AUSGABE 1 | 2019

BAURECHT AKTUELL

DAS MAGAZIN DES NETZWERKS BAUANWÄLTE

The Day After

Was kommt nach den Mindestsätzen der HOAI?

Die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI verstoßen gegen europarechtliche Vorgaben

von RA Prof. H. Henning Irmler

Mit Ungeduld war das Urteil des EuGH zur Übereinstimmung der HOAI mit dem Europarecht erwartet worden. Spätestens seit den Schlussanträgen des Generalanwalts beim EuGH hörte man aus allen Ecken: die HOAI ist tot! *[...]*

Vgl. hierzu den Beitrag auf Seite 5-6

Der Sachverständige und die HOAI nach dem EuGH-Urteil

von RA Olaf Jaeger

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil vom 4. Juli 2019 (Rs. C 377/17) die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) als europarechtswidrig eingestuft. *[...]*

Vgl. hierzu den Beitrag auf Seite 7-9

Das Ende vom Architekten als Rechtsberater des Bauherrn?

von RA Dr. Andreas Koenen

Das BauVG hat eine Vielzahl von Fragen aufgeworfen, die Gegenstand einer intensiven Fachdiskussion sind. Und obwohl diese Diskussion noch ganz am Anfang steht, sind die am Bau Beteiligten gehalten, Lösungen zu finden *[...]*

Vgl. hierzu den Beitrag auf Seite 10-13

3 Editorial

5 Der Europäische Gerichtshof stellt fest: Die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI verstoßen gegen europarechtliche Vorgaben
Aber allen Unkenrufen zum Trotz: Die HOAI wird nicht beerdigt!
RA Prof. H. Henning Irmler, irmler.rechtsanwälte Schwerin, Lübeck

7 Der Sachverständige und die HOAI nach dem EuGH-Urteil vom 4. Juli 2019
Praktische Auswirkungen
RA Olaf Jaeger, GESSNER RAe PartGmbB, Saarbrücken

10 Das Ende vom Architekten als Rechtsberater des Bauherrn
Auswirkungen des BauVG auf Selbstverständnis und Funktion des Architekten
RA Dr. Andreas Koenen, KOENEN BAUANWÄLTE, Essen/Hannover/Münster/Bielefeld

14 Änderungen von Bauleistungen
RA Prof. Dr. Jörg Zeller, KANZLEI PROF. DR. JÖRG ZELLER

20 Bauen für Verbraucher
Änderungen durch das neue Bauvertragsrecht (BauVG)
RA Dr. Christian Biernoth, Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte, Oldenburg

33 Kommt ein „neues“ Bauträgerrecht?
Ein Ausblick
RA Andreas Schmidt, LEINEN & DERICHS Anwaltsozietät, Köln, Berlin, Brüssel

37 Die Abnahme der Architektenleistung
Was ändert sich durch das neue BauVG konkret?
RA Prof. Rudolf Jochem, RJ Anwälte Wiesbaden

41 Die BIM-Methode aus Sicht des Bauherrn
RA Dr. Raffael Greiffenberg, Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte

47 Schluss mit fiktiven Mangelbeseitigungskosten?
RA Andreas Bollig, KOENEN BAUANWÄLTE, Essen/Hannover/Münster/Bielefeld

50 Der Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers aus § 642 BGB
Neue Hoffnung für Auftragnehmer durch die neue BGH-Rechtsprechung?
RA Marco Röder und Jennifer Essig, Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte PartG mbB, Karlsruhe

53 Über das Netzwerk Bauanwälte

Impressum
Herausgeber: Netzwerk Bauanwälte GbR
II. Hagen 7, 45127 Essen, info@nwba.de, www.nwba.de
Geschäftsführer: Dr. Andreas Koenen, koenen@bauanwaelte.de
Redaktion: Dr. Andreas Koenen

Fotonachweise: S. 1: Vladiczech/shutterstock.com; S. 11: DimaBerlin/shutterstock.com; S. 15: Helder Almeida/shutterstock.com; S. 16: Pressmaster/shutterstock.com; S. 18: 88studio/shutterstock.com; S. 20: auremar/Fotolia.com; S. 23: ESB Professional/shutterstock.com; S. 24: Suwatchai Pluemruetai/shutterstock.com; S. 26: Dmitry Kalinovsky/shutterstock.com; S. 28: Raul Souza/shutterstock.com; S. 29: Gajus/shutterstock.com; S. 30: Andrii Yalanskyi/shutterstock.com; S. 34 f.: Alexander Raths/shutterstock.com; S. 38 f.: Minerva Studio/shutterstock.com; S. 42: gwycech/shutterstock.com; S. 48: K.- P. Adler/Fotolia.com; S. 56: ER_09/shutterstock.com

Editorial

Im vergangenen Jahr ist das Bauvertragsgesetz (BauVG) in Kraft getreten, mit dem der Gesetzgeber – wie wir bereits in unserer Sonderausgabe aufgezeigt haben[1] – ein eigenständiges Bauvertragsrecht geschaffen hat, das auch Regelungen zum *Verbraucherbauvertrag*[2], zum *Architekten-/Ingenieurvertrag*[3] und zum *Bauträgervertrag*[4] enthält.

Anderthalb Jahre später hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) nachgelegt und am 04.07.2019 (C-377/17) festgestellt, dass die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI für Planungsleistungen europarechtswidrig und somit unwirksam sind. Dies hat zumindest zur Folge, dass deutsche öffentliche Auftraggeber aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI (weitgehend § 7 HOAI) nicht mehr anwenden dürfen. Insofern darf bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Architekten- oder Ingenieurleistungen der Zuschlag nicht mehr deshalb verweigert werden, weil die angebotenen Preise unterhalb der Mindesthonorarsätze oder oberhalb der Höchsthonorarsätze der HOAI liegen. Unabhängig davon sind die Gerichte – schon vor Aufhebung der vom EuGH in Teilen für rechtswidrig erklärten HOAI – gehalten, die Beachtung des EuGH-Urteils sicherzustellen und zwingende Mindest- und Höchstsätze nicht zugrunde zulegen.[5]

In dieser Ausgabe geht es aber nicht nur um die architektenrechtlichen Folgen der EuGH-Entscheidung. Auch der nationale Gesetzgeber hat mit der Einführung eines eigenständigen Bau- und Architektenvertragsrechts neue Wege beschritten, die sich aller Voraussicht nach zumindest mittel- und langfristig auch auf die Leistungsbilder und damit das Selbstverständnis eines Architekten auswirken könnten.[6] Insgesamt hat die Umgestaltung des Werkvertragsrechts eine Vielzahl von Fragen aufgeworfen und eine Diskussion in Gang gesetzt, deren Ende noch nicht abzusehen ist. Im Zentrum dieser Diskussion stehen nicht nur einzelne Regelungen bzw. deren Auslegung, sondern auch die Auswirkungen der erstmaligen Kodifizierung eines Bauvertragsrechts auf das Baurecht insgesamt und die Frage, ob das BauVG den vom Gesetzgeber angestrebten Zweck erreichen wird. Während manche konstatieren, dass sich die Baurechtswelt durch das BauVG kaum geändert habe und vermuten, „dass die am Bau Beteiligten … einen weiten Bogen um die Neuregelung schlagen“ würden,[7] haben sich andere auf die neue Situation bereits eingerichtet und angepasste Bau- bzw. Planerverträge und Konzepte entwickelt, um eine Position zu finden, die ein dauerhaftes wirtschaftliches Überleben ermöglicht.

Dabei bleibt – um es in der Sprache des Bauens zu formulieren – in Teilbereichen kein Stein auf dem anderen, was auch damit zusammenhängt, dass sich zeitgleich mit der gesetzlichen Neuregelung das Bauen selbst verändert hat und sich mit zunehmender Geschwindigkeit noch weiter verändern wird, und zwar im Sinne einer „wertschöpfungsorientierten Projektabwicklung“, die ein „integriertes Team für Planung und Ausführung, eine frühe Einbindung aller Schlüsselbeteiligten, eine gemeinsame Entwicklung der Bauaufgabe und eine integrierte Aufbauorganisation“ erfordert.[8] Die sich daraus ergebenden Veränderungen stellen die gängigen Bau- und Vertragsmodelle in Frage und reichen bis hin zu der Frage, ob die dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) zugrunde liegende Gestaltung bilateraler Vertragsbeziehungen – jedenfalls bei Großbauvorhaben – noch zeitgemäß ist.

Noch wird das Bauen jedoch durch – zwischen Bauherrn, Architekten/Ingenieuren, Haupt- und Subunternehmern – bestehende bilaterale Verträge und individuelle Vertragsinhalte geprägt, die auf die Wahrung ökonomischer Einzelinteressen fokussiert sind. Hiermit dürfte der Kern des Bauvertragsrechts, der gesetzgeberische Paradigmenwechsel in Richtung „Kooperation statt Konfrontation“ nicht vereinbar sein.[9] Der bisweilen konstatierte „weite Bogen um die Neuregelung“ könnte letztlich somit auch mit einem Festhalten am traditionellen Verständnis der Bauver-

tragsparteien zusammenhängen. Fest steht jedenfalls, dass sich eine über Jahrhunderte hinweg gewachsene Bauvertragskultur – ungeachtet der nicht zu verkennenden, von den technischen Möglichkeiten (voran-)getriebenen rasanten Entwicklung beim Planen und Bauen – nicht von heute auf morgen wird ändern lassen, ebenso wenig wie die Baumodelle, die maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung der Baurechtswirklichkeit und das Verständnis der Bauvertragsparteien haben.

Zu diesen neuen Baumodellen gehört das *Building Information Modeling (BIM)*, dessen Aufstieg im Zusammenhang mit dem im BauVG manifestierten Siegeszug des baurechtlichen Kooperationsgedanken gesehen werden muss.[10] Eng damit verknüpft ist die gerade im Aufwind befindliche Diskussion um die Möglichkeiten und Grenzen von Mehrparteienverträgen.[11] Ausgangspunkt der Suche nach neuen Vertragsmodellen ist die Erkenntnis, dass die traditionellen Bauprojektabwicklungsmodelle und die sie charakterisierenden Vergabe- und Vertragsformen die Kooperation der am Bau Beteiligten behindern, was bei Projekten größerer Komplexität höchst problematisch ist und eine der Ursachen für die Probleme im Zusammenhang mit Terminen, Kosten und Qualitäten sein dürfte.

Der Umgang mit dem BauVG stellt aber nicht nur für Baujuristen bzw. Bauanwälte eine Herausforderung dar. Da nach wie vor die Rolle des Baurechtsberaters in vielen Fällen den Architekten als „geschäftlichen Oberleitern des Bauherrn“[12] zugewiesen wird und lediglich bei Großbauvorhaben qualifizierte „Sonderfachleute Recht“ eingeschaltet werden, wird es auf absehbare Zeit Aufgabe von – insoweit häufig überforderten – Architekten sein, die Probleme bei der Umsetzung der neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu lösen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Umgang mit der VOB/B, die über Jahrzehnte hinweg als Inbegriff eines ausgeglichenen Bauvertrages galt, den ein Architekt lediglich „aus der Tasche ziehen“ musste. Das hat sich seit dem 01.01.2018 geändert, was jeder Architekt bei der Gestaltung von Bauverträgen – allein schon unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten – berücksichtigen sollte.[13]

Aber nicht nur die vom Gesetzgeber veranlassten Änderungen müssen Architekten kennen und berücksichtigen, sondern auch die Rechtsprechung, die in den letzten Jahren – nach dem altersbedingten Ausscheiden von Prof. Dr. Rolf Kniffka, dem früheren Vorsitzenden des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs – einem starken Wandel ausgesetzt war. Dies gilt u.a. im Hinblick auf die Frage, ob es nach dem BGB vor der Abnahme Mängelrechte gibt[14], als auch im Hinblick auf die Frage, inwiefern ein Auftragnehmer zukünftig noch bauzeitbedingte Ansprüche geltend machen kann.[15]

Mit dem Bauvertragsrecht ist die Baurechtswelt also – entgegen den Hoffnungen und Vorstellungen mancher – keineswegs einfacher geworden, ganz im Gegenteil: Die am Bau Beteiligten werden viel Unterstützung benötigen, um sich im Dschungel der neuen Regelungen zurechtzufinden. Ein Anfang ist hiermit gemacht.
Viel Freude bei der Lektüre.

Ihr Dr. Andreas Koenen

1 Baurecht Aktuell, Sonderausgabe 2018, erhältlich unter www.NWBA.de.
2 Vgl. hierzu den Beitrag von Christian Biernoth, S. 20.
3 Vgl. hierzu den Beitrag von Rudolf Jochem, S. 37.
4 Vgl. hierzu den Beitrag von Andreas Schmidt, S. 33.
5 Vgl. hierzu den Beitrag von H. Irmler, S. 5.
6 Vgl. hierzu den Beitrag des Verfassers, S. 10.
7 Michael Seitz (Hauptgeschäftsführer Norddeutscher Baugewerbeverband e.V.), Die VOB/B wird weiterhin gebraucht, in: BauR 2019, Heft 2 (Editorial).
8 Vgl. hierzu den Beitrag von Prof. Dr. Haghsheno über die „Grenzen konventioneller Projektabwicklungsmodelle“, in: BauR 9a/2018, S. 1575 ff.
9 Zu diesem, sich nicht nur aus den Regelungen selbst, sondern vor allem auch der Gesetzesbegründung entnehmenen Paradigmenwechsel vgl. unsere Sonderausgabe (insbesondere S. 5 ff.; sowie Koenen, Das neue Bauvertragsrecht: Anfang vom Ende der VOB/B? in: BauR 2018, S. 1033 – 1038 (Heft 7).
10 Vgl. hierzu den Beitrag von Rafael Greifenberg, S. 41
11 Vgl. hierzu die Ergebnisse des Arbeitskreises XI beim Baugerichtstag 2018 (Mehrparteienverträge für komplexe Bauverträge), veröffentlicht in Heft 9a der Zeitschrift Baurecht: BauR 2018, 1574 ff.
12 BGH, Urteil v. 26.04.1979 - VII ZR 190/78 – BauR 1979, 345.
13 Vgl. hierzu den Beitrag auf Seite 10.
14 Vgl. hierzu den Beitrag von Andreas Bollig, S. 47.
15 Vgl. hierzu den Beitrag von Marco Röder und Jennifer Essig, S. 50.

