurf von März 2016 veröffentlicht, über den die zuvor beteiligten Fachleute erklärten, dass der jahrelangen intensiven Vorarbeit „kurzer Hand der substantielle Boden entzogen worden war“. Immerhin erfolgte anschließend noch eine Anhörung der Sachverständigen im Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz, bei der, so Prof. Leupertz später, „die Dinge wieder ein Stück weit ins Lot gerückt und das Schlimmste verhindert“ werden konnte.

messenheit der Mangelbeseitigungskosten auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen sein. Wäre ein Mangel z.B. zu diesem Zeitpunkt noch mit erheblichen Kosten verbunden, würde dies zu einem hohen (angemessenen) Mangelbeseitigungsaufwand führen. Insofern ist in diesem Zusammenhang auf die (objektivierbare) Sicht des Bestellers abzustellen und nicht auf die des Unternehmers.

2. Nach wie vor ist die **Abnahme** Voraussetzung der Fälligkeit des Werklohns, § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ebenso unverändert bleiben im neuen Gesetz die Wirkungen der Abnahme. Die Neuregelung des § 640 Abs. 2 BGB enthält nun allerdings eine Abnahmefiktion. Erklärt der Besteller die Abnahme nicht – weder ausdrücklich noch konkludent – wird er so behandelt, als habe er die Abnahme erklärt, wenn die in § 640 Abs. 2 BGB im Einzelnen geregelten Voraussetzungen vorliegen.

3. In dem neuen § 648a BGB gibt es schließlich erstmals ein ausdrücklich normiertes Recht, das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Werkvertrages.¹⁰

4. Unabhängig davon gibt es einige **redaktionelle Änderungen**, die hier nur erwähnt werden sollen: Die bisherige Regelung des § 632a Abs. 2 BGB a.F. wird nunmehr in § 650v BGB geregelt, d.h. im Zusammenhang mit den Regelungen zum Bauträgervertrag. Die Regelung des § 632a Abs. 3 BGB a.F. ist nun beim Verbraucherbauvertrag (Kap. 3) geregelt (§ 650m Abs. 2 BGB). Die Regelungen zur Sicherungshypothek des Bauunternehmers werden zukünftig bei den speziellen Bestimmungen zum Bauvertrag (Kap. 2) einsortiert, dort § 650e BGB. Ebenfalls zum Bauvertragsrecht gewandert ist die – bislang in § 648a BGB a.F. geregelte – Zahlungssicherheit des (Bau-) Unternehmers, § 650 f BGB. Die bisherige Regelung des § 649 BGB a.F. wird nunmehr zu § 648 BGB.

Diese redaktionellen Anpassungen bedeuten jeweils keine materiell-rechtlichen Änderungen. Lediglich bei der Zahlungssicherheit (bislang § 648 a BGB a.F.) gibt es Änderungen, die allerdings nicht das allgemeine Werkvertragsrecht betreffen, sondern das Bauvertragsrecht (s.u.).

Bauvertragsrecht

Zu den wichtigsten Neuregelungen im Bauvertragsrecht gehört das neu geschaffene Änderungsrecht des Bestellers nebst Folgen für die Vergütung, verbunden mit deutlichen Erleichterungen bei der Durchsetzung von diesbezüglichen Rechten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 650b bis 650d). Daneben gibt es Regelungen zur Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme (§ 650g) sowie ein Schriftformerfordernis für eine Kündigung des Bauvertrages (§ 650h).

Nach der Neuregelung handelt es sich allerdings nur dann um einen Bauvertrag im Sinne des § 650a BGB, wenn es um die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teils davon handelt. Gegenstand eines Bauvertrages kann nach § 650a Abs. 2 BGB auch eine Instandhaltung sein, soweit diese für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist. Ein Vertrag über die Instandhaltung ist also nur dann ein Bauvertrag, wenn eine der in Abs. 2 genannten (zusätzlichen) Voraussetzungen vorliegen. Was ein Bauwerk oder eine Außenanlage ist, definiert das Gesetz nicht. Vielmehr soll nach der Gesetzesbegründung auf die Rechtsprechung zu § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. zurückgegriffen werden.

Werkverträge mit Verbrauchern

Handelt es sich bei dem Besteller um einen „Verbraucher“ im Sinne des § 13 BGB, ist zwar von einem „Verbrauchervertrag“ auszugehen, aber nicht zwingend von einem „Verbraucherbauvertrag“, der in §§ 650i bis 650n (Kap. 3) geregelt ist. Wird also ein Bauvertrag mit einem Verbraucher geschlossen, der nicht als „Verbraucherbauvertrag“ im Sinne des § 650i zu verstehen ist, handelt es sich insoweit um einen „normalen“ Bauvertrag.

Zukünftig wird es also drei verschiedene Vertragstypen geben, die mit *Verbrauchern* geschlossen werden können:

Werkvertrag über „unwesentliche“ Bauleistungen gemäß §§ 631ff. BGB,

Bauvertrag über „wesentliche“ Bauleistungen gemäß §§ 650a ff. BGB,

Verbraucherbauvertrag über „erhebliche“ Bauleistungen gemäß §§ 650a ff. BGB.

Neuer Vertragstyp „Architekten- und Ingenieurvertrag“

Mit der Gesetzesnovelle wird erstmals auch ein Architekten- und Ingenieurrecht eingeführt sowie ein eigenständiger Vertragstypus, der Architekten- und Ingenieurvertrag (im Folgenden nur „Architektenvertrag“).

Dass der Architektenvertrag überhaupt zum Werkvertragsrecht gezählt wird, ist keine Selbstverständlichkeit. Dies beruht bekanntlich auf einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus den 1950er Jahren.¹

Diese Einordnung hat der Gesetzgeber beibehalten und damit endgültig allen Versuchen der vergangenen Jahrzehnte, den Architektenvertrag dem Dienstvertragsrecht zuzuordnen, eine Absage erteilt. Allerdings wird nunmehr der Tatsache Rechnung getragen, dass der Architektenvertrag gegenüber einem sonstigen Werk-

¹ BGH, Beschl. vom 01.02.1965 – GSZ 1/64, NJW 1965, 1175; vgl. hierzu auch unten („Gesamtschuld“).

vertrag wie auch gegenüber einem Bauvertrag einige Besonderheiten aufweist, für die sich spezielle Regelungen anbieten. Der prozessorientierte Charakter des Architektenvertrages, die Tatsache, dass das geschuldete Werk in der Regel bei Auftragserteilung noch gar nicht feststeht, d.h. auch die konkrete Gestaltung des zu errichtenden Bauwerks, war für viele nicht verständlich. Dass dem Architektenvertrag ein Leistungsbestimmungsrecht immanent ist, ist auch in der Instanzrechtsprechung bisweilen unberücksichtigt geblieben (vgl. auch unten).

Der genaue vertragliche Leistungserfolg kann in vielen Fällen, insbesondere dann, wenn auch die ersten Leistungsphasen beauftragt werden, bei Vertragsschluss noch gar nicht feststehen. Das neue Architektenvertragsrecht enthält hierzu eine neue Sicht der Dinge.

Neben den Regelungen zum geschuldeten Planungserfolg gibt es nun auch eine Synchronisierung der Abnahme von Bauunternehmerleistungen und Architektenleistungen. Zudem sind nunmehr der Inanspruchnahme des

Architekten Grenzen gesetzt, wenn dieser für Mängel am Bauwerk haften soll, ohne dass dem Bauunternehmer zuvor eine Frist gesetzt worden ist. Nach der bisherigen Rechtslage ist es bekanntlich so, dass der Architekt auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Bauunternehmer überhaupt keine Gelegenheit zur Nachbesserung erhält. Dies ist nun geändert worden.

Um den besonderen Charakter des Architektenrechts deutlich zu machen, sind die neuen Vorschriften in einem eigenen Untertitel zusammengefasst. Erstmals gesetzlich geregelt werden die vertragstypischen Pflichten wie bei einem Architektenvertrag. Hier wird ein auf die Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs funktional ausgerichteter Leistungsbegriff normiert (vgl. hierzu unten). Zudem wird eine eigenständige Regelung für die Fälle geschaffen, bei denen die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele noch nicht in der für eine konkrete Festlegung des geschuldeten Leistungserfolgs erforderlichen Art und Weise feststehen.

I. § 650p bis § 650s BGB: ein neues Verständnis vom **Architekten(vertrag)**

- Vertragstypische Pflichten des Architekten
- Hintergrund: Funktionaler Leistungs- und Mangelbegriff
- Der ergebnisoffene Architektenvertrag / Zielfindungsphase / Sonderkündigungsrecht
- Wesentliche Honoraranpassungen

II. § 650b BGB: **Änderungs-Anordnungen** aus Sicht des Architekten – bleibt alles beim Alten?

- Möglichkeiten und Grenzen von Anordnungen
- BGB <-> VOB/B

III. § 650t BGB: Auswirkungen der gesamtschuldnerische **Haftung** des Architekten

- BGH, Urteil vom 22.02.2018 (VII ZR 46717)

IV. Sonstige Änderungen beim **Bauvertrag**

- Fiktive Abnahme / Kündigung / Gemeinsame Zustandsfeststellung, § 650g BGB
- Abschlagszahlungen, § 632a BGB/ Prüfbarkeit einer Schlussrechnung

V. **Ausblick**

- Das Schicksal der VOB/B?
- Anforderungen an die Vertragsgestaltung

Gliederung des Vortrages

I. Ein neues Verständnis vom Architekten(vertrag)?



Der Architektenvertrag ist ein nach der Konzeption des BauVG ein „werkvertragsähnlicher“ Vertrag. Geschuldet ist danach ein Erfolg im Sinne eines „Bewirken“, zumindest aber eines „Hinwirkens“. Beim Architektenvertrag (wie auch beim Ingenieurvertrag) ist der dem Werkvertrag immanente „Erfolg“ jedoch nicht auf das mangelfreie Entstehen bzw. Entstehen eines Bauwerks beschränkt. So müssen daneben z.B. auch Kostenobergrenzen eingehalten werden wie – je nach vertraglicher Vereinbarung – die Fertigstellung des Bauwerks zu einem bestimmten Termin. Der vom Architekten nach altem und nach neuem Recht geschuldete „Erfolg“ ist somit **mehrschichtig**.

Ist der insgesamt geschuldete Erfolg in sich widersprüchlich oder aufgrund eines Konflikts der im Einzelnen zu erfüllenden Anforderungen im Ergebnis nicht realisierbar, stellt sich die Frage, was Gegenstand der Leistung ist und welcher „Erfolg“ letztlich geschuldet ist. Ist z.B. die vom Architekten zu planende Fläche eines Bauwerks zu der – ebenfalls vereinbarten – Kostenobergrenze tatsächlich nicht zu realisieren, ist die Erfüllung des vom Architekten geschuldeten „Werkes“ unmöglich. In diesem Fall muss umgeplant werden und der Bauherr wird sich – auf eine entsprechende Nachfrage bzw. einen Hinweis des Architekten – für eine Alternative entscheiden müssen.