Der Europäische Gerichtshof stellt fest: Die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI verstoßen gegen europarechtliche Vorgaben

Aber allen Unkenrufen zum Trotz: Die HOAI wird nicht beerdigt!

von RA Prof. H. Henning Irmler, irmler.rechtsanwälte Schwerin, Lübeck

Mit Ungeduld war das Urteil des EuGH zur Übereinstimmung der HOAI mit dem Europarecht erwartet worden. Spätestens seit den Schlussanträgen des Generalanwalts beim EuGH hörte man aus allen Ecken: die HOAI ist tot!

Nun hat der EuGH alle Kassandrarufer enttäuscht. Die HOAI „lebt", ist allerdings in Teilen EU-rechtswidrig.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 4. Juli 2019 (C-377/17) nämlich nur festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen europarechtliche Vorgaben dadurch verstoßen habe, indem in der HOAI verbindliche Mindest- und Höchstsätze für Planungsleistungen vorgegeben seien. Nicht weniger, aber auch nicht mehr.

Der EuGH hat weder die HOAI als solche noch die Höhe der Honorarsätze beanstandet, sondern nur das gesetzliche Verbot, diese zu unter- bzw. zu überschreiten. Er stimmt großteils den Argumenten der Bundesrepublik zur Rechtskonformität der HOAI zu und widerspricht damit in weiten Teilen der Auffassung des EU-Generalanwalts.

Der EuGH hält es allerdings für widersprüchlich, wenn einerseits zur Rechtfertigung der Mindest- und Höchstpreise erklärt werde, dass diese der Qualitätssicherung dienen würden, andererseits aber grundsätzlich Planungsleistungen von jedem Dienstleister erbracht werden könnten. Ein Nachweis der entsprechenden fachlichen Eignung sei für die Erbringung von Planungsleistungen nicht erforderlich. Im Hinblick auf das mit den Mindestsätzen verfolgte Ziel, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu erhalten, erkennt der EuGH deshalb eine „Inkohärenz" in der deutschen Regelung. Wer mit der Qualität gesetzlich vorgeschriebene Mindest- und Höchstpreise rechtfertigen wolle, müsse die Qualität dann auch bei der fachlichen Eignung konsequent berücksichtigen.

Insofern bedürfe es für die Qualitätssicherung zusätzlich auch fachlicher Eignungsnachweise, die der EuGH nicht erkennt. In Deutschland könnten Planungsleistungen auch von solchen Dienstleistern erbracht werden, die keine fachliche Eignung nachgewiesen hätten, stellt das Gericht fest. Leider übersieht der EuGH insoweit die zwingenden Bauvorlageberechtigungen in den jeweiligen Landesbauordnungen, die an die Führung der Berufsbezeichnung Architekt oder bauvorlageberechtigter Ingenieur geknüpft sind. Weiterhin berücksichtigt er nicht die ständige Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte, dass die HOAI leistungsbezogen und nicht berufsstandsbezogen ist, was zur Folge hat, dass auch Nichtarchitekten, die Planungsleistungen aus den Leistungsbildern der HOAI erbringen, nach der HOAI abrechnen müssen bzw. mussten.

Im Ergebnis beschäftigt sich der EuGH allein mit der Zulässigkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI. Das Urteil bestätigt damit die Struktur und den Aufbau der HOAI mit ihren tradierten Leistungsbildern und der Koppelung von Honoraren an Baukosten als geeignetes Ziel der Sicherung der Qualität von Planungsleistungen. Andere Regelungen der HOAI werden nicht kritisiert oder für rechtswidrig erkannt.

Auch erteilt der EuGH Mindest- und Höchstsätzen keine pauschale Absage, hält sie vielmehr gerade mit dem Kriterium Qualität auch für erklärbar. Die HOAI ist deshalb weiterhin vertraglich vereinbar und stellt auch mit ihren Mindest- und Höchstsätzen eine zulässige Vertragsgrundlage dar.

Die Entscheidung belegt zudem, dass es keine Bedenken gegen Preisorientierungen gibt. Insofern bleibt die HOAI als Preisorientierung ohne Abstriche erhalten.

Dass die HOAI noch nicht beerdigt ist, ist auch den Reaktionen des zuständigen Ministeriums zu entnehmen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat mitgeteilt, das Urteil im Detail zu prüfen und dazu weitere Bundesressorts, die Länder und die kommunalen Spitzenverbände sowie die Berufsverbände und die Kammern zu konsultieren, um im Anschluss in Abstimmung mit weiteren Bundesministerien einen Vorschlag zu notwendigen Änderungen der HOAI vorzubereiten. Der Fortbestand der HOAI als Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen scheint damit grundsätzlich gesichert.

Was sind die Folgen dieses Urteils?

1. Unmittelbare Anwendung der EuGH-Entscheidung

Eine Folge dieses Urteils ist, dass die öffentlich-rechtlichen Auftraggeber in Deutschland aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts verpflichtet sind, ab sofort die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI (weitgehend § 7 HOAI) nicht mehr anzuwenden. Daher darf beispielsweise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Architekten- oder Ingenieurleistungen Angeboten der Zuschlag nicht mehr aufgrund der Tatsache verweigert werden, dass die angebotenen

Preise unterhalb der Mindesthonorarsätze oder oberhalb der Höchsthonorarsätze der HOAI liegen.

Auch haben die Gerichte die Pflicht, solange die vom EuGH in Teilen für rechtswidrig erklärte HOAI noch nicht aufgehoben ist, die Beachtung des EuGH-Urteils ihrerseits sicherzustellen und somit zwingende Mindest- und Höchstsätze nicht anzuwenden. Diese Pflicht wurde bereits durch ein Urteil des OLG Celle vom 17.07.2019 - 14 U 188/18 – ebenso bestätigt wie den Umstand, dass die EuGH-Entscheidung auch in laufenden Verfahren umzusetzen ist: „Die für die nationalen Gerichte bindende Auslegung des EU-Rechts wirkt sich auf bestehende Vertragsverhältnisse aus, wenn dort in Abweichung des vereinbarten Honorars unter Bezug auf den HOAI-Preisrahmen ein Honorar in diesem Rahmen durchgesetzt werden soll.“.

2. HOAI als übliche Vergütung im Sinne des § 632 BGB

Ob jedoch überhaupt und inwieweit nunmehr ein ruinöser Preiswettbewerb und -druck entstehen wird, bleibt abzuwarten. Die derzeitige Marktsituation trägt sicherlich dazu bei, dass ein solcher Preiswettbewerb sich eher sehr langsam entwickeln dürfte.

Zudem ist unabhängig von den Mindestsätzen § 632 BGB zu beachten. Danach ist mangels anderweitiger Vereinbarungen bei einem werkvertragsähnlichen Vertrag wie dem Architekten- und Ingenieurvertrag die taxmäßige oder die übliche Vergütung geschuldet. Insoweit kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Gerichte bei Heranziehung dieser Vorschrift wiederum auf die HOAI – als weiter geltende Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – zurückgreifen werden.

3. Auswirkungen auf die öffentliche Vergabe von Planungsleistungen

Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe von Planungsleistungen ist zunächst festhalten, dass § 76 Abs. 1 VgV grundsätzlich den Leistungswettbewerb verlangt, was einen (ausschließlichen) Preiswettbewerb ausschließt (vgl. Stolz, VergabeR 2016, 351, 362). Denn der Preis als wesentliches oder gar alleiniges Zuschlagskriterium ist ungeeignet, weil eine am Preis ausgerichtete Wertung der Angebote qualitative Elemente von Planungsleistungen nicht berücksichtigt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013 – Verg 22/13, VergabeR 2014, 401).

Zudem rückt im Zusammenhang mit der Wertung der Honorarangebote die Frage der Auskömmlichkeit eines Honorarangebotes in das Blickfeld. Bislang spielten sogenannte Unterangebote bei der Vergabe von Planungsleistungen im Gegensatz zu den klassischen Bau- und Liefervergaben wegen des zwingenden Preisrechts der HOAI kaum eine bzw. keine Rolle. Mit Entfall des zwingenden Preisrechts in Bezug auf die Mindest- und Höchstsätze gilt für die Vergabe von Planungsleistungen zukünftig uneingeschränkt § 60 Abs. 3 VgV.

Danach ist ein Angebot zwingend abzulehnen, wenn der öffentliche Auftraggeber nach vorangegangener Preisaufklärung festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebots ungewöhnlich niedrig sind. Um in solchen Fällen die Auskömmlichkeit eines Honorarangebotes festzustellen, ist auf die Regelsätze der HOAI abzustellen. Dabei ist anzumerken, dass als übliche Vergütung bei Architektenhonoraren nicht der Mindestsatz, sondern der sog. Mittelsatz angesehen wird. Bedeutsam ist insoweit, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass Honorare unterhalb des – betriebswirtschaftlich gutachterlich fundierten – Mindestsatzes der HOAI unauskömmlich sind und per se das Risiko von Qualitätseinbußen mit sich bringen (vgl. BT-Dr. 10/1562, S. 5). Ein derartiges Angebot – unterhalb der Mindestsätze – dürfte damit schon auf Basis der gesetzgeberischen Wertung und der Erfahrungswerte als ungewöhnlich niedrig anzusehen sein.

Deshalb sei die Prognose gewagt, dass sich im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe von Planungsleistungen – jedenfalls oberhalb des sog. Schwellenwertes und somit bei Eu-weiten Vergabeverfahren - zukünftig keine gravierenden Honorarveränderungen ergeben (dürfen).

4. Auswirkungen auf bestehende Verträge

Auf abgeschlossene Verträge hat das EuGH-Urteil keine unmittelbare Rechtswirkung, soweit dort ein Honorar im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze vereinbart ist! Denn vertraglich war es zulässig und wird es weiterhin sein, Honorare im Rahmen der Honorarsätze der HOAI – freiwillig – zu vereinbaren.

Nur auf Verträge, bei denen ein Honorar unterhalb oder überhalb der Mindest- und Höchstsätze vereinbart wurde, wirkt sich die EuGH-Entscheidung unmittelbar aus.

Denn solche Honorarvereinbarungen, die bislang gegen § 7 Abs. 1 und 5 HOAI verstießen, sind nunmehr als wirksam anzusehen (vgl. ebenso OLG Celle, Urteil v. 17.07.2019 - 14 U 188/18. Bislang anhängige Rechtsstreite, in den Architekten ihren Honoraranspruch auf § 7 Abs. 5 HOAI 2013, also die Geltendmachung des Mindestsatzhonorars trotz anderweitiger Honorarvereinbarung, stützen, gehen zukünftig für die Architekten verloren.

5. Uneingeschränkte Vereinbarkeit der HOAI 2013 möglich

Unabhängig davon ist es im Wege der Vertragsfreiheit auch zukünftig möglich, einvernehmlich die volle Geltung der HOAI 2013 zu vereinbaren. Dann verbleibt es uneingeschränkt bei den Mindest- und Höchstsatzregelungen, insbesondere in § 7 HOAI 2013. In solchen Fällen sind Honorarvereinbarungen, die gegen § 7 Abs. 1 HOAI 2013 verstoßen, weiterhin unwirksam und es gilt unwiderruflich das Mindestsatzhonorar als vereinbart. ■

Prof. H. Henning Irmler ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht, Fachanwalt Bau- und Architektenrecht.

Der Sachverständige und die HOAI nach dem EuGH-Urteil vom 4. Juli 2019

Praktische Auswirkungen

von RA Olaf Jaeger, GESSNER RAe PartGmbB, Saarbrücken

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil vom 4. Juli 2019 (Rs. C 377/17) die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) als europarechtswidrig eingestuft. In einem Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland erging diese lange erwartete und von vielen schon vorhergesehene Entscheidung. Nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG dürfen nämlich Mindest- und Höchstpreise nur unter engen Voraussetzungen festgesetzt oder beibehalten werden.

Was bedeutet dieses Urteil für den gerichtlichen Sachverständigen, der mit Honorarfragen befasst ist?

Im nachfolgenden soll zunächst der Hintergrund und die allgemeine Aussage des EuGH-Urteils kurz dargelegt werden (1.), um sodann auf die seitdem bereits ergangenen Entscheidungen deutscher Gerichte einzugehen (2.) und schließlich den Sachverständigen entsprechende Anregungen im Umgang hiermit an die Hand zu geben.

1. EuGH-Urteil vom 4. Juli 2019 (Rs. C 377/17)

Gegenstand des EuGH-Urteils ist eine deutsche Verordnung (also kein Gesetz), die HOAI gilt bundesweit in ihrer derzeitigen Fassung seit 2013 für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren und regelt verbindlich Honorardetails - und nach Auffassung der Bundesregierung, hätte sich daran auch nichts ändern sollen. Vor Gericht argumentierte sie (unterstützt u.a. von den Kammern der Planer), dass es für die verbindlichen Mindesthonorare zwingende Gründe gebe, die im Interesse der Allgemeinheit lägen (dies ist regelmäßig ein wichtiges Argument für nationale Regelungen, die unter Umständen gegen Grundsätze des Europarechts verstoßen könnten).