Das BauVG führt insoweit zu keiner Änderung. Das mangelfreie Entstehen(lassen) des Bauwerks gehört zu den vom Architekten zu beachtenden (mehrschichtigen) **Planungs- und Überwachungszielen**. Eine Einschränkung bzw. Relativierung der Erfolgshaftung ist mit dem BauVG weder beabsichtigt gewesen, noch ist eine solche dem Gesetzeswortlaut und/oder der Systematik zu entnehmen. Ganz im Gegenteil: die höchstrichterliche Rechtsprechung zum funktionalen Mangelbegriff ist im BauVG in die Definition der geschuldeten Leistung iSd § 650p BGB eingeflossen (s.u.).

Auch wenn der Architektenvertrag – wie jeder Bau- bzw. Werkvertrag – ein „Funktionalvertrag“ ist, wird auch insoweit regelmäßig auf **Leistungsphasen und/**

oder **Grundleistungen** (der HOAI) Bezug genommen. Damit – und nur damit – werden diese (Teil-)Leistungen als solche vereinbart. Liegt eine solche Grundleistung bzw. Teilleistung nicht erbracht, liegt ein Mangel (des Architektenwerks) vor, weil nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung jede vertraglich vereinbarte „Grundleistung“ als **Teilerfolg geschuldet** wird (BGH, Urteil vom 24.6.2004 – VII ZR 259/02).

Die Nichterbringung einer vertraglich vereinbarten Grundleistung hat einen **Honorarabzug** (wegen der Mangelhaftigkeit) zur Folge. Wird eine Grundleistung demgegenüber von vornherein nicht übertragen, ergibt sich eine Kürzung (in gleicher Höhe) aus **§ 8 Abs. 2 HOAI**. Die Auffassung, dass man zwischen Teilerfolgen, die für die Beschaffenheit des Architektenwerks relevant sind, und denen, die keine Bedeutung für den (Gesamt-)Erfolg haben, hat sich (noch) nicht durchgesetzt, und an dem Ergebnis hat sich durch das BauVG auch nichts geändert.

Auch nach **§ 650p BGB** gilt:

– **Nicht erbrachte Leistungen** führen zu einer Honorarkürzung, entweder über die Mangelhaftung (nicht erbrachte Teilleistungen) oder wegen **§ 8 Abs. 2 HOAI**.

– Der Architekt schuldet nach **§ 650p Abs. 1 BGB** – in Fortsetzung der BGH-Rechtsprechung zu den Teilerfolgen (s.o.) – diejenigen **Leistungen**, die **erforderlich** sind, um die **Planungs- und Überwachungsziele** zu erreichen.

– Eine **Einschränkung** im Hinblick auf die in der **HOAI** geregelten Grund- und Besonderen Leistungen der einzelnen Leistungsbilder nimmt der Gesetzgeber **nicht** vor. Den Gesetzesmaterialien ist eindeutig zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber bewusst war, dass es sich bei der HOAI (nur) um eine Gebührenordnung handelt. Insofern trennt der Gesetzgeber zutreffend und konsequent zwischen vertraglicher Verpflichtung (geschuldeter Leistung bzw. geschuldetem Erfolg) und dem Gebührenrecht.


– Vereinbaren die Parteien die erforderlichen Leis-

Nach der bis zum **24.06.2004** ergangenen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG) waren **Honorarabzüge** nur dann gerechtfertigt, wenn der Planer so genannte „**zentrale Leistungen**“ nicht erbracht hatte.

Eine Honorarkürzung wurde zuvor nur dann für zulässig erachtet, wenn es sich bei den nicht erbrachten Leistungen um „zentrale Leistungen“ gehandelt hatte, deren Erfüllung für den Auftraggeber erkennbar von besonderem Interesse gewesen sind (z.B. OLG Bamberg, Urteil vom 19.4.2002 – 4 U 26/01).

Diese Rechtslage hatte sich aber schon im Jahre 2004 durch die Entscheidung des BGH geändert, und das **BauVG** hat hieran **nichts geändert**.

I. Ein neues Verständnis vom Architekten(vertrag)?



§ 650p Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen

- (1) Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die **Leistungen** zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage **erforderlich** sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten **Planungs- und Überwachungsziele** zu erreichen.
- (2) Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.

tungen nicht im Einzelnen, sind die nach den Umständen des Einzelfalls und der **Verkehrsanschauung** zu ermitteln, wobei sich – zumindest bislang – unter Rückgriff auf die Leistungsbilder, die Leistungsstufen und Einzelleistungen der HOAI herausgebildet hat. Die in den Leistungsbildern der HOAI genannten Grundleistungen dürfen damit grundsätzlich nach § 3 Abs. 2 HOAI zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Architektenvertrag erforderlich sein.

– Der Architekt muss – wie auch nach altem Recht – den geschuldeten (Gesamt-)Erfolg herbeiführen. Man muss insoweit aber unterscheiden, wie dies auch in § 650p Abs. 1 BGB angelegt ist, zwischen **Planungserfolgen** und **Planungsschritten** (=Teilerfolgen).

– „**Leistungen**“ im Sinne des § 650p Abs. 1 BGB sind „Teilerfolge“ im Sinne der Rechtsprechung des BGH (s.o.) und – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – vom Architekten zu erbringen, soweit sie für den für die vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele **erforderlich** sind.

– Aus § 650d Abs. 1 BGB selbst ergibt sich keine Konkretisierung, was „**erforderliche Leistungen**“ sind. Dies ergibt sich ausschließlich aus der Vereinbarung (im Wege der Auslegung).

Was eine **isolierte Inhaltskontrolle** von Klauseln betrifft, mit denen (Grund-)Leistungen als Teilleistungen bzw. als Planungsschritte definiert werden, dürfte eine solche nur beschränkt möglich sein, weil die Übertragung von Grundleistungen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und damit den Hauptgegenstand des Vertrages betrifft, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.

Aus § 650p BGB lässt sich – unter dem Blickwinkel eines **gesetzlichen Leitbildes** – eine Unwirksamkeit entsprechender Klauseln ebenfalls **nicht** herleiten lassen, weil es sich bei § 650p Abs. 1 BGB (anders als bei § 650p Abs. 2) um die Beschreibung eines bestimmten Vertragstyps handelt, nicht um dispositives Recht, von dem durch entsprechende Klauseln abgewichen werden müsste bzw. könnte.

I. Hintergrund: der funktionale Leistungsbegriff



Das BauVG steht der Tradition der – noch zu dem bis zum 31.12.2001 geltenden Recht (d.h. vor der Schuldrechtsmodernisierung) entwickelten – Rechtsprechung zum **funktionalen Leistungs- und Mangelbegriff**.

Danach gilt: Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch versprochen und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen, so der BGH bereits in seiner Entscheidung vom **Juli 2006** (Urteil vom 27.07.2006 – VII ZR 202/04), dann **schuldet** der Auftragnehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Unternehmer das geschuldete Werk zu dem vereinbarten Preis herzustellen hätte. Was die Vergütung betrifft, gilt nämlich Folgendes:

„Haben die Vertragsparteien auf Anregung des AG oder des AN eine bestimmte Ausführungsart zum Gegenstand des Vertrages gemacht, dann umfasst, sofern die Kalkulation des Werklohnes nicht nur auf den Vorstellungen des AN beruht, der vereinbarte Werklohn nur die vereinbarte Herstellungsart. Zusatzarbeiten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, hat der AG dann gesondert zu vergüten.

Führt der AN unter diesen Umständen lediglich die vereinbarte Ausführungsart aus, dann ist die Leistung mangelhaft. Die ihm bei mangelfreier Leistung für die erforderlichen Zusatzarbeiten zustehenden Zusatzvergütungen können im Rahmen der Gewährleistung als „Sowieso-Kosten“ berücksichtigt werden.“

In seiner viel beachteten **Blockheizkraft-Entscheidung** (auch „Forsthaus-Entscheidung“) hat der BGH im **November 2007** dann Folgendes klargestellt:

„Auch nach der Änderung des § 633 BGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts entspricht ein Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn es nicht die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist.“

Eine Heizungsanlage, die in Auftrag gegeben wurde, um

ein Forsthaus zu beheizen, ist demzufolge mangelhaft, wenn sie zwar für sich genommen funktioniert, aber für die Beheizung des Gebäudes unterdimensioniert ist (BGH v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05), sprich: wenn es im Ergebnis nicht ausreichend warm wird.¹

Bereits einige Jahre zuvor, im **Juli 2002**, hatte der X. Zivilsenat des BGH entschieden:

„Die Leistung des Auftragnehmers ist nur vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk (...). Haben die Parteien die Beschaffenheit des Werks nicht ausdrücklich vereinbart, ist ein für den vertraglich vorausgesetzten, d.h. den vom Besteller beabsichtigten und dem Unternehmer bekannten Gebrauch, hilfsweise ein für den gewöhnlichen, d.h. den nach Art des Werkes üblichen Gebrauch funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk geschuldet (...). Der Unternehmer kann dabei eine vom Besteller geforderte vertragsgemäße Beschaffenheit auch schlüssig akzeptieren (...). Eine Werkleistung kann sonach auch dann fehlerhaft sein, wenn bei der Errichtung des Werkes die für diese Zeit allgemein anerkannten Regeln der Technik beachtet wurden (BGHZ 139, 16, 18). Diese können bei der Beurteilung der Mangelfreiheit eines Werkes allenfalls dann Bedeutung gewinnen, wenn nach dem konkret abgeschlossenen Vertrag ein bestimmter Gebrauch des Werkes nicht vorausgesetzt wurde (...).

Diese Rechtsprechung zum „funktionalen Mangelbegriff“ steht im Hintergrund des (funktionalen) Leistungsbegriffs, sowohl des § 650b BGB für den Unternehmer eines Bauvertrages (iSd § 650a BGB) als auch für den Unternehmer eines Architekten- und Ingenieurvertrages iSd § 650p BGB. Dass auch der Gesetzgeber des

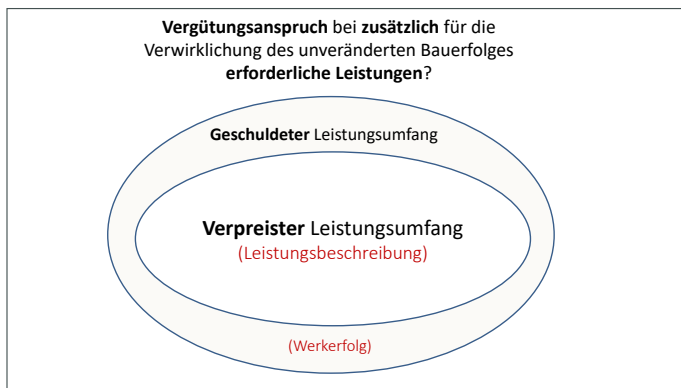
¹ Vgl. auch BGH, Urteil vom 09.07.2002 – X ZR 242/99 – NJW-RR 2002, 1533 (mwN).

Geschuldeter Erfolg ./ Verpreister Leistungsumfang

- Die der **Erfolgshaftung** des Unternehmers zugeordneten Leistungsanforderungen decken sich nicht notwendig mit dem **vergütungspflichtigen Leistungsumfang**.
- **Zusätzliche**, nicht in der **Leistungsbeschreibung** enthaltene **Leistungen** sind **vom verpreisten Leistungsumfang nicht umfasst**, und zwar auch dann nicht, wenn sie für die Verwirklichung des Bauerefolgs erbracht werden müssen und somit vertraglich geschuldet sind.