Das wichtigste Ziel der HOAI sei es, die hohen Qualitätsstandards der Architekten- und Ingenieurleistungen zu sichern. Eine gute Planung diene nicht nur der Sicherheit der Gebäude (= Interesse der Allgemeinheit), sondern auch dem Verbraucherschutz.

Sie soll insbesondere einen ruinösen Preiswettbewerb verhindern, um Auftraggebern die bestmöglichen Leistungen zu sichern, deren Qualität von diesen kaum im Voraus bewertet werden kann und die gleichzeitig einen besonders großen Einfluss auf das Leben der Menschen hat.

Bei diesen positiven Zielen stellt sich die Frage, warum die EU-Kommission 2015 gegen die Verordnung klagte.

Das liegt an dem Geltungsbereich der HOAI, denn diese gilt nur für Architekten und Ingenieure, die ihren Sitz in Deutschland haben und ihre Leistungen von Deutschland aus erbringen. Für einen Architekten aus dem EU-Ausland gilt sie hingegen nicht (selbst wenn es ein deutscher Architekt ist, der sich jenseits der Grenze niedergelassen hat), es sei denn, er lässt sich in Deutschland nieder (Niederlassungsfreiheit). Daran würde er aber durch die Regelungen der HOAI in wirtschaftlicher Hinsicht gehindert (d.h. diese Wirkung wäre ein Verstoß gegen EU-Recht).

Denn er kann, so argumentierte die EU-Kommission, kaum mit etablierten deutschen Architekten konkurrieren, wenn er seine Dienstleistungen nicht günstiger anbieten darf, ebenso darf er keine höherwertigen Leistungen zu höheren Preisen anbieten, um sich so von den deutschen Planern abzuheben.

Deshalb beschränke die HOAI die Niederlassungsfreiheit und den Marktzugang, Freiheiten, auf die sich die EU-Staaten im EU-Vertrag verständigt haben.

Das von der Bundesregierung vorgebrachte Argument, dass die Mindestsätze eine gewisse Qualität sicherstellten, überzeugte die EU-Kommission nach Überprüfung nicht: Aus Daten des Statistikamtes Eurostat gehe zwar als Wirkung der HOAI hervor, dass Architekten in Deutschland deutlich besser verdienten als in anderen EU-Ländern. Es gebe aber ausweislich von Schadensstatistiken keine Hinweise darauf, dass Architekten in den anderen Ländern schlechtere Arbeit ablieferten.

Darüber hatten nun die EU-Richter zu befinden. Sie stimmten zwar der Bundesrepublik Deutschland in mehreren Punkten zu und wiesen damit teilweise die Argumente der EU-Kommission zurück. Die Mindest- und Höchstsätze für Architekten und Ingenieure stellten keine „direkte oder

indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit“ oder aufgrund des Firmensitzes dar, heißt es im Urteil. Ferner könnten verbindliche Mindesthonorare durchaus grundsätzlich geeignet sein, um einen Konkurrenzkampf und qualitativ minderwertige Billigangebote auf dem Markt zu vermeiden, wie es die Bundesrepublik bezwecke (der Zweck selbst wurde ebenfalls gutgeheißen).

Doch die Richter entdeckten Lücken im System und in der Argumentation. Denn eine solche nationale Regelung sei nur zu rechtfertigen, wenn sie ihrem Ziel tatsächlich in „kohärenter und systematischer Weise“ gerecht werde. Das sei jedoch in Deutschland aufgrund anderer zu berücksichtigender Regelungen für Planungsleistungen nicht der Fall.

Denn es dürfe sich zwar nicht jeder „Architekt“ oder „Ingenieur“ nennen, weil die Berufsbezeichnung geschützt ist. Es dürfe aber jeder Planungsleistungen erbringen, auch wenn er nicht Architekt oder Ingenieur ist, also nicht in den Regelungsbereich der HOAI fällt. Das heißt, auch der Bauzeichner oder der Metallbauer dürfen beispielsweise Baupläne und Konstruktionszeichnungen erstellen.

Das veranlasste die Richter zu ihrer Entscheidung. „Der Umstand, dass in Deutschland Planungsleistungen von Dienstleistern erbracht werden können, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben, lässt im Hinblick auf das mit den Mindestsätzen verfolgte Ziel, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu erhalten, eine Inkohärenz in der deutschen Regelung erkennen.“

Die Bundesrepublik wird also mit der HOAI alleine ihren eigenen Ansprüchen nicht gerecht. Damit ist die Bundesrepublik aufgefordert, entweder die verbindlichen Honorare (Mindest- und Höchstsätze der HOAI) aufzuheben, oder aber durch andere Maßnahmen dafür zu sorgen, dass diese die Anforderungen des europäischen Rechts einhalten. Das Bundeswirtschaftsministerium hat bereits die öffentlichen Stellen in Deutschland aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts in einem Informationsschreiben vom 04.07.2019 dazu angehalten, ab sofort die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI nicht mehr anzuwenden und daher bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Architekten- oder Ingenieurleistungen den Zuschlag auf Angebote nicht mehr gestützt auf das Kriterium, dass die angebotenen Preise unterhalb der Mindestsätze oder oberhalb der Höchstsätze der HOAI liegen, zu verweigern. Auch das Bundesbauministerium hat mit Erlass vom 5. August 2019 sich entsprechend positioniert und die nachgeordneten Dienststellen angewiesen.

Doch wie verhält es sich mit bereits abgeschlossenen Verträgen, die sich im Rechtsstreit befinden?

2. Entscheidungen deutscher Gerichte

Obwohl das EuGH-Urteil noch fast als (in Zeiten elektronischer Veröffentlichung anachronistisch) druckfrisch bezeichnet werden kann, liegen bereits die ersten Urteile vor. Mehrheitlich wenden Sie das EuGH-Urteil auch auf Altfälle an und unabhängig davon, ob überhaupt ein Auslandsbezug gegeben ist.

Besonders aktiv war das Oberlandesgericht (OLG) Celle, von den mittlerweile drei Urteile vorliegen. Bereits am 17. Juli 2019 (14 U 188/18) befand es, dass die nationalen Gerichte verpflichtet seien, die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI nicht mehr anzuwenden. Im konkreten Fall wollte eine Planerin, nachdem sie bereits in den Jahren 2011-2015 Schlussrechnungen gestellt hatte in Höhe in Höhe in Höhe des vereinbarten Honorars, noch weitere 600.000 € aus weiteren Honorarschlussrechnungen aus den Jahren 2016 und 2017. Sie hatte dies damit begründet, dass die ursprünglichen Rechnungen unterhalb der Mindestsätze liegen würden. Dies wäre dann vor dem EuGH-Urteil durch einen Sachverständigen zu klären gewesen. Das OLG wies jedoch nunmehr direkt die Klage ab.

Nur wenige Tage später (Urteil vom 23. Juli 2019,14 U 182/18) ging es um eine Überschreitung der Höchstsätze um 180.000 € aufgrund einer Pauschalpreisvereinbarung, das Landgericht hatte mit dieser Begründung die Klage des Architekturbüros noch abgewiesen, anders das OLG Celle aufgrund des EuGH-Urteils.

In einem dritten Urteil vom 14.8.2019 (14 U 198/18) ging es um Honorarnachforderungen aus fünf Ingenieurverträgen mit Pauschalpreisvereinbarung in Höhe von mehr als 440.000 €, nachdem zuvor eine Schlussabrechnung über ca. 75.000 € erfolgt und bezahlt war. Auch diese Klage wurde abgewiesen.

Anders entschied das OLG Hamm mit Urteil vom 23. Juli 2019 (21 U 24/18) über eine Honorarnachforderung eines TA-Planers, der sich auf die Mindestsatzunterschreitung der vereinbarten Pauschale berief. Dem Anspruch wurde stattgegeben mit der Begründung, dass die Regelungen der HOAI zu den Mindestsätzen auch nach dem EuGH-Urteil anzuwenden seien. Denn das Urteil binde nur die Bundesrepublik Deutschland, da es sich um ein Vertragsverletzungsverfahren gehandelt habe, diese müsse nach eigenem Ermessen die geeigneten Maßnahmen nunmehr ergreifen, um den europarechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Hinsichtlich bereits begründeter Vertragsverhältnisse habe diese Entscheidung jedoch keine unmittelbaren Auswirkungen, denn ein nationaler Richter könne allenfalls im Lichte des EuGH-Urteils eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechtes vornehmen, dort, wo diese jedoch ausgeschlossen sei (und dies wurde vom OLG Hamm für die HOAI angenommen), müsse das nationale Recht weiterhin angewendet werden.

Da sich das Gericht damit in Widerspruch zum OLG Celle setzte, wurde konsequenterweise im Urteil die Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) zugelassen und diese ist zwischenzeitlich auch eingereicht worden (VII ZR 174/19). Damit steht also zu erwarten, dass demnächst das höchste deutsche Zivilgericht verbindlich für die Instanzgerichte diese Streitfrage klärt.

Dies dürfte auch dringend erforderlich sein, denn bei den Instanzgerichten sind zum Teil Verfahren anhängig, die aufgrund des erwarteten EuGH-Urteils ausgesetzt wurden (wegen sogenannter Vorgreiflichkeit im Sinne von § 148 ZPO), diese Verfahren werden jetzt voraussichtlich wieder

aufgegriffen respektive Aussetzungsanträgen wird nicht mehr stattgegeben (zum Beispiel LG Augsburg, Verfügung vom 9.7.2019 – 64 O 4632/18).

Andererseits könnte es sein, dass auch über diese nationale Auslegung der EuGH das letzte Wort haben wird. Denn das Landgericht Dresden hat bereits Anfang letzten Jahres mit Beschluss vom 8. Februar 2018 wiederum dem EuGH in einem konkreten Honorarrechtsstreit mit Mindestsatzunterschreitung diese Frage vorgelegt, sie ist in Luxemburg anhängig (Rs. C-137/18) und das OLG Dresden hat es für angemessen erachtet, aufgrund dessen wiederum wegen Vorgreiflichkeit des EuGH-Verfahrens diesen Rechtsstreit auszusetzen (Urteil vom 4. Juli.2019 – 10 U 1402/17).

3. Auswirkungen auf die Sachverständigentätigkeit

Bei der Bewertung der im jeweiligen Rechtsstreit behaupteten Unterschreitung der Mindestsätze oder der Überschreitung der Höchstsätze bedarf es regelmäßig für den erkennenden Richter einer Begutachtung durch einen gerichtlichen Sachverständigen. Daher sind in zahlreichen anhängigen Rechtsstreitigkeiten derartige Gutachteraufträge erteilt worden.

Obwohl davon ausgegangen werden kann, dass sich das EuGH-Urteil mittlerweile überall die entsprechende Bekanntheit verschafft hat, ist einem Sachverständigen anzuraten, wenn er einen Gutachterauftrag hat mit Mindestsatzunterschreitung oder Höchstsatzüberschreitung, dass er gemäß § 407a ZPO den zuständigen Richter kontaktiert und sich entsprechende rechtliche Weisungen geben lässt. Denn die rechtliche Vorfrage, wie mit dem EuGH-Urteil umzugehen ist, obliegt dem Gericht und nicht dem Sachverständigen. Insofern darf wohl bezweifelt werden, dass sich die Auffassung des LG Hamburg (Urteil vom 23. Mai 2019 – 321 O 288/17, nicht rechtskräftig) durchsetzt, dass die Mindestsätze zumindest die übliche bzw. taxmäßige Vergütung im Sinne von § 632 Abs. 2 BGB seien. Im dortigen Fall hat ein Generalplaner über den vereinbarten Pauschalpreis hinaus ein restliches Honorar von ca. 560.000 € zugesprochen erhalten mit dieser Begründung. Im dortigen Fall fehlte es an einer weiteren Voraussetzung aus § 7 Abs. 1 HOAI, dass nämlich eine wirksame die Mindestsätze unterschreitende Pauschalpreisvereinbarung schriftlich und vorher abgeschlossen worden sein muss. Daher sei die übliche oder taxmäßige Vergütung geschuldet. Dies müsste dann im Zweifel durch einen gerichtlichen Sachverständigen ermittelt werden, wobei es fraglich erscheint, ob man den Mindestsatz als übliche Vergütung bezeichnen kann.

Insbesondere dann, wenn überhaupt keine Vergütung vereinbart worden ist und die Mindestsatzfiktion aufgrund des EuGH-Urteils dann nicht greift, erhalten Sachverständige sogar noch zusätzliche Arbeit, indem sie nämlich die übliche Vergütung ermitteln müssen. Dann bedarf es empirischer Untersuchungen, wie häufig denn zum Beispiel in der Vergangenheit tatsächlich die Mindestsätze im Wege vertraglicher Vereinbarung (Pauschalierung) unterschritten worden sind, oder aber ob dies kompensiert wird durch gelegentliche Verträge mit Mittel- oder Höchstsatz.

In vielen Fällen wird also das Gericht wohl Akten von den Sachverständigen wieder zurückfordern, weil die Vorfrage, die zu einem entsprechenden Beweisbeschluss geführt hat, ob nämlich die Mindestsätze unterschritten worden sind in Anbetracht der konkreten Honorarvereinbarung einerseits und der erbrachten Leistungen andererseits, aus Rechtsgründen jetzt anders zu beurteilen ist.