BGH, Urteil vom 27.07.2006 – VII ZR 202/04
BGH, Urt. vom 30.06.2011 – VII ZR 13/10

I. Hintergrund: der funktionale Leistungsbegriff



BauVG von einer Differenzierung zwischen (verpreister) Beschreibung der Leistung und geschuldetem Werkerfolg ausgeht, kann man den Materialien entnehmen. So heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 650b BGB-E:

„Betroffen sind auch Fälle, in denen die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Bestellers lücken- oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde. Dann wird der Anordnung oft ein Bedenkenhinweis des Unternehmers vorausgehen.“

Die Unterscheidung zwischen verpreister Leistung und geschuldetem Werkerfolg ist eingebettet in die seit vielen Jahren umstrittene Frage, ob – und wenn ja, inwieweit – der Besteller nach Abschluss des Vertrages noch berechtigt ist bzw. sein soll, durch einseitige Anordnungen den Leistungsgegenstand festzulegen bzw. näher zu bestimmen, welche Leistungen der Unternehmer zur Erreichung des Werkerfolgs ausführen muss.

In der Vergangenheit war dieser Meinungsstreit – weil es insoweit noch keine gesetzliche Regelung gab – im Zusammenhang mit den Regelungen der §§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B geführt worden.² Mit Inkrafttreten des BauVG hat sich die Diskussion auf die §§ 650b und § 650c konzentriert, die mit der zwischenzeitlich zum Werkvertragsrecht ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung davon ausgehen, dass jenseits des verpreisten Leistungsumfangs weitere Leistungen geschuldet sind, die zum Erreichen des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich sind.

In diesen Fällen ist nach dem Gesetz eine einseitige Anordnung des Bestellers problemlos möglich und wohl auch erforderlich,³ wenn er sich an die in § 650b und § 650c BGB geregelten Spielregeln hält, zunächst den Versuch zu unternehmen, eine einvernehmliche Lösung zu erzielen. Denn, so die Begründung des Gesetzgebers, das Gesetz ...

² Vgl. hierzu Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, VOB Teil B, § 1 Rn. 49 ff., 104 ff. mwN).

³ Vgl. hierzu auch die Auffassung von Leupertz, unten S. 14 FN 1.

*„... verfolgt das Ziel, möglichst auf ein Einvernehmen der Vertragsparteien hinzuwirken, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Dies ist regelmäßig im Interesse beider Parteien, weil ein Streit über eine Vertragsänderung die Zusammenarbeit bei der weiteren Ausführung des Baus erheblich belasten kann. Absatz 1 Satz 1 sieht daher vor, dass die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, wenn der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Nummer 1) oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (Nummer 2), wünscht.“*⁴

Dieses grundlegende Verständnis über den geschuldeten Leistungsumfang – in Abgrenzung zum ursprünglich vereinbarten und auch verpreisten Leistungsumfang – bezieht sich nicht nur auf Bauverträge iSd § 650a BGB, sondern auch auf Architekten- und Ingenieurverträge iSd § 650p BGB. Dieses schon seit längerer Zeit geltende Verständnis vom Leistungsumfang bzw. dem vom Architekten geschuldeten Erfolg wird durch eine ältere Entscheidung des BGH wie folgt auf den Punkt gebracht.:

*„Er hat durch zahllose Einzelleistungen dafür zu sorgen, dass das Bauwerk plangerecht, d.h. entsprechend den genehmigten Bauvorlagen und frei von Mängeln, entsteht (...). Selbstverständlich wird von ihm nicht erwartet, dass er das Bauwerk selbst errichtet, wohl aber, dass er die Arbeiten der Bauunternehmer und übrigen am Bau Beteiligten so leitet, koordiniert und überwacht, dass das Bauwerk plangerecht und mängelfrei zur Vollendung kommt (...).“*⁵

⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, BT-Drs. 123/16 vom 11.03.2016.

⁵ BGH, Urteil vom 22.10.1981 – VII ZR 310/79.

Geschuldeter Erfolg /. Verpreister Leistungsumfang

1. Bei der Bestimmung des vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungssolls wird die ausdrücklich **vereinbarte Ausführungsart** von der werkvertraglichen **Pflicht**, die geschuldete **Funktionstauglichkeit** zu erreichen, **überlagert**.
2. Auf Bedenken gegen diese Funktionstauglichkeit hat der Auftragnehmer ausdrücklich hinzuweisen.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 03.12.2013- 8 U 32/11; BGH, Beschluss vom 27.04.2016- VII ZR 345/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

I. § 650p Abs. 2 – Der ergebnisoffene Vertrag / Zielfindungsphase



Während es sich bei Absatz 1, wie oben dargelegt, um eine (Vertrags-)Typenbeschreibung handelt, stellt die Regelung des § 650p Abs. 2 BGB dispositives, d.h. (vertraglich) veränderbares Recht dar.

§ 650p Abs. 2 ist allerdings nicht in dem Sinne zu verstehen, dass ein „ergebnisoffener“ (RiOLG Dr. Rodermann) Architektenvertrag ausschließlich ein Fall des § 650p Abs. 2 BGB wäre. Denn der „ergebnisoffene Vertrag“ wird auch von § 650p Abs. 1 BGB erfasst. Absatz 1 des § 650p BGB ist nämlich *nicht* zu entnehmen, dass die Planungs- und Überwachungsziele *schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* feststehen müssten.

Der ergebnisoffene (Architekten-)Vertrag

Architektenverträge werden nicht selten als „ergebnisoffene“ Verträge geschlossen. Bekannt ist in diesen Konstellationen zu Beginn lediglich in der Regel der Bedarf des Bauherrn und dessen (Rahmen-)Vorstellungen. Die planerische Lösung muss der Architekt auf dieser Grundlage erst noch entwickeln. Im Rahmen der Grundlagenermittlung muss der Architekt dann die Wünsche des Bestellers erfragen und den Kostenrahmen abstecken, um eine Basis für die planerische Lösung zu erhalten. Über die so erstellten Planungsentwürfe entscheidet anschließend der Bauherr bzw. Besteller. Diesem steht – auch wenn dies einige Instanzgerichte verkennen – ein Recht zur Leistungsbestimmung zu, durch das der geschuldete Erfolg immer weiter konkretisiert wird.

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses können die Leistungspflichten des Architekten noch so unbestimmt sein, dass an sich ein wirksamer Vertrag nur über Leistungen der Grundlagenermittlung geschlossen werden kann. Gleichwohl wird man derartige Verträge als wirksam ansehen müssen, weil dem Besteller (konkludent) ein Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt wird, das notwendiger Inhalt eines Architektenvertrags ist.

Zielfindungsphase

Die in § 650p Abs. 2 BGB geschaffene sog. Zielfin-

dungsphase ist eine Besonderheit des neuen Architekten- und Ingenieurvertragsrechts. Sind demzufolge bei Vertragsschluss die Planungs- und Überwachungsziele noch nicht hinreichend festgelegt – was in der Praxis ein immer noch häufig zu beobachtendes Phänomen ist –, so haben die Vertragsparteien künftig zunächst eine Zielfindungsphase zu durchlaufen, wobei die Regelung des § 650p Abs. 2 zwar dispositiv, aber formularmäßig nicht abdingbar ist. Der beauftragte Planer muss danach vorab eine „Planungsgrundlage nebst Kosteneinschätzung“ erstellen und dem Besteller zur Zustimmung verlegen (§ 650p Abs. 2 BGB). Können sich die Parteien hierüber nicht verständigen, so steht dem Besteller, und unter bestimmten Voraussetzungen auch dem Planer ein Sonderkündigungsrecht am Ende dieser Zielfindungsphase zu (§ 650r BGB).

Sinn und Zweck dieser Regelung – neben der in den Materialien erwähnten Eindämmung der Aquisetätigkeit – ist, dass Bauherren vor zu früh abgeschlossenen (umfassenden) Architektenverträgen geschützt werden sollen. Dabei hilft dem Besteller allerdings nicht nur das dem Architektenvertrag immanente Leistungsbestimmungsrecht, sondern auch die Möglichkeit der Konkretisierung des geschuldeten Erfolg durch die im Gesetz ausdrücklich auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag vorgesehenen bestellerseitigen Änderungsanordnungen (§ 650b BGB).

Die Zielfindungsphase findet nicht nur auf Verbraucherverträge, sondern auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr Anwendung.

Leistungen in der Zielfindungsphase

Auf die Fragen, welche Leistungen der Architekt oder Ingenieur insoweit zu erbringen hat und wie diese Leistungen zu vergüten sind, geben Gesetzeswortlaut und Begründung keine Antwort. Ob die im Rahmen der Zielfindungsphase zu erbringenden Leistungen durch das gesetzliche Preisrecht der HOAI hinreichend abgedeckt sind oder eine Anpassung des Preisrechts geboten ist, wird zwar streitig diskutiert. Zutreffend dürfte wohl



I. § 650p Abs. 2 – Der ergebnisoffene Vertrag / Zielfindungsphase

Welche Leistungen müssen im Rahmen der **Zielfindungsphase** erbracht werden?



allerdings die Auffassung sein, dass es sich insoweit Leistungen handelt, die – nach der lediglich gebührenrechtlich relevanten HOAI – ohnehin in den Leistungsphasen 1 und 2 zu erbringen wären und es sich insoweit nicht um eine separat zu vergütende „Leistungsphase 0“ handelt.

Abgrenzung zur HOAI und DIN 18205

Der Gesetzgeber hat ganz bewusst nicht die Begrifflichkeiten der HOAI oder DIN 276-1: 2008-12, der DIN 18205:2016-11 („Bedarfsplanung“ bzw. „Bedarfsplan“) verwendet. Insoweit gibt es auch Unterschiede:

1. Während es bei der DIN 18205 (Ziffer 3.5) um die methodische Ermittlung des Bedarfs geht, geht es dem Gesetzgeber des § 650p Abs. 2 BGB darum, die Wünsche des Bestellers genauer zu ermitteln (BT-Drucks. 18/8486, S. 68).
2. Der DIN 18205 (Ziffer 3.3) geht es um die der Planung zugrunde liegenden Anforderungen, der Regelung des § 650p Abs. 2 BGB um die Ermittlung der wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele.
3. Während die DIN 18205 von der Verbindlichkeit des Bedarfsplans (nach dessen „Billigung“) ausgeht, geht es in § 650p Abs. 2 um die Vereinbarung wesentlicher Planungs- und Überwachungsziele.
4. § 650p Abs. 2 soll deutlich machen, dass es insoweit noch nicht „um die eigentliche Planung geht“ (BR-Drucks. 18/8486, S. 67).
5. Während es im Rahmen des „Kostenrahmens“ um eine Ermittlung der Kosten auf der Grundlage der „Bedarfsplanung“ geht (Ziffer 2.4.1), bedarf die dem Besteller vorzulegende „Kosteneinschätzung“ des § 650p Abs. 2 BGB dessen Zustimmung.