Noch schwieriger wird es bei der sehr differenzierten Frage, ob vom EuGH-Urteil auch Fälle des § 8 Abs. 1 und 2 HOAI erfasst sind, wonach dann, wenn nicht alle Leistungsphasen oder nicht alle Grundleistungen einer Leistungsphase übertragen werden, nur die für die übertragenen Phasen vorgesehenen Prozentsätze bzw. für die übertragenen Grundleistungen anteiligen Prozentsätze einer Leistungsphase vereinbart werden dürfen (was auch regelmäßig dann zu entsprechenden Begutachtungen geführt hat). Denn letztlich hängt auch diese Regelung zusammen mit dem Schutz und der Absicherung der Mindestsätze. Auch hier ist also dringend den Sachverständigen anzuraten, eine richterliche Weisung anzufordern.

Damit hat das EuGH-Urteil also nicht nur für die Juristen, sondern auch für die Sachverständigen das Tor zu einer spannenden Zukunft geöffnet. ■

RA Olaf Jaeger ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Das Ende vom Architekten als Rechtsberater des Bauherrn

Auswirkungen des BauVG auf Selbstverständnis und Funktion des Architekten

von RA Dr. Andreas Koenen, KOENEN BAUANWÄLTE, Essen/Hannover/Münster/Bielefeld

Das BauVG hat eine Vielzahl von Fragen aufgeworfen, die Gegenstand einer intensiven Fachdiskussion sind.[1] Und obwohl diese Diskussion noch ganz am Anfang steht, sind die am Bau Beteiligten gehalten, Lösungen zu finden, der neuen Rechtslage angepasste (Bau-)Verträge zu gestalten und Rechtsfragen (z.B. im Rahmen der Rechnungsprüfung) zu beantworten – Antworten, die ungeachtet der sich ändernden Gesetzgebung und Rechtsprechung dauerhaft Bestand haben müssen.

Die damit verbundene Herausforderung für Architekten als „geschäftliche Oberleiter des Bauherrn"[2] ist enorm und wird noch einmal dadurch verschärft, dass der – über Jahrzehnte hinweg für viele Baubeteiligte als Inbegriff eines ausgeglichenen Bauvertrages angesehenen – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) derzeit der AGB-rechtliche Boden entzogen wird.[3] Vor diesem Hintergrund könnte der Architekt gehalten sein, dem Bauherrn ein die neue Rechtslage berücksichtigendes Vertragswerk zur Verfügung zu stellen und dieses dann auch noch im Rahmen der Bauüberwachung (nebst Rechnungsprüfung) zugrunde zu legen.

Die damit verbundene Problematik soll in drei Schritten aufgezeigt werden: Das Verständnis von Hintergrund und Zweck des BauVG **(I.)** ist erforderlich, um zu verdeutlichen, warum die dem BauVG zugrunde liegenden Leitbilder für die Auslegung sämtlicher Bauverträge, insbesondere der VOB/B, von Bedeutung sind **(II.)**, was auch der Architekt bei der Vertragsgestaltung und der Rechnungsprüfung zu beachten hat **(III.)**.

I. Paradigmenwechsel: 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 für dessen Fortentwicklung er 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.

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 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". Mit diesen und anderen Regelungen hat der Gesetzgeber Leitbilder geschaffen, an denen sich zukünftig jeder Bauvertrag zu orientieren hat, will er einer isolierten Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB standhalten.

II. Auswirkungen auf die VOB/B

Angesichts der Realität gewordenen Kodifizierung des Bauvertragsrechts drängt sich die Frage auf, ob die als allgemein gültiges Regelwerk, als Standardbauvertrag geltende VOB/B noch verwendet werden kann oder ob die VOB/B dem BauVG angepasst werden muss.

Nach dem Beschluss des DVA vom 18.01.2018[4] wird die VOB/B bis auf Weiteres unverändert bleiben. „Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht", so der DVA-Hauptausschuss. Mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags könne man die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen nicht mehr gewährleisten. Dabei hat sich der Gesetzgeber 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 Bedeutung ist. Denn allein mit der Regelung des § 650c BGB ist ein „wesentlicher Pfeiler der bisherigen VOB/B im Nachtragsrecht ins Wanken gebracht"[5] worden. Die Abgrenzung des Gesetzgebers von der VOB/B beruht somit nicht auf juristischen Spitzfindigkeiten, sondern manifestiert den – in den Gesetzesmaterialen auch deutlich er-

Immer schon ein Balanceakt: Gestaltung von Bauverträgen durch Architekten

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

Vor diesem Hintergrund dürfte 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 nicht standhalten. Nicht nur der DVA 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 noch ausreichen wird.

III. Auswirkungen des BauVG auf die Gestaltung von Bauverträgen durch Architekten

Doch damit nicht genug. Auch für Architekten stellt sich die Frage, wie vor dem Hintergrund der neuen gesetzlichen Leitbilder überhaupt noch wirksame Klauseln vereinbart werden können und wer für die Gestaltung von Bauverträgen im Zeitalter des BauVG generell zuständig ist. Oder anders ausgedrückt: Kann dies zukünftig noch Aufgabe des Architekten sein?

1. Bauvertragsgestaltung als Grundleistung der LP 7

Während es in der Vergangenheit üblich war, den Verträgen mit den ausführenden Baufirmen als Klauselwerk die VOB/B zugrunde zu legen, gestaltet sich dies nach neuem Recht deutlich schwieriger. Das BauVG begründet nämlich einen grundlegend neuen Denkansatz im Umgang mit Streitigkeiten beim Bauen, der auch bei der bislang maßgeblich von Architekten geprägten Bauvertragsgestaltung nicht ignoriert werden kann.

Je mehr die VOB/B an Bedeutung verliert, desto größer sind die Herausforderungen bei der Vertragsgestaltung, eine Aufgabe, die zu den vom Architekten zu erbringenden Grundleistungen der Leistungsphase 7 gehört. Denn Planer sind in der Regel zur Mitwirkung bei der Vergabe verpflichtet (Leistungsphase 7, § 43 Abs. 1 Nr. 7 bzw. § 34 Abs. 3 Nr. 7 HOAI), da auch „das Zusammenstellen von Vertragsunterlagen" zu den Grundleistungen der Leistungsphase 7 gehört (Anlage 10.1, LP 7, f). Hierunter fallen die Vorbereitung und die Anpassung 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 Änderungen mit sich bringt. So heißt es im Urteil des OLG Brandenburg vom 26.09.2002[6]:

„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 eingeräumt, dass *„die Anforderungen an einen Architekten, der nicht Jurist ist, nicht überspannt werden dürfen."*

Die Verpflichtung des Architekten endet danach erst in dem Moment, in dem seine Tätigkeit als unzulässige Rechtsberatung einzustufen ist. Denn, so auch das OLG Hamm in seinem Urteil vom 15.02.2005,[7] „... ein Architekt ist zu einer rechtsberatenden Tätigkeit grundsätzlich weder berechtigt noch verpflichtet." 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 die Grenze zur unzulässigen Rechtsberatung überschritten ist, bietet § 5 Abs. 1 RDG. Danach sind Rechtsdienstleistungen (nur) dann erlaubt, wenn sie als Nebentätigkeit zum Berufs- und Tätigkeitsbild gehört.

Nach dem Wortlaut der in der HOAI definierten Leistungsbilder – die HOAI ist immerhin eine Rechtsverordnung – gehören

rechtsberatende Tätigkeiten 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.[8]

2. Art und Umfang der erforderlichen Rechtskenntnisse des Architekten

Was bedeutet dies nun im Hinblick auf das Beibringen eines kompletten Bauvertrags? 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 – im Anschluss an die vorgenannte Entscheidung des OLG Hamm vom 15.02.2005[9] – deshalb davon ausgegangen, dass ein Architekt/Ingenieur Verträge oder Vertragsbedingungen nicht selbst entwerfen muss.[10]

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[11], wobei darauf geachtet werden muss, dass das zur Verfügung gestellte Vertragsmuster auf die Interessen des Bauherrn ausgerichtet und in sich nicht widersprüchlich ist.[12]

Vor dem Hintergrund des BauVG wird man also fragen müssen, wie lange es „gängige Vertragsmuster" noch gibt, zumal sich derzeit selbst Baujuristen aufgrund des neuen Bauvertragsrechts enorm schwer tun, 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.

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

a) 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.[13] Insoweit ist aus dieser Entscheidung abzuleiten, dass einen Planer zumindest hinsichtlich der Grundsätze des Werkvertragsrechts Beratungs- und Aufklärungspflichten treffen.

b) 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.[14]

c) Ebenso wurde entschieden, dass ein Planer bei einem von ihm aus dem Buchhandel besorgten Vertragsformular dafür sorgen muss, dass dieser nicht den Interessen des zu beauftragenden Bauunternehmers dient, und z.B. darauf hinwirken muss, dass statt einer 2-jährigen Verjährungsfrist für Mängelansprüche eine (übliche und dem BGB entsprechende) 5-jährige Frist vereinbart wird.[15]

d) Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass ein Planer seinen Auftraggeber in Bezug auf einen zur Verfügung gestellten Bauvertrag wie auch im Hinblick auf die Problematik der Stellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beraten muss. Diese Beratung muss sich auch auf die in Formularverträgen offen gelassenen oder nicht enthaltenen Punkte beziehen, bzw. er muss auf günstige Regelungen zu Gunsten des Bauherrn hinweisen und wohl auch darauf hinwirken.[16] Als Beispiele für die von der Beratung des Architekten umfassten Punkte werden neben der erwähnten Gewährleistungsfrist eine wirksame Regelung zur Vertragsstrafe, Zahlungsmodalitäten wie Skonto oder Sicherheitseinbehalte genannt.[17] Wird bei einer solchen Beratung die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht berücksichtigt, kommt eine Haftung wegen eines Beratungsfehlers in Betracht.[18] Ein Architekt ist also verpflichtet, seinen Auftraggeber auf rechtliche Risiken hinzuweisen. Und darauf ist er in der Regel nicht eingerichtet.

e) In der Literatur werden die Beratungspflichten etwas eingeschränkt, deren Umfang von der Erfahrenheit des Bauherrn abhängig sein soll. Soweit Personen rechts- oder geschäftserfahren sind, seien die Pflichten des Planers geringer.[19] Zumindest das OLG Nürnberg[20] hat diese Auffassung gestützt, indem die Verpflichtung eines Architekten zur Hinwirkung der Vereinbarung einer 5-jährigen Verjährungsfrist mit dem Informationsvorsprung begründet wird, den dieser gegenüber dem Bauherrn hat, in bestimmten Konstellationen aber gerade nicht. Handelt es sich also um einen entsprechend geschäftserfahrenen Auftraggeber, gegenüber dem der Planer keinen Informationsvorsprung hat, so ist diese Entscheidung zu verstehen, dass auch keine Verpflichtung zur Beratung und Hinwirkung besteht.

f) Im Übrigen endet die Beratungspflicht eines Architekten dort, wo es um spezielle Rechtsfragen und komplexe Vertragsgestaltungen geht.[21] 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 Grundsätze des Werkvertragsrechts beherrschen muss.[22] Maßgeblich kommt es allerdings auch auf den Architektenvertrag an, der insoweit durchaus davon abweichende Regelungen treffen kann.

g) Sieht sich der Planer wegen der Komplexität der Rechtsfrage nicht mehr zu einer Beratung in der Lage, muss er den Bauherrn allerdings empfehlen, entsprechenden juristischen Rat einzuholen.[23] Aufgrund des Urteils des OLG Brandenburg vom 26.09.2002[24], das eine Pflichtverletzung des Architekten gegenüber einem Bauherrn angenommen hatte, weil dieser keinen konkreten Hinweis auf die Fragwürdigkeit der Formulierung der verwendeten Vertragsstrafenklausel abgegeben hatte, sollte ein Architekt deutlich darauf hinweisen, welche Klausel aus seiner Sicht fragwürdig erscheint.

3. Besonderheit Vertragsstrafe

Vertragsstrafen sind zwar in gängigen Bauvertragsmustern enthalten, nicht selten aber in der Form, dass diese angekreuzt und die Höhe der Vertragsstrafe noch eingetragen werden muss. Gegenüber einem geschäftsunerfahren Auftraggeber ist ein Architekt verpflichtet, zur Höhe der Vertragsstrafe zu beraten und darauf zu achten, dass die Klausel der höchstrichterlichen Rechtsprechung entspricht und wirksam ist. Hintergrund ist, dass Vertragsstrafenklauseln als übliche Bestandteile von Bauverträgen eingestuft werden und die Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung deshalb erwartet werden könne.[25]

4. Was bedeutet das konkret?

Neben den zuvor genannten Beispielen wird die Ansicht vertreten, dass zu den Pflichten eines Planers auch die Klärung der Grundlagen des abzuschließenden Bauvertrages gehören, also etwa die Frage, ob ein Vertrag auf der Grundlage des BGB oder der VOB/B geschlossen werden sollte. Dasselbe soll im Hinblick auf die Verwendung zusätzlicher oder besonderer Vertragsbedingungen (neben der VOB/B) gelten, mit der Folge, dass diese dann nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart wäre und dann der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB unterliegen würde.[26]

Vor dem Hintergrund des neuen Bauvertragsrechts sind die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Rechtsberatungsleistungen von Architekten kaum noch zu erfüllen. Denn obwohl das Bauvertragsrecht manchem Bauanwalt und manchem Richter Kopfzerbrechen bereitet, wird von Architekten verlangt, die sich aus den gesetzlichen Änderungen und der (zwischenzeitlich geänderten) Rechtsprechung ergebenden Konsequenzen zu überblicken und Lösungen zu entwickeln. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die nach wie vor offene Frage, ob und inwieweit die VOB/B aufgrund ihrer zum Teil erheblichen Abweichungen von den Leitbildern des BGB überhaupt noch wirksam vereinbart werden kann. Beratungen im Zusammenhang mit den Regelungen des neuen Bauvertragsrechts werden deshalb wohl kaum zu den von Architekten zu beherrschenden „Grundlagen des Bauvertragsrechts“ gehören.