Sonderkündigungsrecht

An die in § 650 Abs. 2 geregelte Zielfindungsphase knüpft das – für beide Parteien des Architekten- oder Ingenieurvertrags unter bestimmten Voraussetzungen bestehende – Sonderkündigungsrecht in § 650r BGB an. Wird dieses Recht ausgeübt, können die Vergütungs-

ansprüche des Architekten/Ingenieurs auf erbrachte Leistungen beschränkt werden.

Planungs- und Überwachungsziele

Planungs- und Überwachungsziele stellen Mindestanforderungen an. Wird als wesentliches Planungs- und Überwachungsziel beispielsweise vereinbart, dass ein Mehrfamilienhaus mit 34 Wohnungen und 34 Tiefgaragestellplätzen errichtet soll und stellt sich später heraus, dass bei optimierter Planung deutlich mehr Stellplätze (z.B. 40 Stellplätze) hätten realisiert werden können, ändert dies an der Haftung des Architekten für die nicht-optimale Planung (z.B. im Rahmen der Grundlagenermittlung oder in der Vorentwurfsphase) nichts.

Kostenobergrenze

Die Einhaltung einer Kostenobergrenze kann wesentliches Planungs- und Überwachungsziel sein. Ist eine Kostenobergrenze vereinbart, muss der Architekt keine Kosteneinschätzung vorlegen. Ist die Einhaltung einer Kostenobergrenze zwar vereinbart, gehört sie jedoch nicht zu den wesentlichen Planungs- und Überwachungszielen, ist eine Kostenschätzung gleichwohl vorzulegen.



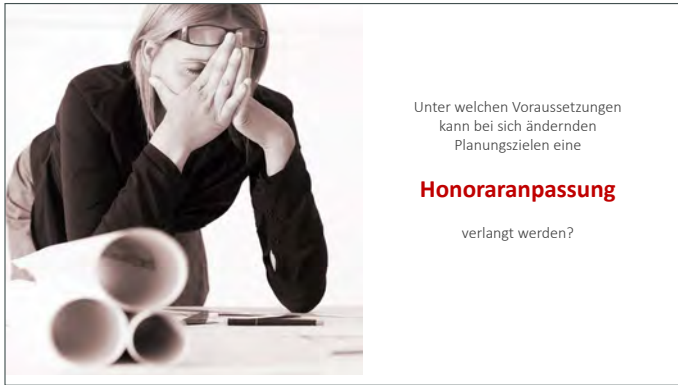
Honoraranpassung

Nach 117 Jahren Rechtsunsicherheit gibt es nun nicht nur einen gesetzlich geregelten Architekten- und Ingenieurvertrag, sondern auch ein gesetzlich geregeltes Leistungsänderungsrecht, und zwar sowohl beim Bauvertrag als auch bei Planervertrag.“

Zur Erinnerung: Erstmals in der HOAI 2009 war in § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI eine Regelung, die von einem Änderungsrecht des Bestellers ausging und lediglich die Vergütungsseite regelte:

„Andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, eine Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten.“

I. § 650p Abs. 2 – Der ergebnisoffene Vertrag / Zielfindungsphase



Schon damals stellte sich die Frage, wann ein Leistungsziel geändert wird und wann ein Wunsch des Bestellers ein Zeichen dafür ist, dass das Ziel noch gar nicht erreicht ist. Wann handelt es sich also um ohnehin geschuldete Varianten und wann um Änderungen des Ziels oder des Leistungsumfangs? Die HOAI 2013, die die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 2 HOAI (2009) aufhob, änderte hieran nichts, zumal auch hier die eigentliche Problematik offenkundig war, dass sich die HOAI – allein nach ihrer Zielsetzung – nur auf die Vergütung und nicht auf vertragliche Verpflichtungen bezieht, und die HOAI eine von Art. 10 § 1 bzw. § 2 MRVG abgeleitete Verordnung darstellt, die nicht dazu ermächtigt, Regelungen über die Frage des Anordnungsrechts oder der Notwendigkeit einer Einigung über die Anordnung zu treffen.

Nun ergibt sich die Möglichkeit der Vergütungsanpassung über die – auch auf Architektenverträge anwendbare – Regelung des § 650b BGB (i.V.m. § 650q Abs. 2 BGB). Auch wenn die nach § 650b BGB angeordneten Leistungen in der Regel der HOAI unterfallen, kann auf ein nach § 650b Abs. 1 erforderliches Angebot nicht verzichtet werden. Denn:

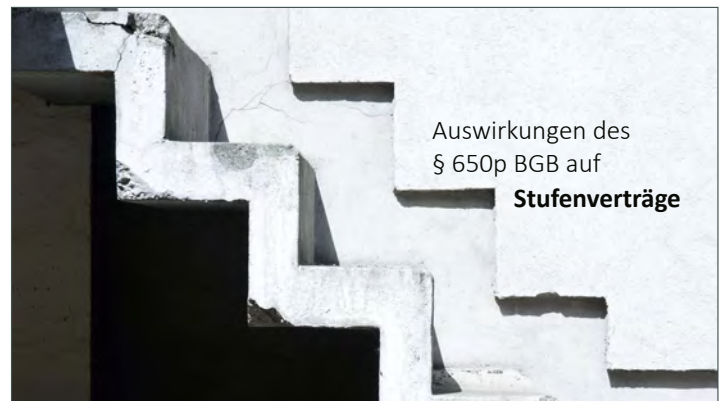
„Zum einen soll der Besteller wissen, was ihn eine Änderung des Vertrags kostet. Zum anderen soll Streit vermieden werden, wenn es später darum geht, welche Arbeiten zusätzlich zur Ausführung der Änderung erforderlich geworden sind. Dieser Gedanke gilt auch für den Architektenvertrag. Auch wenn die HOAI die Vergütungsregelung vorgibt, erfordert die Entscheidungsfreiheit des Bestellers eine Quantifizierung der Mehr- oder Minderkosten und eine Übersicht darüber, welche Leistungen im Fall der Änderung erforderlich werden.“¹

Für das Angebot des Architekten enthält § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB zwar keine Vorgaben. Gleichwohl ist er verpflichtet, sich bei der geänderten Vergütung an der HOAI zu orientieren. Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus § 650q Abs. 2, wonach für die Festsetzung der Vergü-

¹ Voit, Honoraranpassung bei Änderungsanordnungen, in: BauR 2018, 366, 371.

tung für aufgrund einer Änderungsanordnung erbrachte Leistungen die HOAI maßgebend ist, soweit diese von der HOAI erfasst werden.

Ob und inwieweit es sich um eine Änderung im Sinne des § 650b Abs. 1 BGB handelt, hängt von den vereinbarten Leistungszielen und von den Planungsschritten ab, die als Grundlage der weiteren Planung als bereits endgültig abgestimmt anzusehen sind. Fehlt es an einer solchen Abstimmung, handelt es sich um die Planung von *Varianten*. Und allein auf Änderungen des Umfangs oder gar des Aufwandes ist das Leistungsänderungsrecht des § 650b BGB nicht anzuwenden.



Stufenverträge

Auf ein Schuldverhältnis, das vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zu diesem geltenden Fassung Anwendung, so das Einführungsgesetz zum BGB.²

Auf Stufenverträge, deren erste Stufe bereits vor 2018 beauftragt wurde, findet demzufolge auch für nach dem 01.01.2018 beauftragte Stufen das „alte“ Recht Anwendung, da durch die Beauftragung der nächsten Stufe das bestehende Schuldverhältnis auf Basis bereits bestehender (Rahmen-)Bedingungen nur erweitert wird.³ Durch die Beauftragung der nächsten Stufe würde das Schuldverhältnis nicht – wie bei einem „Neuvertrag“ auf eine neue Grundlage gestellt. Infolge des abweichenden Wortlauts ist dies bei § 57 HOAI anders, bei dem es hinsichtlich des anwendbaren Rechts auf den Zeitpunkt der Beauftragung der nächsten Stufe ankommt.

² Ergänzung des Art. 229 EGBGB.

³ Änderung des Inhalts eines bestehenden Schuldverhältnisses gemäß § 311 Abs. 1 BGB; Berg, Fuchs/Berger/Seifert, Syst. A II Rn. 47.

II. Änderungs-Anordnungen aus Sicht des Architekten



II. Änderungs-Anordnungen aus Sicht des Architekten –
bleibt alles beim Alten?

§ 650b BGB
Möglichkeiten und Grenzen des
Anordnungsrechts

Kooperation statt Konfrontation

Das BauVG gäbe es nicht ohne den Deutschen Baugerichtstag und diesen nicht ohne Prof. Dr. Rolf Kniffka. Denn dieser hat den Baugerichtstag nicht nur ins Leben gerufen, sondern als dessen Präsident seit dem Jahre 2006 dem dort artikulierten Bestreben nach einem eigenständigen Bauvertragsrecht auch ein Gesicht gegeben. Wie kein anderer hat sich Kniffka dafür eingesetzt, dass das klassische Werkvertragsrecht, für das er als Vorsitzender des VII. Zivilsenats des BGH zuständig und dessen Fortentwicklung verantwortlich war, im Hinblick auf die Rechtsbeziehungen der Baubeteiligten modifiziert und die Bedeutung der die Bauvertragskultur (bislang) prägenden VOB/B eingegrenzt wird. „Kooperation statt Konfrontation“, auf diese Kurzformel lässt sich das Credo hinter dem rechtspolitischen Engagement Kniffkas in den letzten 20 Jahren bringen.



Leitbild des Gesetzgebers
Kooperation statt Konfrontation

Und der größte Erfolg Kniffkas ist das BauVG. Denn mit ihm hat der Gesetzgeber nicht nur ein von vielen Baujuristen seit Langem erwartetes eigenständiges Bauvertragsrecht geschaffen, sondern einen gesetzgeberischen Gesinnungswandel und Systemwechsel vollzogen, der sich auf die Kniffka-Formel „Kooperation statt Konfrontation“ bringen lässt. Dieser Wandel lässt sich sowohl der Gesetzesbegründung als auch den Regelungen selbst entnehmen, was insbesondere für die §§ 650b, 650c und 650d BGB gilt, dem Herzstück der „Reform“. Diese Paragraphen betreffen das Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b), die entsprechende Vergütungsanpassung

zugunsten des Unternehmers (§ 650c) sowie die darauf bezogene Möglichkeit der Bauvertragsparteien, Streitige Fragen im Wege einer einstweiligen Verfügung (§ 650d) kurzfristig gerichtlich klären und auch durchsetzen zu können.

Das Änderungsbegehren des Bestellers

Der Gesetzgeber schreibt zwar für die Anordnung des Bestellers § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB die Textform vor, das Änderungsbegehren des aber ebenso formfrei ist wie das vom Unternehmer vorzulegende Angebot. Der Besteller kann das Änderungsbegehren also in jedweder Form, z. B. mündlich im Rahmen einer Baustellenbesprechung, konkludent durch die Vorlage einer geänderten Planung und selbstverständlich auch in Text- oder Schriftform äußern. Der Unternehmer als Erklärungsempfänger muss lediglich erkennen können, dass der Besteller den Leistungsinhalt des Vertrages ändern möchte.

Daraus ergibt sich dann die Pflicht des Unternehmers, ein Preisangebot zu erstellen und darüber mit dem Besteller ggf. zu verhandeln.