FAZIT: Zwar ist ein Architekt nicht verpflichtet, seinen Auftraggeber auf alle rechtlichen Risiken im Zusammenhang mit dem Abschluss und dem Inhalt eines Bauvertrags hinzuweisen. Zu den stets verwendeten Vertragsklauseln sowie der dazu gängigen Rechtsprechung muss er den Bauherrn jedoch beraten. In diesem Bereich darf ein Bauherr Kenntnisse des Architekten als bekannt voraussetzen. Wie sich dies im Hinblick auf den derzeit diskutierten Bedeutungsverlust der VOB/B auswirkt, wird erst in einigen Jahren entschieden. Um eine Haftung zu vermeiden und das Risiko unzulässiger Rechtsberatung zu vermeiden, sollten Architekten ihren Bauherren die Einschaltung eines „Sonderfachmanns Recht“ empfehlen. ■

Dr. Andreas Koenen ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Lehrbeauftragter an der Philipps-Universität Marburg sowie an der EBZ Businessschool (University of Applied Sciences) mit Sitz in Bochum.

1 Vgl. hierzu die Beiträge in dieser Ausgabe „Baurecht aktuell“ sowie in der Sonderausgabe 2018.
2 BGH, Urteil v. 26.04.1979 - VII ZR 190/78 – BauR 1979, 345.
3 Vgl. hierzu Koenen, Das neue Bauvertragsrecht: Anfang vom Ende der VOB/B?, in: BauR 2018, 1033 ff.
4 Beschluss des HAA zur VOB/B vom 18.01.2018; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit.
5 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.
6 OLG Brandenburg – 12 U 63/02 – BauR 2003, 1751.
7 OLG Hamm – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.
8 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; OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.
9 OLG Hamm, 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.
10 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 204; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, Stand 15.07.2019, § 34, Rn. 315.
11 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.
12 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 204; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, Stand 15.07.2019, § 34, Rn. 315.
13 OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.
14 BGH, Urteil v. 26.04.1979 - VII ZR 190/78 – BauR 1979, 345 und OLG Brandenburg, Urteil v. 26.09.2002 - 12 U 63/02 – BauR 2003, 1751 zur fehlenden Obergrenze bei Vereinbarung einer Klausel zur Vertragsstrafe.
15 Vgl. 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.
16 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 205; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, Stand 15.07.2019, § 34, Rn. 316; Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage, 2016, § 34, Rn. 251.
17 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.
18 Vgl. hierzu Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 205.
19 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, Stand 15.07.2019, § 34, Rn. 204; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 315.
20 OLG Nürnberg, Urteil v. 13.11.2009 – 2 U 1566/06 – BauR 2010, 649.
21 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, Stand 15.07.2019, § 34, Rn. 205; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, § 34, Rn. 316.
22 Vgl. OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.
23 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34, Rn. 205; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, Stand 15.07.2019, § 34, Rn. 316.
24 OLG Brandenburg, Urteil v. 26.09.2002 – 12 U 63/02 – BauR 2003, 1751.
25 Vgl. 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; OLG Hamm, Urteil v. 15.02.2005 – 21 U 27/04 – BauR 2005, 1069.
26 Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage 2016, § 34, Rn. 251; Steeger/Fahrenbruch, Praxiskommentar HOAI 2013, Stand 15.07.2019, § 34, Rn. 316/1.

Änderungen von Bauleistungen

von RA Prof. Dr. Jörg Zeller, KANZLEI PROF. DR. JÖRG ZELLER

Während die VOB/B in § 1 Abs. 3 VOB/B schon seit vielen Jahren ein Anordnungsrecht des Auftraggebers vorsieht, wurde ein solches Anordnungsrecht des Auftraggebers zur Änderung von Bauleistungen erst mit Wirkung zum 01.01.2018 auch in das BGB mit § 650 b BGB eingeführt.

§ 650 b BGB gilt dabei für alle „Bauverträge", die ab dem 01.01.2018 geschlossen worden sind.

Insofern kommt es nicht entscheidend darauf an, wann die Anordnung von dem Bauherrn veranlasst wurde, sondern nur darauf an, wann der zwischen den Parteien bestehende Bauvertrag rechtswirksam geschlossen wurde. Nur auf Bauverträge, die ab dem 01.01.2018 geschlossen wurden, findet § 650 b BGB Anwendung, so dass nur dann dem Auftraggeber ein Anordnungsrecht nach § 650 b BGB zusteht.

Varianten des Anordnungsrechts

§ 650 b Abs. 1 Satz 1 BGB unterscheidet dabei zwei Varianten des Anordnungsrechtes. Einerseits die

- „Änderung des vereinbarten Werkerfolges"

und andererseits

- „eine Änderung, die zur Erreichung des Werkerfolges notwendig ist".

Diese beiden Fälle des Anordnungsrechts unterscheiden sich insbesondere bezüglich der Frage, inwiefern der Auftragnehmer überhaupt verpflichtet ist ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen und inwiefern der Unternehmer verpflichtet ist die Änderungsanordnung des Auftraggebers auch tatsächlich zu beachten und auszuführen. Sofern nämlich eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges von dem Auftraggeber angeordnet wird und dem Auftragnehmer die Ausführung dieser Änderung nicht zumutbar sein sollte, wäre der Auftragnehmer bereits nicht verpflichtet ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütungen zu erstellen und auch nicht verpflichtet die Änderungsanordnung zu erfüllen.

Änderung des vereinbarten Werkerfolges

Eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges soll dann vorliegen, wenn das „als geschuldet vereinbarte Ergebnis der Arbeit des Unternehmers" geändert wird (Palandt 77. Auflage 2018, § 650 b BGB RN 4). Ob und welche Änderungen vorliegen, soll dabei anhand der vereinbarten „Soll-Beschaffenheit" – wie beim Mangel der Werkleistung – zu bestimmen sein. Hierzu sollen auch Änderungen in der Ausführungs- und Herstellungsart sowie Änderungen im Arbeitsablauf, die die Beschaffenheit betreffen, gehören, soweit diese vertraglich vereinbart sind (Palandt § 650 b BGB, RN 4).

Beispiel:

Wurde also beispielsweise die Ausführung eines Steildaches unter Verwendung von Betondachsteinen vereinbart und beauftragt und ordnet der Bauherr später an, dass statt Betondachsteinen eine Eindeckung mit Zink als Doppel-Steh-Falz-Ausführung ausgeführt werden solle, würde es sich hierbei um eine Änderung des vertraglich vereinbarten Werkerfolges im Sinne des § 650 b Abs. 1 Nr. 1 BGB handeln.

Änderungsanordnung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges

Eine „Änderungsanordnung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges" im Sinne des § 650 b Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt demgegenüber vor, wenn der Werkerfolg, der vom Auftragnehmer geschuldet ist, unverändert bleibt, jedoch Leistungselemente im Vertrag fehlen oder zu ergänzen sind, die zur Erreichung der Verwendungstauglichkeit bzw. fachgerechten Ausführung, entsprechend den allgemein anerkannten Regeln der Technik, erforderlich sind. Dies käme beispielsweise dann in Betracht, wenn die auszuführende Leistung durch ein Leistungsverzeichnis im Detail beschrieben und konkretisiert ist und in diesem Leistungsverzeichnis Ausführungsdetails fehlen, die für eine vertragsgemäße, gebrauchstaugliche und fachgerechte Leistung notwendig und erforderlich sind oder werden.

Beispiel:

Fehlt beispielsweise in einem Leistungsverzeichnis für Dachdeckerarbeiten die nach den allgemein anerkannten Regeln erforderliche „Unterspannbahn", so würde es sich bei diesen Arbeiten zur zusätzlichen Einbringung der erforderlichen Unterspannbahn um notwendige Leistungen zur Erreichung des geschuldeten Werkerfolges handeln.

Denkbar wäre auch, dass erst im Zuge der Werkleistungen festgestellt wird, dass zusätzliche Leistungen, die zuvor gar nicht erkennbar waren, notwendig und erforderlich werden, um den Werkerfolg mängelfrei und vollständig zu erreichen.

Beispiel:
Wird beispielsweise ein Fliesenleger mit der Erneuerung eines Fliesenbelages in einem Bad beauftragt und stellt sich erst beim Entfernen der Fliesen heraus, dass die darunter befindliche Abdichtungsebene beschädigt und daher zu erneuern ist, so würde es sich bei diesen zusätzlichen Arbeiten zur Erneuerung der Abdichtungsebene ebenfalls um erforderliche Arbeiten zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges handeln.

Zumutbarkeit der geänderten Leistung

Wie bereits ausgeführt, besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Änderung des Werkerfolges einerseits und der Anordnung notwendiger Leistungen zur Erreichung des gleichbleibenden Werkerfolges andererseits darin, dass der Auftragnehmer die Ausführung der geänderten Arbeiten und sogar bereits die Vorlage eines Angebotes bezüglich der Mehr- und Minderkosten dann verweigern kann, wenn eine Änderung des Werkerfolges vorliegt und ihm die Ausführung der geänderten Arbeiten nicht „zumutbar" ist. Nur in einem solche Falle der „Änderung des Werkerfolges" kommt es also gemäß § 650 b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB sowie § 650 b Abs. 2 Satz 2 BGB auf die Frage der „Zumutbarkeit" an. Änderungen, die zur Erreichung des Erfolges notwendig sind (§ 650 b Abs. 1 Nr. 2 BGB) hat der Unternehmer stets auszuführen. Allenfalls im Rahmen der allgemeinen Vorschriften (z. B. § 275 Abs. 3 BGB: Unmöglichkeit) könnte sich der Unternehmer hier ggfls. auf eine Unzumutbarkeit oder gar Unmöglichkeit berufen.

Eine fehlende Zumutbarkeit kann sich beispielsweise dadurch ergeben, dass dem Auftragnehmer die technische Leistungsfähigkeit, die technische Ausstattung oder die persönliche Qualifikation für die geänderte Leistung fehlt. In Betracht kämen auch betriebsinterne Vorgänge, wie beispielsweise die fehlende Verfügbarkeit von Maschinen, von Arbeitskräften bzw. die bestehende Auslastung des Betriebes.

Beispiel:
Würde also beispielsweise der Auftraggeber im zuvor beschriebenen Ausgangsfalle anordnen, dass statt einer Dacheindeckung mit Betondachsteinen eine Dacheindeckung mit Zinkdach vorzunehmen sei, könnte sich der Auftragnehmer beispielsweise auf eine Unzumutbarkeit berufen, wenn sein Betrieb nicht auf die entsprechende Ausführung von Metall-Dächern eingerichtet wäre, also das technische Know-how bzw. die erforderlichen Maschinen hierfür fehlen würden. Für die Ausführung von Doppel-Steh-Falz-Eindeckungen sind nämlich spezielle Maschinen und spezielle Kenntnisse und Erfahrungen erforderlich, die nicht bei jedem Dachdeckerbetrieb vorhanden sind. In diesem Falle wäre der Dachdecker also bereits nicht verpflichtet ein Angebot bezüglich der Mehr- und Minderkosten zu erstellen und wäre überdies auch nicht verpflichtet die geänderten Leistungen auszuführen.

Ist zwischen den Parteien streitig, inwiefern dem Auftragnehmer die geänderte Werkleistung zumutbar ist oder nicht, hat zunächst grundsätzlich der Besteller die Beweislast dafür zu tragen, dass dem Auftragnehmer die geänderte Leistung zumutbar ist, da er den Vertrag ja ändern will (BT-Drs 18/8486 S.54). Lediglich dann, wenn der Unternehmer „betriebsinterne Vorgänge" für die Unzumutbarkeit einer Anordnung geltend machen will, hätte er hierfür die Beweislast zu tragen (vgl. § 650 b Abs. 1 Satz 3 BGB).

Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung

Ordnet der Auftraggeber eine notwendige Leistung zur Erreichung des geschuldeten Werkerfolges im Sinne des § 650 b Abs. 1 Nr. 2 BGB an oder ist dem Auftragnehmer die Änderung des Werkerfolges im Sinne des § 650 b Abs. 1 Nr. 1 BGB zumutbar, ist der Auftragnehmer zunächst verpflichtet ein Angebot über die erforderliche Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen (§ 650 b Abs. 1 Satz 2 BGB).

Erstellt der Auftragnehmer – obwohl er hierzu verpflichtet ist – kein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung, so handelt es sich hierbei um die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, die unter Umständen den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses gemäß § 648 a BGB oder zur Geltendmachung von Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB berechtigen kann.

So geht das zukünftig nicht mehr ohne Weiteres: Einschränkungen des Anordnungsrechts des Auftraggebers durch § 650b BGB

Leitbild des Gesetzes (BauVG): Kooperation statt Konfrontation

Einigung der Parteien über die geänderten Leistungen und die geänderte Vergütung

Nach der Intention des Gesetzgebers sollen die Parteien zunächst Einvernehmen über die Änderung der Leistung und die infolge der Änderung sich ergebende Mehr- oder Mindervergütung erzielen.

Einigen sich die Vertragsparteien – entsprechend dieser Intention des Gesetzgebers – über die Änderung des geschlossenen Vertrages und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung, so wird damit einvernehmlich der ursprünglich geschlossene Vertrag der Parteien geändert und der nunmehr geänderte Vertrag ist die neue vertragliche Grundlage der Vereinbarung der Parteien. Es ist den Vertragsparteien nämlich im Sinne der Vertragsfreiheit stets unbenommen jederzeit einvernehmlich den Vertrag zu ändern. Anspruchsgrundlage für die Ausführung der geänderten Leistungen bzw. die Zahlung der geänderten Vergütung ist dann nicht (mehr) § 650 b BGB, sondern vielmehr der zwischen den Parteien einvernehmlich geänderte Bauvertrag.

Änderungsanordnung nach 30 Tagen

Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer indes keine Einigung, kann der Besteller die Änderung in Textform verbindlich anordnen (§ 650 b Abs. 2 Satz 1 BGB).

Diese Wartefrist von 30 Tagen, bevor der Auftraggeber die Änderung verbindlich anordnen kann, stellt für den Auftragnehmer in der Regel ein wesentliches „Druckmittel“ in der Verhandlung dar. Selbst wenn die Leistungen für den werkvertraglichen Erfolg notwendig sind, soll der Auftragnehmer erst nach 30 Tagen und anschließend entsprechender Anordnung des Auftraggebers zur Ausführung verpflichtet sein. Sofern also – wie wohl zumeist – ein gewisser Zeitdruck auf der Baustelle besteht, könnte hierüber quasi der Auftragnehmer den Auftraggeber „zwingen“ den von ihm angebotenen geänderten Preis zu akzeptieren, wollte der Auftraggeber nicht 30 Tage warten, bis die Arbeiten fortgesetzt werden. Einigen sich die Parteien nämlich vorher auf die geänderte Leistung und die geänderte Vergütung, könnten unverzüglich die geänderten Leistungen ausgeführt und die Werkleistung abgeschlossen werden. Kommt indes eine solche Einigung der Parteien nicht zustande, müsste der Auftraggeber – wie ausgeführt – zunächst 30 Tage warten, bevor er verbindlich die Änderung anordnen könnte.

Teilweise wird vertreten, dass die Wartefrist von 30 Tagen dann nicht abgewartet werden müsste, wenn der Auftragnehmer zu erkennen geben würde, dass er tatsächlich nicht einigungsbereit sei und somit die Verhandlungen vorzeitig endgültig „gescheitert“ seien. In diesem Falle wird teilweise vertreten, dass dann der Auftraggeber bereits zu diesem Zeitpunkt der Verweigerung weiterer Verhandlungen berechtigt sei, die Änderung rechtsverbindlich anzuordnen.

Angesichts des klaren Wortlautes der gesetzlichen Regelung, kann diese Auffassung jedoch nicht überzeugen. Die vom Gesetzgeber vorgesehene „Wartefrist“ soll ja dem Ziel dienen gegebenenfalls gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden und eine einvernehmliche Lösung der Vertragsparteien zu fördern. Eine solche einvernehmliche Lösung könnte ja auch darin bestehen, dass der Auftraggeber – aufgrund der ansonsten einzuhaltenden Wartefrist – möglicherweise doch bereit ist einen geringfügig höheren Angebotspreis des Auftragnehmers für den Fall der sofortigen Ausführung zu akzeptieren.

Hier bleibt gegebenenfalls abzuwarten, inwiefern die Rechtsprechung indes doch einen Verstoß gegen Treu und Glauben dann annehmen wird, wenn der Auftragnehmer einen deutlich überzogenen Angebotspreis vorlegt und versucht - über die ansonsten einzuhaltende Wartefrist - diesen deutlich überzogenen Angebotspreis quasi zu „erpressen“.

Bei der vorzunehmenden Abwägung wird man allerdings zu berücksichtigen haben, dass es ja der Auftraggeber ist, der die Leistungen ändern will. Es bliebe dem Auftraggeber ja unbenommen, den ursprünglichen Leistungserfolg unverändert einzufordern. In diesem Falle entstünde auch keine Wartefrist. Sofern notwendige Leistungen nicht berücksichtigt wurden, entstammt dieses Problem zumeist ebenfalls aus der Risikosphäre des Auftraggebers, da dieser in der Regel das dann unvollständige Leistungsverzeichnis erstellt und zur Vertragsgrundlage gemacht hat, bzw. die Bestandsimmobilie zur Verfügung gestellt hat, die erst nachträglich entsprechend zusätzliche Leistungen erforderlich gemacht hat.

Textform der Anordnung

Sofern nach Ablauf von 30 Tagen der Auftraggeber die Änderung anordnen kann, hat dies zwingend in „Textform“ zu erfolgen. Textform bedeutet im Sinne des § 126 b BGB, dass eine „lesbare Erklärung, in der

die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden“ muss. Ein dauerhafter Datenträger ist dabei jedes Medium, dass es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung, so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben (vgl. § 126b BGB).

Nach derzeitiger Rechtsprechung erfüllen nachfolgende Medien diese Anforderungen an die Textform:

- Papier
- USB-Stick
- CD-Rom
- Speicherkarten
- Festplatten
- E-Mails
- Computerfax

Zu unterscheiden ist die bloße Textform im Sinne des § 126 b BGB von der Schriftform im Sinne des § 126 BGB, welche eine „Namensunterschrift“ erfordert. Dies ist bei der Textform nicht erforderlich.

Rechtsnatur der Änderungsanordnung

Von der Rechtsnatur her handelt es sich bei der Änderungsanordnung um eine einseitig empfangsbedürftige rechtsgestaltende Willenserklärung des Auftraggebers. Durch diese einseitig empfangsbedürftige rechtsgestaltende Willenserklärung des Auftraggebers wird das Vertragsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Anordnung – entsprechend deren Inhalt – umgestaltet.

Beispiel:

Hat also beispielsweise der Auftraggeber gegenüber dem Fliesenleger die zusätzliche Ausführung der erforderlichen Abdichtung angeordnet, so wird damit der ursprüngliche Vertrag der Parteien, der zunächst lediglich die Erneuerung des Fliesenbelages vorsah, dahingehend geändert und ergänzt, dass nunmehr auch die Ausführung der Abdichtung zur vertraglichen Leistungspflicht des Auftragnehmers gehört. Führt der Auftragnehmer – trotz dieser wirksamen Änderungsanordnung – die Abdichtungsarbeiten nicht aus, könnte der Auftraggeber beispielsweise das Vertragsverhältnis fristlos gemäß § 648 a BGB kündigen oder Schadensersatz geltend machen.

Das Vertragsverhältnis wird also bezüglich der Leistungspflichten nicht anders behandelt, als wäre von Anfang an auch diese geänderte Leistungspflicht bereits im Vertrag vorgesehen gewesen.

Zu beachten ist allerdings, dass diese Änderungsanordnung nur das Vertragsverhältnis zwischen dem Besteller und seinem Auftragnehmer betrifft und ändert. Hat also der Auftragnehmer beispielsweise einen Nachunternehmer beschäftigt, wird durch die Änderungsanordnung des Bauherrn das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftragnehmer und seinem Nachunternehmer noch nicht geändert und nicht beeinflusst. Vielmehr wäre es dann erforderlich, dass der Auftragnehmer selbst gegenüber seinem eigenen Nachunternehmer eine Änderungsanordnung in Textform veranlasst.

Höhe des geänderten Vergütungsanspruchs

Haben sich die Parteien nicht auf eine entsprechende Mehr- oder Mindervergütungen geeinigt, richtet sich die Vergütungsanpassung im Falle geänderter Leistungen nach § 650 c BGB.

Danach ist die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650 b Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand grundsätzlich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln (§ 650 c Abs. 1 Satz 1 BGB).

Anders, als bei Änderungsanordnungen im VOB/B-Vertrag, ist dabei der Auftragnehmer nicht verpflichtet auf seine „Urkalkulation“ zurückzugreifen. Vielmehr kann der Auftragnehmer – völlig unabhängig von seiner Urkalkulation des Auftrages – eine Abrechnung nach den „tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“ vornehmen.

Diese Art der Abrechnung wird der Auftragnehmer insbesondere dann wählen, wenn seine Urkalkulation nicht auskömmlich oder wirtschaftlich unvorteilhaft sein sollte. In diesem Falle wäre er beim BGB-Vertrag gerade nicht gezwungen auf seine Urkalkulation zurückzugreifen.

Allerdings „könnte“ der Unternehmer zur Berechnung seiner Vergütung für den Nachtrag auch auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen (§ 650 c Abs. 2 Satz 1 BGB). In diesem Falle würde gemäß § 650 c Abs. 2 Satz 2 BGB vermutet, dass die auf der Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach § 650 c Abs. 1 BGB entspricht.

Sofern also eine nach Preisen und Leistungen hinreichend aufgeschlüsselte Urkalkulation vorliegt, die überdies „vereinbarungsgemäß“ hinterlegt wurde, stünde es dem Auftragnehmer frei, entweder eine Abrechnung auf der Basis der Urkalkulation oder aber auf der Basis der tatsächlichen Kosten vorzunehmen. Dieses Wahlrecht des Auftragnehmers soll sich dabei auf jede in sich abgeschlossene angeordnete Änderung beziehen (Orlowski Baurecht 17, 1427/32), insgesamt aber nur einmal ausgeübt werden können (BT-Drs. 18/8486 S. 56; Palandt § 650 c RN 6).

Dieses Wahlrecht des Auftragnehmers bietet allerdings in der Praxis die theoretische Möglichkeit und Gefahr entsprechender „Spekulationen“ des Auftragnehmers. Rechnet der Auftragnehmer beispielsweise mit zu ändernden Leistungen, bei denen ein hoher „Materialanteil“ zu erwarten ist, könnte er eine Urkalkulation vereinbarungsgemäß hinterlegen, in der lediglich geringe Stundenverrechnungssätze kalkuliert sind, demgegenüber jedoch hohe Materialaufschläge berücksichtigt sind. Käme dann tatsächlich die erwartete Änderungsanordnung mit entsprechend hohem Materialanteil, könnte er auf die vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen und die entsprechenden Materialkosten nebst den sich daraus ergebenden hohen Zuschlägen erfolgreich geltend machen.

Käme – statt der Erwartung – eine Änderungsanordnung, die nur einen geringen

Anteil an Material, stattdessen aber einen hohen Anteil an Arbeitsleistungen beinhaltet, wäre er nicht verpflichtet auf seine insofern wirtschaftlich ungünstige Urkalkulation zurückzugreifen. Müsste er jetzt – wie beim VOB-Vertrag – auf seine insofern ungünstige Urkalkulation zurückgreifen, könnte er lediglich die dort vorgesehenen geringen Stundenverrechnungssätze in Ansatz bringen. Beim BGB-Vertrag könnte er jedoch - aufgrund des insofern bestehenden Wahlrechts - in diesem Falle eine Abrechnung auf der Basis der tatsächlichen Kosten vornehmen.

Sofern eine Berechnung nach den tatsächlich entstandenen Kosten erfolgt, ist eine Abrechnung vorzunehmen nach den aktuellen Materialkosten, aktuellen Stundenlöhnen etc.. Maßgeblich soll die Differenz sein zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Änderungsanordnung entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung entstehen (Palandt § 650 c RN 6 unter Verweis auf BT-Drs 18/8486 S. 56).

Dieses Wahlrecht des Auftragnehmers stellt beim BGB einen deutlichen Vorteil zugunsten des Auftragnehmers dar, gegenüber dem zwingenden Rückgriff auf die Urkalkulation beim VOB-Vertrag.

Abschlagszahlungen

Ebenfalls vorteilhaft zugunsten des Auftragnehmers ist die Regelung zu den geschuldeten Abschlagszahlung im Falle einer Änderungsanordnung durch den Auftraggeber.

Beim VOB-Vertrag ist es weit verbreitet, dass vom Auftraggeber der geänderte Auftrag nur „dem Grunde nach" erteilt wird und der Auftragnehmer aufgefordert wird die geänderte Leistung auszuführen, obwohl eine Einigung der Parteien zur geänderten Werklohnforderung noch gar nicht getroffen wurde. Im Falle einer solchen wirksamen Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 1 Abs. 3 VOB/B wäre dann der Auftragnehmer - auch ohne Einigung über die geänderte Vergütung - zur Ausführung verpflichtet und müsste gegebenenfalls erst in einem jahrelangen Prozessverfahren die Höhe der geänderten Vergütung einfordern.

Diesbezüglich sieht § 650 c Abs. 3 BGB eine deutliche Erleichterung zugunsten des Auftragnehmers vor. Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632 a BGB geschuldeten Abschlagszahlungen, kann der Unternehmer nämlich 80 % einer in einem Angebot nach § 650 b Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Vergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtlich Entscheidung ergangen ist.

Beispiel:
Sollte also beispielsweise im Ausgangsfalle die Dacheindeckung mit Betondachsteinen 30.000,00 Euro kosten und hatte der Auftragnehmer bezüglich der Ausführung in Zink ein Angebot - unter Berücksichtigung der Mehr- und Mindervergütungen - von 50.000,00 Euro unterbreitet und hätten sich die Parteien nicht auf einen geänderten Preis einigen können, könnte der Auftragnehmer nunmehr 80 % der im Angebot genannten Mehrvergütung als Abschlagszahlung ansetzen. Ausgehend von einem ursprünglichen Vertragspreis von 30.000,00 Euro, betrüge die Mehrvergütung im Beispielsfalle 20.000,00 Euro. 80 % hiervon entsprächen einem Betrag in Höhe von 16.000,00 Euro. Für diese geänderten Leistungen könnte also der Auftragnehmer als Abschlagszahlung - nach ausgeführter Leistung - einen Betrag in Höhe von insgesamt 46.000,00 Euro geltend machen (30.000,00 Euro + 16.000,00 Euro Mehrvergütung).