Der Besteller muss sein Änderungsbegehren nicht als „frei“ oder als „notwendig“ im Sinne von § 650b Abs. 1 BGB kennzeichnen.

Ein Änderungsbegehren ist allerdings von einer bloßen „Vorüberlegung“ eines möglichen Änderung des Vertrages zu unterscheiden. „Bittet“ ein Besteller einen Unternehmer also beispielsweise lediglich darum, ihm „informell“ einen Preis für eine andere Qualität oder eine andere Ausführung zu benennen, dann dürfte aus der insoweit maßgeblichen Sicht eines objektiven Dritten der für § 650b Abs. 1 BGB erforderliche erkennbare Wunsch des Bestellers, den Inhalt des Vertrages bzw. die bisher beauftragte Leistung tatsächlich ändern zu wollen. Der Unternehmer könnte, müsste in diesem Fall aber kein Preisangebot vorlegen. Auch wären in diesem Fall die Vertragsparteien nicht verpflichtet zu verhandeln, falls der Unternehmer darauf – freiwillig – ein entsprechendes Angebot vorlegt.

§ 650b Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an.

Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür.

Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

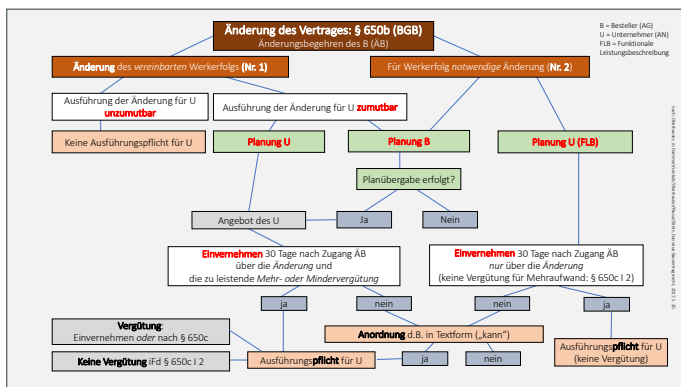
(2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

II. Änderungs-Anordnungen aus Sicht des Architekten



Die notwendige Leistungsänderung

Beim Begehren einer notwendigen Leistungsänderung geht es um die Erreichung des bereits vereinbarten Werkerfolgs. Dies kann durch eine Änderung der Rechtslage oder der behördlichen Vorgaben eintreten, oder wenn sich nach Auftragserteilung die zum Zeitpunkt der Abnahme einzuhaltenden anerkannten Regeln der Technik verändern.



Häufig wird es darum gehen, dass die dem Bauvertrag zugrunde liegende und vom Besteller vorgegebene Planung bzw. Leistungsbeschreibung unvollständig und/oder mangelhaft ist und auf die vereinbarte Weise kein funktionstaugliches Werk hergestellt werden kann.

Selbst im Fall einer mangelhaften bestellerseitigen Planung und/oder Leistungsbeschreibung schuldet der Unternehmer aufgrund des funktionalen Mangelbegriffs – unbeschadet der mangelhaften Leistungsbeschreibung – die Herstellung eines funktionierenden Werkes (s.o.). Leupertz¹ ist allerdings der Ansicht, dass in einem solchen Fall kein „echtes“ Änderungsbegehren vorliege, weil der Besteller nichts an der Leistungsverpflichtung des Unternehmers ändere, wenn er Leistungen verlange, die der Unternehmer bereits nach dem ursprünglichen Vertrag schulde.

¹ Leupertz, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 1. Aufl. 2018, § 650b, Rn. 44. Deshalb zeige sich in dem gesetzlichen Regelungsmodell eine „dogmatische Unschärfe“. „Der Besteller ändert nichts an der Leistungsverpflichtung des Unternehmers, wenn er Leistungen verlangt, die der Unternehmer nach dem Ausgangsvertrag wegen seiner Funktionsverpflichtung ohnehin schuldet.“

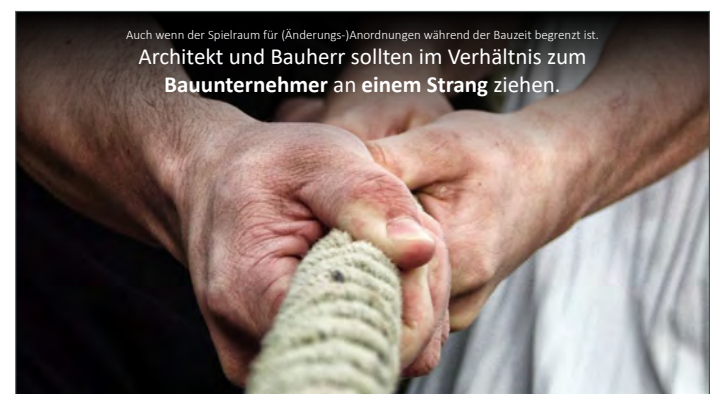
Das Anordnungsrecht des Bestellers bei Mängeln vor der Abnahme

In drei Grundsatzurteilen vom 19.01.2017² hat der BGH entschieden, dass dem Werkvertrag vor der Abnahme der Werkleistung grundsätzlich keine Mängelrechte nach § 634 BGB zustünden. Es unterliege nämlich der Disposition des Unternehmers, wie er seine Verpflichtung zur mangelfreien Herstellung bis zur Abnahme realisiere. Lediglich in Ausnahmefällen, z. B. wenn der Besteller schon vor der Abnahme nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen könne, kämen Mängelrechte des Bestellers auch vor der Abnahme in Betracht.



Diese Entscheidung gilt grundsätzlich auch für das neue Recht. Allerdings hat der Gesetzgeber dem Besteller mit der Neuregelung § 650b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB das Recht eingeräumt, zur Sicherstellung des vereinbarten Werkerfolgs Anordnungen zu treffen, die der Unternehmer – unter Beachtung des Regulationssystems des § 650b Abs. 1 BGB – zu befolgen hat. Dies gilt sowohl bei gesetzlichen oder behördlichen Änderungen, bei Änderungen der anerkannten Regeln der Technik, aber auch bei dem Vertrag zugrunde liegenden, fehlerhaften Leistungsbeschreibungen und/oder Planungen, die, wenn nicht korrigiert wird zwangsläufig zu einem Sachmangel führen würde.

² BGH, Urteile vom 19.01.2017 – VII ZR 301/13, BauR 2017, 875; VII ZR 193/15, BauR 2017, 879; VII ZR 235/15 – BauR 2017, 1024.



II. Kalkulation der Mehrvergütung



Die Höhe der Vergütung bestimmt sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten, also nach Materialkosten, Löhnen, Kosten der Subunternehmer. Entfallen durch die Änderung Leistungen, sind auch hier die tatsächlich ersparten Kosten anzusetzen. Es kommt also auch insoweit nicht auf die kalkulierten Preise, sondern auf die tatsächlichen Kosten an.

Maßgebend sind also nur die tatsächlich erforderlichen Kosten. Vergleichsangebote wird der Unternehmer wohl nicht einholen müssen, sofern es keine Anzeichen für übersetzte Preise gibt oder der Auftrag einen erheblichen Umfang hat. Wie bereits erwähnt müssen die Kosten tatsächlich angefallen sein. Etwaige Vorteile des Unternehmers (z.B. Mengenrabatt) sind dabei zu berücksichtigen. Diese Kosten sind dann um angemessene Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu erhöhen.

Nicht genannt werden die baustellenbezogenen Gemeinkosten. Diese können nicht durch einen pauschalen Zuschlag, sondern nur nach den konkreten, der Baustelle und den geänderten Leistungen zuzuordnenden Kosten berücksichtigt werden.¹

Rückgriff auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation

Im Unterschied zu den – der VOB/B zugrunde liegenden – Grundsätzen der Preisfortschreibung auf Basis der Urkalkulation lässt es das BauVG nur unter engen Voraussetzungen zu, dass eine Preisfortschreibung auf der Grundlage der unternehmerseitigen Kalkulation erfolgt.

Die wichtigste Voraussetzung hierfür ist, dass die Hinterlegung einer Urkalkulation vertraglich vereinbart sein muss. Fehlt es hieran, scheidet eine Preisfortschreibung nach Abs. 2 von vornherin aus. Auf diese Weise kann – und wird vermutlich auch in vielen Fällen – das „klassische“ Modell der Nachtragsberechnung bei Vertragsschluss problemlos ausgeschlossen werden.

Darüber hinaus muss die Urkalkulation auch tatsächlich hinterlegt, also an den Besteller übergeben worden

¹ Vgl. Messerschmidt/Voit/Leupertz, Privates Baurecht, § 650c, Rn. 15.

sein. Der Begriff „hinterlegt“ deutet darauf hin, dass die Übergabe an den Besteller – im verschlossenen Umschlag oder offen – nicht erst im zeitlichen Zusammenhang mit der Geltendmachung einer Nachtragsforderung zu erfolgen hat.

Unterschiedliche Kalkulationsansätze Die Kalkulation der Mehrvergütung

BauVG

§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

- (1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den **tatsächlich erforderlichen Kosten** mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.
- (2) Der Unternehmer **kann** zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten **Urkalkulation** zurückgreifen. Es wird **vermutet**, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der **Vergütung nach Absatz 1** entspricht.

Unterschiedliche Kalkulationsansätze Die Kalkulation der Mehrvergütung

VOB/B

§ 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B

- „Die Vergütung bestimmt sich nach den **Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung** und den besonderen Kosten der geforderten Leistung.“
- „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“
Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 2. Aufl. 1979, Rn. 286
- **Dagegen BGH:** „Es kann ... keine Rede davon sein, dass ein um das Zweihundertfache überhöhter Einheitspreis die Grenze einer **sittlich verwerflichen Preisbildung** nicht überschreitet.“
BGH, 18.12.2008 – VII ZR 201/06 –

Unterschiedliche Kalkulationsansätze Die Kalkulation der Mehrvergütung

VOB/B

- Kommt es bei einer Position, deren Preis in einem **auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis** zum Wert der Leistung steht, zu Mengenerhöhungen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B oder zu geänderten Leistungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B, ist die an den ursprünglichen Preis in Bezug auf die Mehrmenge bzw. die geänderte Leistung anknüpfende **Preisvereinbarungsabrede** der VOB/B **nichtig**.
- Der Preis für die Mehrmenge über 110 % der Ausgangsmenge bzw. für die geänderte Leistung berechnet sich nicht auf der Grundlage des überhöhten (nichtigen) Einheitspreises, sondern nach dem für diese Leistung **üblichen Preis**.
- Preisfortschreibungen nach der VOB/B setzen voraus, dass die dazu vorgelegte **Kalkulation** der Preisbildung des Einheitspreises auch **tatsächlich zugrunde** liegt.
BGH, 18.12.2008 – VII ZR 201/06 –

Unterschiedliche Kalkulationsansätze Die Kalkulation der Mehrvergütung

BauVG

§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

- (1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den **tatsächlich erforderlichen Kosten** mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.
- (2) Der Unternehmer **kann** zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten **Urkalkulation** zurückgreifen. Es wird **vermutet**, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der **Vergütung nach Absatz 1** entspricht.