Diesen Anspruch auf Abschlagszahlung könnte der Auftragnehmer selbst dann erfolgreich geltend machen, wenn der Auftraggeber der Auffassung ist, dass die Mehrvergütung insgesamt nur bei 5.000,00 Euro, mithin bei insgesamt 35.000,00 Euro, liegen dürfte.

Gegebenenfalls könnte der Auftragnehmer sogar gemäß § 650d BGB eine einstweilige Verfügung auf Zahlung der Abschläge geltend machen, wenn er ein besonderes Liquiditätsbedürfnis darlegen oder zumindest sichernde Maßnahmen glaubhaft machen könnte (Palandt § 650 d

Wie darf bzw. muss der Auftragnehmer seine Mehrvergütung berechnen: § 650c BGB enthält unterschiedliche Berechnungsansätze.

RN 2 m.w.N.)

Diese gesetzliche Regelung bietet insofern allerdings erneut das Risiko von Spekulationen durch den Auftragnehmer. Dieser könnte nämlich bewusst völlig überzogene Angebotspreise in einem Angebot anbieten in der Erwartung, dass dann eine mögliche Einigung der Parteien bezüglich der Mehrvergütung scheitert. Nach Ausführung der Arbeiten würden dann 80 % der Mehrvergütung als Abschlagszahlung – notfalls durch einstweilige Verfügung – geltend gemacht. Wollte der Auftraggeber in einem solchen Falle verhindern, dass dem Auftragnehmer (nahezu) ungeprüft 80 % der Mehrvergütung des Angebotes zugesprochen werden, müsste er – notfalls per einstweiliger Verfügung – eine anderslautende gerichtliche Entscheidung erwirken. Dies wäre beispielsweise in der Form denkbar, dass der Auftraggeber durch ein Privatgutachten die tatsächliche Mehr- oder Mindervergütung darlegt und glaubhaft macht und damit verhindert, dass dem Auftragnehmer 80 % der Mehrvergütung zugesprochen wird, die sich aus dessen (völlig überteuertem) Angebot ergibt.

Nach den gesetzlichen Neuregelungen dürften entsprechende Verfahren auf Abschlagszahlungen wohl „relativ" schnell durchzuführen sein, sofern man bei Bauprozessen überhaupt von „schnell" sprechen kann. Grundsätzlich dürfte es nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung nämlich nicht entscheidend sein, welche tatsächlichen Kosten angefallen sind und inwiefern diese Kosten ortsüblich, angemessen und erforderlich sind oder nicht. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens, welches in Bauprozessen nahezu immer eingeholt wird, dürfte daher gar nicht erforderlich, nicht angezeigt und sogar unzulässig sein. Nach der eindeutigen Regelung soll nämlich ausschließlich auf das unterbreitete Angebot des Auftragnehmers abzustellen sein und 80 % der Mehrvergütung sollen zwingend zu zahlen sein, solange keine anderslautende gerichtliche Entscheidung vorliegt. Könnte also der Auftraggeber keine anderslautende gerichtliche Entscheidung – beispielsweise eine einstweilige Verfügung – vorlegen, wäre das Gericht an das Angebot des Auftragnehmers gebunden und hätte – ohne weitergehende Prüfung – 80 % der sich aus diesem Angebot ergebenden Mehrvergütung zuzusprechen.

Erst in einem später folgenden Prozessverfahren zur Schlussrechnung, wäre dann im Detail zu klären, inwiefern der als Abschlagszahlung dem Auftragnehmer zugesprochene und gezahlte Betrag tatsächlich der Höhe nach berechtigt war oder nicht. Im Rahmen dieses Hauptsacheverfahrens wäre dann – notfalls durch Sachverständigengutachten – zu klären, inwiefern – je nach ausgeübtem Wahlrecht des Auftragnehmers – die abgerechnete Vergütung den tatsächlich entstandenen Mehr- oder Minderkosten entspricht bzw. auf der Basis der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zutreffend ermittelt wurde oder nicht. Sollte sich dabei herausstellen, dass der Auftragnehmer durch die zugesprochene Abschlagszahlung überzahlt wurde, wäre er verpflichtet gemäß § 650 c Abs. 3 Satz 3 BGB die übersteigende Mehrvergütung zurückzuzahlen und ab ihrem Eingang bei ihm zu verzinsen. Sollte sich demgegenüber herausstellen, dass dem Auftragnehmer noch ein weitergehender Anspruch zusteht, würde der Auftraggeber zur entsprechenden Zahlung verpflichtet und verurteilt.

Beispiel:

Würde sich also im zuvor dargelegten Beispielsfalle herausstellen, dass dem Auftragnehmer tatsächlich für die geänderte Dachausführung (Zink-Dach) eine Vergütung von insgesamt nur 40.000,00 Euro zustünde, er als Abschlagszahlung jedoch bereits 46.000,00 Euro vereinnahmt hätte, wäre er verpflichtet den überschießenden Betrag in Höhe von 6.000,00 Euro zurückzuzahlen und entsprechend zu verzinsen.

Sollte sich demgegenüber herausstellen, dass der tatsächlich ihm zustehende Werklohnanspruch mit 50.000,00 Euro – entsprechend seinem Angebot – zutreffend berechnet wurde, würde dem Auftragnehmer der verbleibende Differenzbetrag von 4.000,00 Euro zzgl. Zinsen zugesprochen.

FAZIT: Zusammenfassend erscheinen die Neuregelungen des § 650 b und 650 c BGB ausgesprochen praxisgerecht. Sie enthalten Änderungen, die gegenüber den Vorschriften der VOB/B zugunsten des Auftragnehmers deutlich vorteilhaft sind. Der Auftragnehmer ist nämlich grundsätzlich erst nach einer „Verhandlungsphase" von 30 Tagen – auf entsprechende Anordnung–- zur Ausführung der Änderungsanordnung verpflichtet. Darüber hinaus kann er – nach seiner Wahl – zur Abrechnung auf die tatsächlich anfallenden Mehr- oder Minderkosten zurückgreifen oder aber auf der Basis der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation seine Berechnung vornehmen. Schließlich kann der Auftragnehmer als Abschlagszahlung 80 % der sich aus dem Angebot ergebenden Mehrvergütung (evtl. sogar im Wege einer einstweiligen Verfügung) geltend machen, was in der Praxis eine deutliche Beschleunigung zur Realisierung – zumindest dieser 80 %-igen Mehrvergütung – darstellen dürfte. ■

Prof. Dr. Jur. Dipl.-Wirtsch.-Ing. (FH) Jörg Zeller ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Neue Perspektiven für „Häusle-Bauer": der Gesetzgeber hat ihrer gedacht und weitreichende Schutzmechanismen zugunsten von Verbrauchern eingeführt.

Bauen für Verbraucher

Änderungen durch das neue Bauvertragsrecht (BauVG)

von RA Dr. Christian Biernoth, Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte, Oldenburg

Für ab 01.01.2018 abgeschlossene Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über die Errichtung eines neuen Gebäudes oder über erhebliche Umbaumaßnahmen gelten nunmehr die neuen gesetzlichen Regelungen des Verbraucherbauvertrages, von denen – bis auf geringfügige Modifikationen bei Regelungen zu Abschlagszahlungen – wirksam vertraglich keine Abweichungen vereinbart werden können. Der deutsche Gesetzgeber konnte diese Sonderregelungen vornehmen, weil die europarechtlichen Vorgaben der VerbrRRL (2011/83/EU) diesen Bereich ausdrücklich ausgenommen hat.

Für alle anderen Regelungsbereiche mit Baubezug, bei denen der Auftraggeber Verbraucher ist, gelten jedoch diese durch die europarechtlichen Vorgaben determinierten allgemeinen Verbraucherschutzvorschriften. Daher lohnt es nicht nur, sich eingehender mit den besonderen Regelungen des Verbraucherbauvertrages und den Verbraucherschutzvorschriften bei den einzelnen Vertragstypen (Werkvertrag, Bauvertrag, Architekten- und Ingenieurvertrag sowie Bauträgervertrag) zu beschäftigen, sondern insbesondere einen vertiefteren Blick auf die allgemeinen Verbraucherschutzvorschriften zu werfen, auch und gerade weil sie für Nachtragsvereinbarungen Sprengstoff enthalten.

I. Verbrauchervertrag und besondere Vertriebsformen

Den Anwendungsbereich der allgemeinen Verbraucherschutzregelungen gibt § 312 Abs. 1 BGB vor, wonach es eines Verbrauchervertrages bedarf, der auf eine entgeltliche Leistung des Unternehmers gerichtet ist.

Im Baubereich ist schon alleine wegen der Bestimmung des § 632 Abs. 1 BGB - wonach bei einem Werkvertrag eine Vergütung des Unternehmers als stillschweigend vereinbart gilt, sofern die Erstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist – die Voraussetzung der Entgeltlichkeit der Leistung des Unternehmers als Auftragnehmer nahezu ausschließlich unproblematisch.

Die Legaldefinition des Verbrauchervertrages findet sich in § 310 Abs. 3 BGB und lautet jedenfalls auf den ersten Blick recht unspektakulär, dass es sich um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handeln muss. Ein Unternehmer ist dabei nach § 14 Abs. 1 BGB entweder eine natürliche oder juristische

Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. In Abs. 2 der Vorschrift wird dabei die rechtsfähige Personengesellschaft als eine solche definiert, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Auch diese Voraussetzungen für die Unternehmereigenschaft auf Seiten des Auftragnehmers sind im Baubereich gänzlich unproblematisch.

1. Verbrauchereigenschaft des Auftraggebers

Interessanter und schwieriger wird es jedoch bei der Frage, ob der Auftraggeber ein Verbraucher ist. Auch der Begriff des Verbrauchers ist im Bürgerlichen Gesetzbuch definiert und zwar in § 13 BGB, wonach ein Verbraucher jede natürliche Person ist, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

a) Persönliche Voraussetzung der Verbrauchereigenschaft

Die persönliche Voraussetzung der Verbrauchereigenschaft ist also bei einer natürlichen Person stets gegeben. Ebenso ist unumstritten und höchstrichterlich geklärt (EuGH, NJW 2002, S. 205), dass juristische Personen, wie z.B. eine GmbH oder eine AG, keine Verbraucher sein können. Die juristische Person ist beim Verbraucherbegriff in § 13 BGB gerade nicht erwähnt, sondern nur in § 14 Abs. 1 BGB bei der Definition des Unternehmers.

aa) Personengemeinschaften

Es stellt sich nun die Frage, ob Personenvereinigungen, die keine juristischen Personen sind, Verbraucher sein können, obgleich Personengesellschaften ebenso einzig in der gesetzlichen Definition des Unternehmers Erwähnung finden, während § 13 BGB ausschließlich von natürlichen Personen spricht. Bei Personengemeinschaften ohne Rechtsfähigkeit, wie z.B. eine Erbengemeinschaft, besteht keine Besonderheit, weil es mangels Rechtsfähigkeit der Vereinigung zwangsläufig auf das jeweilige Mitglied ankommt, ob es natürliche Person (dann Verbraucher) oder juristische Person ist.

Für eine BGB-Außengesellschaft, deren Gesellschafter ausschließlich natürliche Personen sind, ist nach einer Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH vom 23.10.2001, X ZR 63/01) geklärt, dass die persönliche Voraussetzung der Verbrauchereigenschaft gegeben ist, obgleich es sich dabei um eine rechtsfähige Personenvereinigung handelt. Zur Begründung führt der BGH maßgeblich an, der Zweck des gesetzlichen Verbraucherschutzes liege im Schutz einer natürlichen Person, die mit dem in Rede stehenden Vertrag keinen gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Zweck verfolge. Dieses Schutzbedürfnis der natürlichen Person bestehe unverändert und in gleicher Weise, sofern sich mehrere natürliche Personen zur Verfolgung eines solchen „privaten" Geschäftszwecks zusammenschlössen. Das ist überzeugend. Weshalb sollten zwei oder mehrere natürliche Personen, die für sich genommen Verbraucher sind, nicht schutzbedürftig sein, nur weil sie sich in einer rechtsfähigen Personengesellschaft zusammengeschlossen haben?

Daran anschließend hat der für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH entschieden (BGH vom 24.03.2015, VIII ZR 243/13) dass auch eine Wohnungseigentümergemeinschaft (WEG) die persönliche Voraussetzung als Verbraucher erfüllt und zwar nicht nur, sofern sämtliche Wohnungseigentümer natürliche Personen sind, sondern selbst für den Fall, dass nur ein einziger Wohnungseigentümer eine natürliche Person ist. Besteht also eine WEG im Wesentlichen aus juristischen Personen und gibt es nur einen einzigen Wohnungseigentümer, der natürliche Person ist, auch wenn er nur mit einem minimalen Sonder- und Miteigentumsanteil beteiligt ist, ist die gesamte Wohnungseigentümergemeinschaft bei ihren Rechtsgeschäften mit Dritten Verbraucher. In seiner Begründung knüpft der BGH zunächst an die Entscheidung aus 2001 an, dass die natürliche Person als Miteigentümer gleichermaßen in einer Gemeinschaft schutzwürdig sei. Zudem treffe den einzelnen Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 8 WEG die unmittelbare anteilige Haftung für Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergemeinschaft. Außerdem sei der einzelne Wohnungseigentümer zwangsweise Mitglied in der WEG einzig durch den Erwerb des Miteigentumsanteils, wobei er keinerlei Einfluss auf die Zusammensetzung der Eigentümergemeinschaft ausüben könne, denn er habe keinerlei Einwirkungsmöglichkeit auf die Veräußerungsentscheidung des Bauträgers bzw. teilenden Eigentümers. Die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft (die ja nur in § 14 Abs. 2 BGB bei der Definition des Unternehmers erwähnt ist und nicht beim Verbraucher in § 13 BGB) stehe der Verbrauchereigenschaft ebenso wenig entgegen, zumal der Gesetzgeber diese Regelung in § 10 Abs. 6 WEG einzig aus Gründen der Praktikabilität normierte habe, damit die Eigentümergemeinschaft leichter ihre Rechtsbeziehungen zu Dritten gestalten kann.