II. Die 80-Prozent-Regel (§ 650c Abs. 3 BGB)

Die 80 Prozent-Regel (§ 650c Abs. 3 BGB)

- (3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer **80 Prozent** einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn
 - sich die Parteien **nicht** über die Höhe **geeinigt** haben oder
 - **keine** anderslautende **gerichtliche Entscheidung** ergeht.
- Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig.
- Zahlungen nach Satz 1, die die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung **übersteigen**, sind dem Besteller zurück zu gewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu **verzinsen**. § 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.



III. Auswirkungen der gesamtschuldnerische Haftung des Architekten

III. § 650t BGB: Auswirkungen der gesamtschuldnerische Haftung des Architekten

Gesamtschuld

§ 650t Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

Nimmt der Besteller den Unternehmer wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer die Leistung **verweigern**, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht **erfolgreich** eine angemessene Frist zur **Nacherfüllung** bestimmt hat.



Wer haftet für den **feuchten Keller?**
Ändert sich etwas durch das BauVG?



Auswirkungen der gesamtschuldnerische Haftung des Architekten

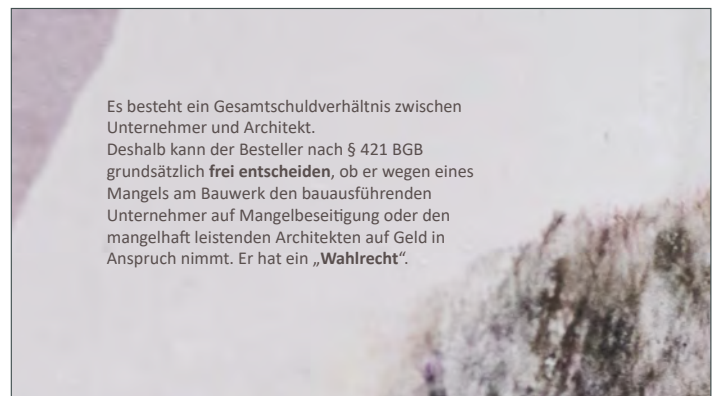
Vor mehr als 50 Jahren wurde dem Großen Senat des Bundesgerichtshofs die Frage vorgelegt, ob

„der Architekt, den der Bauherr gemäß dem § 635 BGB wegen Aufsichtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, gegen den Bauunternehmer einen Ausgleichsanspruch gemäß dem § 426 BGB geltend machen kann.“¹

Der Große Senat beantwortete diese Frage nach der gesamtschuldnerischen Haftung im Jahre 1965 wie folgt:

„Wie dem auch sei, so ist doch hier das, was Architekt und Bauunternehmer schulden, auch dann nicht etwas gänzlich Verschiedenes, wenn der Architekt Geldersatz zu leisten und der Bauunternehmer nachzubessern hat. [...] Die Verpflichtungen des Architekten und des Bauunternehmers stehen sich also bei der vorliegenden Sachlage nicht nur deshalb besonders nahe, weil sie durch eine enge Zweckgemeinschaft verbunden sind, die auf die plangerechte und mangelfreie Errichtung des Bauwerkes gerichtet ist, es wohnt ihnen vielmehr darüber hinaus eine besonders enge Verwandtschaft auch deshalb inne, weil ihre inhaltliche Verschiedenheit hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit (Identität) liegt.“²

Es besteht ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Unternehmer und Architekt. Deshalb kann der Besteller nach § 421 BGB grundsätzlich **frei entscheiden**, ob er wegen eines Mangels am Bauwerk den bauausführenden Unternehmer auf Mangelbeseitigung oder den mangelhaft leistenden Architekten auf Geld in Anspruch nimmt. Er hat ein „**Wahlrecht**“.



Bis heute hält der BGH an diesem Grundsatz fest. So heißt es u.a. in einem BGH-Urteil aus dem Jahre 2007:

„Der Architekt und der Unternehmer sind im Umfang ihrer Haftung Gesamtschuldner (BGH, NJW 1965, 1175 [BGH 01.02.1965 - GSZ 1/64]).“³

Mit Einführung des § 650t BGB hat sich der Gesetzgeber der höchstrichterlichen Rechtsprechung angeschlossen und diese hierdurch auf Dauer jeglicher weiteren Diskussion entzogen.

³ BGH, Urt. v. 26.07.2007 – VII ZR 5/06, NJW-RR 2008, 176: „Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ob er wegen eines Mangels am Bauwerk den Unternehmer oder den Architekten, der seine Aufsichtspflicht verletzt hat, in Anspruch nehmen will“.

¹ BGH, Beschl. v. 01.02.1965 – GSZ 1/64, NJW 1965, 1175.

² Ebd.

III. Auswirkungen der gesamtschuldnerische Haftung des Architekten



Das Ende der „fiktiven Mängelbeseitigungskosten“
BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 –

a) Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, kann er seinen Schaden gegenüber dem Architekten im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder gegebenenfalls - bei Veräußerung des Objekts - nach dem konkreten Mindererlös.

b) Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des Bauvertrags vorliegt, kann der Besteller stattdessen seinen Schaden auch in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermittelt.



BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17-

Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel **nicht beseitigen** lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gegen den Unternehmer gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB seinen Schaden **nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten** bemessen (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung).



BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17-

Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks beseitigen, sind die von ihm aufgewandten Kosten als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB vom Architekten zu ersetzen. Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

Darüber hinaus hat der Besteller wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, einen Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags gegen den Architekten.




BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17-

Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel **nicht beseitigen** lässt, kann den Schaden in der Weise bemessen, dass er im Wege einer **Vermögensbilanz** die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt.



BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17-



IV. Sonstige Änderungen beim Bauvertrag

§ 650a Bauvertrag

(1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die **Herstellung**, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den **Umbau** eines **Bauwerks**, einer **Außenanlage** oder **eines Teils davon**. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

(2) Ein Vertrag über die **Instandhaltung** eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Auch im Verhältnis zum **Architekten scheidet** hinsichtlich der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, ein Zahlungsanspruch in Höhe der **fiktiven Mängelbeseitigungskosten** betreffend das Bauwerk **aus**.



BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17-

IV. Sonstige Änderungen beim Bauvertrag



§ 640 Abs. 2 / § 650g BGB
Fiktive Abnahme und Zustandsfeststellung
 bei Verweigerung der Abnahme

§ 640 Abnahme (bis 31.12.2017)

(1) ... Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, **obwohl** er dazu verpflichtet ist.

§ 640 Abnahme (ab 01.01.2018)

(2) **Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.**

§ 650g Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme

- (1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer **gemeinsamen Feststellung** des Zustands des Werks **mitzuwirken**. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.
- (2) **Bleibt** der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung **fern**, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch **einseitig** vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.
- (3) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird **vermutet**, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht sein kann.



§ 632a Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines **angemessenen Teils** des Abschlags verweigern. Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend.

§ 632a Abschlagszahlungen a.F.
 (1) Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend.

§ 648a Kündigung aus wichtigem Grund

(1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus **wichtigem Grund** ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller **Umstände des Einzelfalls** und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

(2) Eine **Teilkündigung** ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des Werks beziehen.

(3) ...
 (4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer **gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes** mitwirkt.

Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die **Beweislast** für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.

(5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die **Vergütung** zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

(6) Die Berechtigung, **Schadensersatz** zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.



Prüfbare Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung
 § 650g Abs. 4 BGB n.F.

Die Vergütung ist zu entrichten, wenn
 1. der Besteller das Werk **abgenommen** hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist, und
 2. der Unternehmer dem Besteller eine **prüffähige Schlussrechnung** erteilt hat.

Die Schlussrechnung ist **prüffähig**, wenn sie eine **übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist**. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht Innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen Ihre Prüffähigkeit erhoben hat.

V. Ausblick



Welche Auswirkungen wird das BauVG auf das Bauvertragsrecht, insbesondere die VOB/B haben, die im Jahr 2016 ihren 90. Geburtstag gefeiert hat?

Bei der Suche nach einer Antwort wird man sich mit der Funktion und dem Selbstverständnis dieses seit den 1920er Jahren marktbeherrschenden und vor allem für öffentliche Auftraggeber zentralen Regelwerks im Baubereich beschäftigen müssen. Die VOB/B soll ...

„... im Bauvertrag die Funktion Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) im Sinne des BGB übernehmen mit der Zielsetzung, allgemein gültige Regeln für das private Baurecht aufzustellen, weil das Werkvertragsrecht im BGB die komplexen Besonderheiten des privaten Baurechts nicht ausreichend berücksichtigt.“

Bei einem solchen, für jedermann bei Wikipedia nachzulesenden Selbstverständnis drängt sich angesichts der nunmehr Realität gewordenen Kodifizierung des Bauvertragsrechts geradezu die Frage auf, ob die VOB/B diese Funktion zukünftig noch übernehmen können oder ob die VOB/B nicht vielmehr, will sie überleben, grundlegend neu gestaltet werden muss. Denn das zum 01.01.2018 in Kraft getretene BauVG ist nur der Anfang eines gesetzgeberischen Großprojekts, die Rechtsbeziehungen der am Bau Beteiligten im Rahmen eines – bis dato gar nicht vorhandenen – Bauvertragsrechts (BauVG) umfassend gesetzlich zu regeln. Es werden aller Voraussicht nach weitere Regelungen folgen, die noch tiefer in die – bislang den Interessenvertretern des DVA eingeräumte – Gestaltungshoheit eingreifen werden.

Angesichts der Realität gewordenen Kodifizierung des Bauvertragsrechts drängt sich also die Frage auf, ob die VOB/B ihrem Selbstverständnis als allgemein gültiges Regelwerk für das private Baurecht zukünftig noch gerecht werden kann und wie die VOB/B umgestaltet werden müsste, wenn sie die aktuelle Entwicklung überleben möchte.

Dauer, Verlauf und Ergebnis dieses im März 2017 eingeleiteten Überlebenskampfes der VOB/B wird maßgeblich vom Verhalten bzw. der Reaktion des DVA

abhängen. Nicht erst seit Bekanntwerden des BauVG war im DVA deshalb intensiv darüber diskutiert worden, wie man auf das neue Gesetz und die darin verankerten gesetzlichen Leitbilder, an der sich auch die VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung zu orientieren hat, reagieren soll. Dabei war jedem DVA-Mitglied bewusst: Die Erkenntnis, dass die Gestaltung des Bauvertragsrechts eine Aufgabe ist, die nicht demokratisch nicht legitimierten Interessenverbänden überlassen werden kann, wird man nicht mehr rückgängig machen können.

Um so überraschender war der Beschluss des DVA vom 18.1.2018.¹ Danach soll die VOB/B bis auf Weiteres unverändert bleiben. „Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht“, so der DAV-Hauptausschuss. Mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags könne man die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen nicht mehr



gewährleisten.

Dabei hat sich der Gesetzgeber bereits im ersten Teil des bereits in Kraft getretenen BauVG ganz bewusst von der VOB/B abgegrenzt, was im Hinblick auf die Frage nach der Wirksamkeit der von den gesetzlichen Leitbildern des BauVG abweichenden Regelungen in der VOB/B von erheblicher Bedeutung ist. Allein mit der Regelung des § 650c BGB ist ein „wesentlicher Pfeiler der bisherigen VOB/B im Nachtragsrecht ins Wanken gebracht“² worden. Die Abgrenzung des Gesetzgebers von der VOB/B beruht somit nicht lediglich auf juristischen Spitzfindigkeiten, sondern manifestiert den – in den Gesetzesmaterialien auch deutlich erkennbaren – „Paradigmenwechsel“, der ganze Bibliotheken zur VOB/B in einigen Jahren zu Makulatur werden lassen könnte. Letztlich ist dieser Paradigmenwechsel als **Kampfansage** an eine – maßgeblich durch die VOB/B geprägte

1 Beschluss des HAA zur VOB/B vom 18.1.2018; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit.

2 So auch Ganten, AGB-Kontrolle der VOB/B nach Neuem Bauvertragsrecht, in: Baurecht Aktuell, Magazin des Netzwerks Bauanwälte, Sonderausgabe 2018, S. 14; bezogen auf die Problematik der Mehrvergütung des § 2 VOB/B.

V. BauVG: Anfang vom Ende der VOB/B?



– Baurechtskultur zu verstehen, als politisch gewollte Kurskorrektur in Richtung „Kooperation statt Konfrontation“. Dies gilt in besonderem Maße für das - von § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B abweichende - Regulationssystem des § 650b BGB (Anordnungsrecht) und für die dementsprechenden Vergütungsanpassungsregelungen (§ 650c BGB), die vom Gesetzgeber bewusst als Instrumente eines „kooperativen Miteinander“ beim Bauen ausgestaltet sind. Hinzu kommt, dass auch die Berechnung der Mehrvergütung nach anderen, von der VOB/B grundlegend abweichenden Parametern zu erfolgen hat.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die in §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B vorgesehene kalkulatorische Preisfortschreibung, wonach es bei Nachträgen maßgeblich auf die Urkalkulation ankommt, mit der Vergütungsanpassung nach § 650c Abs. 1 BGB, die auf den „vermehrten oder verminderten Aufwand ... nach den tatsächlich erforderlichen Kosten angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“ abstellt, einer isolierten Inhaltskontrolle standhält. Dass die Rechtsprechung die vom Gesetzgeber beabsichtigte Umsetzung eines Systemwechsels durch ein „AGB-rechtliches Durchwinken“ der §§ 1 und 2 VOB/B vereiteln wird, ist in Anbetracht der Regelung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB kaum zu erwarten. Danach ist die Unwirksamkeit einer Klausel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Noch sind allerdings wesentliche Regelungsbereiche der VOB/B verblieben, die im BauVG (noch) nicht behandelt und von der Rechtsprechung bislang nicht als unwirksam ausfindig gemacht worden sind. Zudem enthält die VOB/B Regelungen, die auch weiterhin Bestand haben und unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten unbedenklich bleiben werden. Dies gilt namentlich für Ansprüche bei Störungssachverhalten und für die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers. Diese Regelungen werden allerdings - als (wirksamer) Torso einer fast 90 Jahre lang maßgeblichen Vertragsordnung - kaum ausreichen, um die Existenz der VOB/B auf Dauer

sichern zu können.

Nicht nur der DAV wird sich deshalb in den nächsten Jahren also fragen müssen, was von der VOB/B noch übrig bleiben wird und ob der verbleibende bzw. wirksame Teil dieser dem liberalen Geist des 19. Jahrhunderts entstammenden Vertragsordnung für ein allgemein gültiges Regelwerk im demokratischen Zeitalter des 21. Jahrhunderts noch ausreichen wird.

Auswirkungen auf die Gestaltung von Bauverträgen durch Architekten

Vor diesem Hintergrund stellt sich für Architekten die Frage, welche Rolle er als „geschäftlicher Oberleiter des Bauherrn“³ zukünftig – auch unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten – bei der Gestaltung von Bauverträgen spielen kann und sollte. Denn während es in der Vergangenheit üblich und durchaus auch angebracht war, die VOB/B als Klauselwerk den Verträgen mit den ausführenden Baufirmen zugrunde zu legen, gestaltet sich dies nach neuem Recht deutlich schwieriger. Das BauVG ist, wie oben ausgeführt, weitaus mehr als eine kosmetische Reparatur der VOB/B. Es begründet einen grundlegend neuen Denkansatz im Umgang mit Streitigkeiten beim Bauen, den auch die – bislang maßgeblich von Architekten geprägte – Bavertragsgestaltung nicht ignorieren kann.

Je mehr die VOB/B in diesem Zuge an Bedeutung verliert, desto größere Bedeutung erlangt die Vertragsgestaltung – eine Aufgabe, die zumindest bislang zu den vom Architekten zu erbringenden Grundleistungen der Leistungsphase 7 gehörte. Denn Planer sind vertraglich zur Mitwirkung bei der Vergabe verpflichtet (Leistungsphase 7, § 43 Abs. 1 Nr. 7 bzw. § 34 Abs. 3 Nr. 7 HOAI). Zu den Grundleistungen der Leistungsphase 7 gehört auch „das Zusammenstellen von Vertragsunterlagen“ (Anlage 10.1, LP7, f). Hierunter fällt auch die Vorbereitung und die Anpassung, nicht jedoch der Abschluss der Verträge.

Wie weit diese Pflicht genau reicht, ist im Einzelnen umstritten und in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, wobei das BauVG insoweit keine Änderung mit sich bringt. So heißt es im Urteil des OLG Brandenburg vom 26.09.2002:⁴

„Ist der Architekt dazu verpflichtet, bei der Vergabe mitzuwirken, so gehört hierzu auch die Vorbereitung der erforderlichen Verträge, einschließlich der Vertragsbedingungen.“

In derselben Entscheidung wird aber auch ausgeführt, dass

„die Anforderungen an einen Architekten, der nicht

³ BGH, Urteil v. 26.04.1979 - VII ZR 190/78 – BauR 1979, 345.

⁴ OLG Brandenburg – 12 U 63/02 – BauR 2003, 1751.

V. Auswirkungen der Entwicklung der VOB/B für Architekten

„Jurist ist, nicht überspannt werden dürfen.“

Die Grenze ist danach dann überschritten, wenn der Planer unzulässige Rechtsberatung ausübt. Eine Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Einen Anhaltspunkt dafür, wann es sich um eine unzulässige Rechtsberatung handelt, bietet § 5 Abs. 1 RDG, wonach Rechtsdienstleistungen lediglich dann erlaubt sind, wenn sie als Nebentätigkeit zum Berufs- und Tätigkeitsbild gehört. Denn, so auch das für Sie maßgebliche OLG Hamm in seinem Urteil vom 15.02.2005,⁵ ...

„... ein Architekt ist zu einer rechtsberatenden Tätigkeit grundsätzlich weder berechtigt noch verpflichtet.“

Nach dem Wortlaut der in der HOAI definierten Leistungsbilder – die HOAI ist zwar kein Gesetz, aber immerhin eine Rechtsverordnung – gehören rechtsberatende Tätigkeiten allerdings zu den durch einen Planer zu erbringenden Pflichten. Diese können deshalb nicht von vornherein eine unzulässige Rechtsberatung darstellen. In diesem Zusammenhang wird der Architekt nämlich als sachkundiger Berater und Betreuer des Bauherrn bezeichnet, der verpflichtet ist, wesentliche Kenntnisse des Baurechts zu besitzen.⁶

Was bedeutet dies nun im Hinblick auf das Beibringen eines kompletten Bauvertrags?

⁵ OLG Hamm – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.

⁶ BGH, Urteil v. 26.04.1979 - VII ZR 190/78 – BauR 1979, 345; OLG Brandenburg, Urteil v. 26.09.2002 - 12 U 63/02 – BauR 2003, 1751;

Soweit die Rechtsprechung auf „wesentliche Kenntnisse des Baurechts“ oder die „Grundsätze des Werkvertragsrechts“ abstellt, folgt daraus im Umkehrschluss, dass jedenfalls ein selbstständiger Entwurf oder ein Verhandeln rechtlich schwieriger Bauverträge nicht in den Aufgabenbereich eines Architekten oder Ingenieurs fallen. In der Kommentarliteratur zur HOAI wird insofern, im Anschluss an die vorgenannte Entscheidung des OLG Hamm vom 15.02.2005 (21 U 27/04 – BauR 2005, 1069) davon ausgegangen, dass ein Architekt/Ingenieur Verträge oder Vertragsbedingungen nicht selbst entwerfen muss.⁷

Nach Auffassung des OLG Hamm reicht es vielmehr aus, dass der Architekt seinem Auftraggeber im Rahmen der Zusammenstellung der Vertragsunterlagen ein gängiges Vertragsmuster zur Verfügung stellt,⁸ wobei darauf geachtet werden muss, dass die zur Verfügung gestellten Vertragsmuster auf die Interessen des Bauherrn abstellt und in sich nicht widersprüchlich sind.⁹

Vor dem Hintergrund des BauVG wird man also fragen müssen, wie lange es „gängige Vertragsmuster“ noch

OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.

⁷ Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 204; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 315.

⁸ OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069; sich anschließend Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 204; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 315; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage, 2016, § 34, Rn. 251.

⁹ Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 204; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI



V. Auswirkungen der Entwicklung der VOB/B für Architekten



gibt, zumal sich derzeit selbst Baujuristen enorm schwer tun, vor dem Hintergrund des neuen Bauvertragsrechts Regelungen bzw. Vertragsmuster zu erstellen, die – insbesondere wegen der neuen Leitbilder der §§ 650b, 650c BGB – unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten wirksam sind bzw. einer isolierten Inhaltskontrolle standhalten.

Reichweite der Beratungspflichten des Architekten

Im Hinblick auf die Frage, wie weit die Pflichten des Architekten *konkret* reichen, hat die Rechtsprechung folgende Leitlinien aufgestellt:

1. Soweit ein Vertragsmuster zur Verfügung gestellt wird, muss der Planer darauf achten, dass in dem Muster die Grundsätze des Werkvertragsrechts eingehalten werden. Ist dies nicht der Fall, muss ihm das auffallen.¹⁰ Insoweit ist aus dieser Entscheidung abzuleiten, dass einem Planer zumindest hinsichtlich der Grundsätze des Werkvertragsrechts Beratungspflichten treffen.

2. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird in der Rechtsprechung als allgemein üblicher Bestandteil von Bauverträgen aufgefasst. Ist die mit einem Vertragsmuster übermittelte Klausel aufgrund der vom BGH ergangenen Rechtsprechung unwirksam, verstößt ein Architekt gegen seine Verpflichtungen aus dem Architektenvertrag und macht sich damit schadensersatzpflichtig.¹¹

3. Ebenso wurde entschieden, dass ein Planer bei einem von ihm aus dem Buchhandel besorgten Vertragsformular dafür sorgen muss, dass nicht die Interessen der Vertragsgegenseite berücksichtigt sind, und ggf. darauf hinwirken, dass statt einer zweijährigen Verjährungsfrist für Mängelansprüche eine.¹²

4. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass ein Planer seinen Auftraggeber in Bezug auf einen zur

2013, § 34, Rn. 315.

10 OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.

11 BGH, Urteil v. 26.04.1979 – VII ZR 190/78 – BauR 1979, 345 und OLG Brandenburg vom 26.09.2002 – 12 U 63/02 – BauR 2003, 1751 zur fehlenden Obergrenze bei Vereinbarung einer Klausel zur Vertragsstrafe.

12 Übliche und dem BGB entsprechende 5-jährige Frist vereinbart wird (OLG Nürnberg, Urteil v. 13.11.2009 – 2 U 1566/06 – BauR 2010, 649; OLG Schleswig-Holstein, Urteil v. 28.04.2017 – 1 U 165/13 – juris, Rn. 93.

Verfügung gestellten Bauvertrag wie auch die Stellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beraten muss. Diese Beratung muss sich auch auf die in Formularverträgen offen gelassenen oder nicht enthaltene Punkte beziehen bzw. es sind auf günstige Regelungen zu Gunsten des Bauherrn hinzuweisen und wohl auch darauf hinzuwirken.¹³ Als Beispiele für die von der Beratung des Architekten umfassten Punkte werden (Gewährleistungs-)Fristen, Vertragsstrafen, Zahlungsmodalitäten wie Skonto oder Sicherheitseinbehalte genannt.¹⁴

Wird bei einer solchen Beratung die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht berücksichtigt, kommt eine Haftung wegen eines Beratungsfehlers in Betracht.¹⁵ Insofern ist ein Architekt also verpflichtet, seinen Auftraggeber auf Risiken hinzuweisen.

5. Diese Beratungspflichten werden in der Literatur jedoch wieder eingeschränkt. Der Umfang der Beratungspflicht soll danach nämlich von der Erfahrung des Bauherrn abhängig sein. Soweit Personen rechts- oder geschäftserfahren sind, sollen den Planer die dargestellten Pflichten nicht treffen.¹⁶

Insoweit hat – zumindest das OLG Nürnberg mit Urteil vom 13.11.2009¹⁷ – diese Auffassung unterstützt, wonach die Verpflichtung zur Hinwirkung der Vereinbarung einer 5-jährigen Verjährungsfrist nämlich mit dem Informationsvorsprung begründet wird, den dieser gegenüber dem Bauherrn hat. Das Urteil kam also durchaus dahingehend interpretiert werden, dass bei einem Bereich entsprechend geschäftserfahrenen Auftraggeber, zu dem der Planer keinen Informationsvorsprung hat, auch keine Verpflichtung zur Beratung und Hinwirkung besteht. Sicher ist dies allerdings nicht.

6. Ansonsten endet die Beratungspflicht eines Architekten dort, wo es um spezielle Rechtsfragen und komplexe Vertragsgestaltungen geht.¹⁸ Diese Auffassung lässt sich der HOAI zwar nicht entnehmen, sie lässt sich aber daraus ableiten, dass der Architekt zu einer rechtsberatenden Tätigkeit nicht berechtigt ist und lediglich die

13 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 205; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 316; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage, 2016, § 34, Rn. 251.

14 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 205; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage, 2016, § 34, Rn. 251.

15 Vgl. hierzu Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 205.

16 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 204; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 316.

17 OLG Nürnberg – 2 U 1566/06 – BauR 2010, 649.

18 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 205; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 316.

V. Auswirkungen der Entwicklung der VOB/B für Architekten

Grundsätze des Werkvertragsrechts beherrschen muss.¹⁹

Maßgeblich kommt es allerdings auch auf den Architektenvertrag an, der insoweit durchaus davon abweichende Regelungen treffen kann.

7. Sieht sich der Planer wegen der Komplexität der Rechtsfrage nicht mehr zu einer Beratung in der Lage, muss er den Bauherrn auffordern, entsprechenden juristischen Rat einzuholen.²⁰ Aufgrund des Urteils des OLG Bamberg vom 26.09.2002 (12 U 63/02 – BauR 2003, 1751), in welchem eine Pflichtverletzung des Architekten angenommen worden ist, gegenüber einem Bauherrn, der um Überprüfung des vom Architekten zur Verfügung gestellten Vertrags durch einen Rechtsanwalt gebeten wurde (da der Architekt keinen konkreten Hinweis auf die Fragwürdigkeit der Formulierung der streitgegenständlichen Vertragsstrafenklausel abgegeben hatte), muss zum Ausschluss der Haftung gegenüber dem Bauherrn durch den Architekten deutlich darauf hingewiesen werden, welche Klausel aus Sicht des Architekten fragwürdig erscheint.

Besonderheit Vertragsstrafe

Hinsichtlich der Frage nach der Festlegung von Vertragsstrafen sind diese für gewöhnlich in gängigen Formularen für Bauverträge enthalten. Hier kann allerdings die Besonderheit bestehen, dass die Vereinbarung der

¹⁹ Vgl. OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.

²⁰ Vgl. Koebler, in: Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 205; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 316.

Vertragsstrafe „angekreuzt“ und die Höhe der Vertragsstrafe noch eingetragen werden muss.

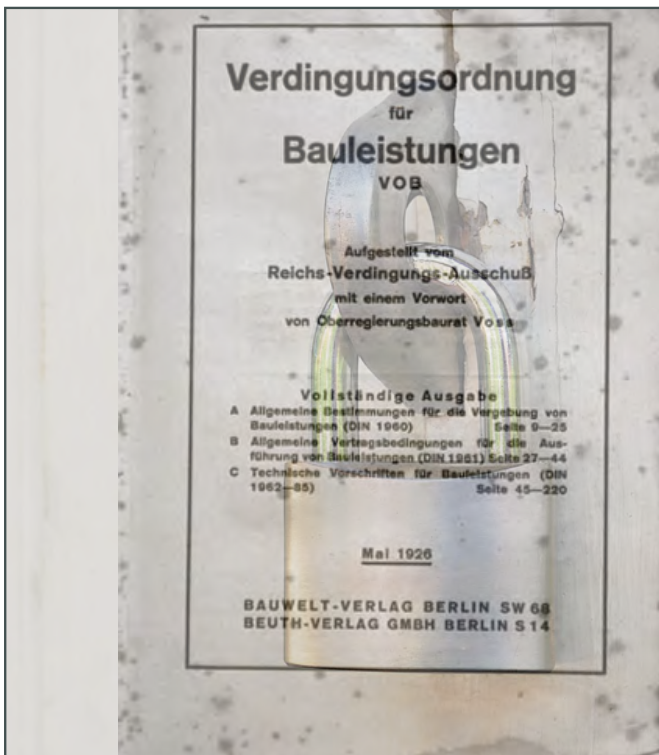
Gegenüber einem Auftraggeber, wenn dieser geschäftsunerfahren ist, ist der Architekt zur allgemeinen Beratung bei Festlegung der Höhe der Vertragsstrafe verpflichtet. Hierbei hat der Architekt darauf zu achten, dass die Klausel wirksam ist und nicht gegen die höchststrichterliche Rechtsprechung verstößt.

Diese Verpflichtungen beruhen darauf, dass die Rechtsprechung Klauseln über die Vertragsstrafe als allgemein üblichen Bestandteil von Bauverträgen auffasst und dementsprechend die gängige Rechtsprechung zur Wirksamkeit einer solchen Klausel bei einem Planer als Teil der erforderlichen Kenntnisse über das Baurecht voraussetzt.²¹

Was bedeutet das konkret?

Neben den zuvor genannten Beispielen wurde in der Literatur die Ansicht vertreten, dass zu den rechtsbezogenen Pflichten des Planers auch die Klärung der Grundlagen des abzuschließenden Bauvertrages gehört, also ob ein Vertrag auf der Grundlage des BGB oder der VOB/B geschlossen werden soll, genauso wie der Hinweis darauf, dass bei Verwendung zusätzlicher oder besonderer Bedingungen neben der VOB/B diese möglicherweise nicht „als Ganzes“ und deshalb der Inhaltskontrolle gem.

²¹ Vgl. BGH, Urteil v. 26.04.1979 - VII ZR 190/78 – BauR 1979, 345; OLG Brandenburg v. 26.09.2002 – 12 U 63/02 – BauR 2003, 1751; OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.



Vertragsgestaltung /
Was lässt sich AGB-rechtlich ändern?

Die VOB/B „als Ganzes“

Nach § 310 Abs. 1 BGB gilt die **Privilegierung** der VOB/B nur bei einer Verwendung gegenüber

- Unternehmern i. S. d. § 14 BGB,
- juristischen Personen des öffentlichen Rechts und
- Sondervermögen des öffentlichen Rechts,
- nicht aber bei Verwendung gegenüber Verbrauchern.

V. Auswirkungen der Entwicklung der VOB/B für Architekten

§§ 307 ff. BGB unterliegt.²²

Wie bereits erwähnt, ist dies vor dem Hintergrund des Bauvertragsrechts äußerst problematisch, da es insoweit noch viele Unklarheiten gibt, vor allem auch zu der Frage, ob die VOB/B – aufgrund ihrer zum Teil erheblichen Abweichungen von den Leitbildern des BGB – noch wirksam vereinbart werden kann.

Beratungen im Zusammenhang mit den Regelungen des neuen Bauvertragsrechts gehören nicht zu den von einem Planer zu kennenden „Grundlagen des Bauvertragsrechts“, so dass hier zum Ausschluss der Haftung auf die Unzulässigkeit einer Rechtsberatung durch einen Planer und die Beratung durch einen Rechtsanwalt ver-

wiesen werden sollte.

Was sollten Architekten in dieser Situation tun?

Im Ergebnis ist ein Architekt also nicht verpflichtet, seinen Auftraggeber auf alle möglichen Risiken im Zusammenhang mit dem Abschluss und dem Inhalt eines Bauvertrags hinzuweisen. Allgemeine Beratungspflichten bestehen aber bei den stets verwendeten Vertragsklauseln sowie der dazu gängigen Rechtsprechung, da diese auch bei einem Planer als bekannt vorausgesetzt werden. Dies wird sicherlich auch im Hinblick auf den derzeit diskutierten Bedeutungsverlust der VOB/B gelten.²³

²² Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 316/1; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage, 2016, § 34, Rn. 251.

²³ Vgl. hierzu auch Koenen, Das neue Bauvertragsrecht: Anfang vom Ende der VOB/B?, in: BauR 2018, 1033 ff.

Ihr Referent



Dr. Andreas Koenen

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht

Vertrauensanwalt des Bundes
Deutscher Architekten (BDA)
Lehrbeauftragter für Baurecht an der
Philipps-Universität Marburg

KOENEN BAUANWÄLTE

Essen | Münster | Bielefeld | Hannover

Telefon +49 (0) 201 43 95 3-0

Fax +49 (0) 201 43 95 3-9

E-Mail koenen@bauanwaelte.de

Web www.bauanwaelte.de

Weiterführende Literatur

Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, Beck-Verlag 2017.

Kniffka/Retzlaff, in: Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, BauR Heft 10a/2017.

Koenen, Das neue Bauvertragsrecht: Anfang vom Ende der VOB/B?, in: BauR 7/2018, S. 1033 ff.

Langen/Berger, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, Werner-Verlag 2017.

Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 1. Aufl., Beck-Verlag 2018.

Schmid, Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht, Nomos Verlag 2017.

Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 1. Aufl., Beck-Verlag 2018.

Schwenker, Kommentierung §§ 631 ff., in: Erman (Hg.), BGB, 15. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt 2017.