Mit dieser Argumentation hätte man nun erwarten können, dass der BGH auch der BGB-Außengesellschaft, an der neben juristischen mindestens eine natürliche Person beteiligt ist, ebenso die persönliche Voraussetzung als Verbraucher zuspricht. Dies lehnte für das Baurecht zuständige VII. Zivilsenat des BGH jedoch ab (Urteil vom 30.03.2017, VII ZR 269/15).

Neben der eher formalen Begründung, dass § 13 BGB nur von natürlichen Personen spreche und die rechtsfähige Personengesellschaft einzig bei der Unternehmerdefinition in § 14 Abs. 2 BGB erwähnt sei, meint der BGH, bei Beteiligung einer juristischen Person an einer GbR sei Verbraucherschutz nicht erforderlich und nicht geboten, obgleich ja das Schutzbedürfnis für die einzelne natürliche Person nicht dadurch geringer wird, dass auch eine juristische Personen Mitgesellschafter ist. Um die Abweichung zur Entscheidung für die WEG zu begründen, stellt der VII. Zivilsenat auf das Zustandekommen der Personengemeinschaft ab: Während der einzelne Wohnungseigentümer quasi Zwangsmitglied durch den Erwerb des Miteigentum-

santeils an der WEG werde und auf deren Zusammensetzung keinen Einfluss habe, schließe ein Gesellschafter freiwillig einen Gesellschaftsvertrag ab und habe deshalb in der Hand, mit wem er eine rechtsfähigen Personengesellschaft bilde. Das überzeugt kaum und zwar gerade nicht im Baubereich, wo es manchmal nur zufällig ist, ob die Vermarktung von Wohnungen als Wohnungseigentum oder als Beteiligung an einer BGB-Außengesellschaft erfolgt, z.B. weil durch Bebauungsplan oder Ortssatzung auf Grundlage des § 22 BauGB die Bildung von Wohnungs- oder Bruchteilseigentum ausgeschlossen ist.

Aktueller Stand der Rechtsprechung ist jedoch, dass eine WEG die persönliche Voraussetzung an die Verbrauchereigenschaft erfüllt, sofern nur ein Wohnungseigentümer natürliche Person ist, während eine BGB-Außengesellschaft nur dann Verbraucher sein kann, sofern sämtliche Gesellschafter natürliche Personen sind.

bb) Stellvertretung

Lässt sich der Auftraggeber bei Abschluss des Vertrages durch einen Dritten vertreten, kommt es für die Frage der persönlichen Verbrauchereigenschaft einzig auf den vertretenen Auftraggeber (sog. Geschäftsherr) an und nicht auf den handelnden Vertreter. Für die Konstellation, dass der Geschäftsherr kein Verbraucher ist, der Vertreter jedoch eine natürliche Person, die nicht zu geschäftlichen oder sächlichen beruflichen Zwecken handelt, ist das einleuchtend, denn weshalb sollte dem professionellen Geschäftsherrn Verbraucherschutz zu Gute kommen, nur weil er als Vertreter einen Verbraucher einsetzt? Kritisch ist jedoch die umgekehrte Konstellation, dass der Verbraucher einen geschäftsbewanderten, professionellen Vertreter zur Verhandlungsführung und zum Vertragsschluss einsetzt, z.B. indem der private Bauherr seinen Architekten bevollmächtigt, der allemal mit dem Bauunternehmer auf Augenhöhe verhandeln kann. Da letztlich der Vertrag einzig zwischen dem Verbraucher als Auftraggeber und dem Unternehmer geschlossen wird, besteht jedoch jedenfalls in der Rechtsprechung einhelliger Konsens, dass es für die Verbrauchereigenschaft einzig auf den Geschäftsherrn ankommt (s. nur BGH, NJW-RR 1991,1074).

Ebenso problematisch ist es, wenn für den Unternehmer als Geschäftsherrn ein Verbraucher handelt, der dafür jedoch keine Vollmacht oder anderweitige Vertretungsmacht und deshalb bei vom Geschäftsherrn nicht erteilter nachträglicher Genehmigung des vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts mit dem Dritten diesem gegenüber persönlich haftet. Haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Dritten gegenüber, ist der Geschäftsherr an dem Rechtsgeschäft in keiner Weise beteiligt. Dass es nach einhelliger Rechtsprechung dennoch darauf ankommt, ob er Verbraucher ist oder nicht, lässt sich einzig mit Vertrauensschutz für den Dritten begründen, der ja davon ausgegangen ist, einen Vertrag mit dem Geschäftsherrn abzuschließen, was nur deshalb nicht erfolgt ist, weil der Vertreter keine Vertretungsmacht hatte und der Geschäftsherr den Vertrag nicht genehmigt hat und damit nicht Vertragspartner des Dritten wird.

Diese Überlegung rechtfertigt es auch, dem Vertreter, der kein Verbraucher ist und mangels Vertretungsmacht und Genehmigung gegenüber dem Dritten haftet, den Verbraucherschutz zuzugestehen, sofern der vermeintliche Geschäftsherr Verbraucher ist, denn hier wollte der Dritte ja von vornherein mit einem Verbraucher einen Vertrag abschließen und die Haftung des Vertreters nach § 179 BGB reicht nicht weiter als die Haftung des Geschäftsherrn.

b) Sachliche Voraussetzung der Verbrauchereigenschaft

Die sachliche Voraussetzung der Verbrauchereigenschaft ist, dass der Geschäftszweck nicht überwiegend einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann. Das ist rein objektiv zu beurteilen, ohne dass es auf subjektive Vorstellungen der Beteiligten ankäme, und ex ante zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages. Kriterien sind das Auftreten des potentiellen Verbrauchers und der nach den äußerlich erkennbaren Umständen mit dem Geschäft verfolgte Zweck. Bei einer natürlichen Person ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie zu privaten Zwecken handelt, außer die äußeren Umstände weisen eindeutig auf eine überwiegende unternehmerische Tätigkeit hin (BGH, NJW 2009, S. 3780). Insbesondere ist die Anlage und Verwaltung von Vermögen keine gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit, nicht einmal bei beträchtlichem Kapitaleinsatz oder einer Kreditfinanzierung des Geschäfts (BGH, NJW 1992, S. 3242).

2. Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Während das Kriterium der Entgeltlichkeit bei der Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften im Baubereich unproblematisch ist (s.o.), steckt in der Frage des Vertragsschlusses eine nur noch wenig beachtete Problematik, ob und inwieweit Nachtragsvereinbarungen über geänderte oder zusätzliche Leistungen ebenso umfasst sind, was eine ganz erhebliche Sprengkraft für die Baupraxis birgt.

Natürlich ist zunächst einmal der Neuabschluss von Verträgen erfasst. Auch nachträgliche (Änderungs-)Vereinbarungen, nachdem der ursprüngliche Vertrag über eine Bau- oder Planungsleistung abgeschlossen ist, sind jedoch ebenso konsensuale Willenseinigungen über die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges und damit Verträge i.S.d. §§ 145 ff. BGB. Für Vertragsänderungen im Mietrecht (z.B. Mieterhöhungsvereinbarungen oder Modernisierungsvereinbarungen incl. höherer Miete – s. BGH, NJW 2017, S. 2823) oder im Arbeitsrecht (z.B. Aufhebungsverträge) ist das verbreitet Konsens. Im Baubereich kann nichts anderes gelten. Diskutiert wird insoweit, ob die Vertragsänderung wesentlich sein muss, also die Änderungsvereinbarung maßgeblich die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien modifizieren muss, damit es sich um einen Verbrauchervertrag handelt. Das ist bei außergerichtlichen Vergleichen angenommen worden, die die Pflichten jedenfalls eines Vertragspartners grundlegend geändert haben und auch bei deutlichen Mieterhöhungen oder gänzlich abweichenden Leistungen bei be-

Dass der Traum vom Eigenheim zum Albtraum wird, dürfte nach dem 01.01.2018 deutlich unwahrscheinlicher sein.

stehendem Telekommunikationsdienstleistungsvertrag.

Aus dem Gesetzestext lässt sich die Wesentlichkeit einer vereinbarten Änderung für den bestehenden Vertrag nicht als Voraussetzung entnehmen. Eine Grundlage oder auch nur ein Anknüpfungspunkt dafür findet sich auch nicht in der damit umgesetzten europäischen VerbrRRL (2011/83/EU). So waren in § 312b Abs. 4 BGB a.F und der damit umgesetzten früheren FernabsRL (97/7/EG) noch normiert, dass bei sukzessiven oder getrennten Vorgängen, die sich über einen Zeitraum erstrecken und als Gesamtvorgang gelten können, Belehrungen des Verbrauchers usw. nur beim ersten Vorgang erfolgen müssten. Dies betraf maßgeblich Sukzessivlieferungsverträge oder auch Dauerschuldverhältnisse wie Wartungsverträge. Erwägungsgrund Nr. 10 der FernabsRL sah auch damals ausdrücklich einen Vorbehalt des Erwägungsgrundes Nr. 14 vor, wonach ein Widerrufsrecht des Verbrauchers im Fernabsatz bestehen solle, weil er vor Vertragsschluss die Ware oder die Eigenschaften einer Dienstleistung nicht im Einzelnen zur Kenntnis nehmen könne. Das war und ist bei Vertragsänderungsvereinbarungen über geänderte oder zusätzliche Leistungen ebenso unverändert der Fall, so dass selbst nach damaliger Rechtslage keine Erleichterungen angenommen werden konnten.

Nun wurde die FernabsRL durch Art. 31 der VerbrRRL vollständig aufgehoben und dort finden sich zu sukzessiven Vorgängen im Rahmen eines Gesamtvorgangs keine Angaben mehr. Vielmehr ist in Artt. 5, 6 VerbrRRL einzig davon die Rede, der Verbraucher müsse informiert werden, bevor er durch einen Vertrag oder ein Vertragsangebot gebunden sei. Diese Bindungen bestehen auch bei Änderungsvereinbarungen zu vorher abgeschlossenen Verträgen. Dies gilt umso mehr bei den besonderen Vertriebsformen des Direktvertriebes und des Fernabsatzes, weil dort die spezifischen Informationspflichten über das Widerrufsrecht usw. ohne jede Einschränkung aufgeführt sind, während die allgemeinen Pflichten nur zu erfüllen sind, sofern sich die Information nicht bereits unmittelbar aus den Umständen ergibt.

Soweit überhaupt Rechtsprechung zur Frage einer wesentlichen Vertragsänderung existiert, geht sie daher auch maßgeblich ergebnisorientiert vor, indem sie darauf abstellt, ob der Verbraucher ähnlich schutzbedürftig ist, wie bei den Neuabschluss eines Vertrages. Sofern der Verbraucher sämtliche für den Vertragsschluss relevanten Informationen aus einem früheren geschäftlichen Kontakt mit dem Unternehmer erhalten habe und der neue Vertrag in engem zeitlichen Zusammenhang damit zustande komme, bestehe kein Schutzbedürfnis des Verbrauchers (OLG Koblenz, Urteil vom 28.03.2012, 9U 1166/11 – aber zu § 312b Abs. 4 BGB a.F.).

Gerade weil ein Wesentlichkeitskriterium im Gesetzestext keine Stütze findet, ließe sich ein solches Kriterium einzig als Ausdruck von Treu und Glauben nach § 242 BGB bei der Frage der Berechtigung zur Ausübung von Rechten des Verbrauchers berücksichtigen, jedoch nicht bei der vorgreiflichen Frage, ob der Anwendungsbereich der Verbraucherschutzvorschriften überhaupt eröffnet ist. Rein tatsächlich muss man im Baubereich ohnehin beachten, dass es nur in seltenen Fällen Änderungsvereinbarungen gibt, die sich nicht auf die Vergütung des Unternehmers auswirken und daher regelmäßig eine Wesentlichkeitsschwelle überschreiten würden. Denkbar sind Vereinbarungen zum Bauablauf und zur Bauzeit oder zu Farbgebung z.B. von Wandbeschichtungen, Bodenbelägen oder Dachziegeln, die sich nicht auf den Materialpreis oder die Ausführungsart und damit verbundene Lohnkosten auswirken.

Führt die Nachtragsvereinbarung zu einer Erhöhung der Unternehmervergütung, könnte man im Sinne einer Wesentlichkeitsschranke auf den Umfang der Erhöhung abstellen, sowohl prozentual im Verhältnis zum Gesamtauftragswert als auch im absoluten Zahlbetrag. Wo hier die Grenzen zwischen einer marginalen und einer wesentlichen Erhöhung zu ziehen sein könnten, ist jedoch völlig unklar.

Überlegenswert ist ferner, aus dem Schutzzweck der Verbraucherschutzvorschriften heraus dem Verbraucher wiederum nach Treu und Glauben die Ausübung von Schutzrechten, insbesondere des Widerrufs, zu versagen, sofern eine Änderungsvereinbarung nicht nur die Höhe der an den Unternehmer nach der ursprünglichen Vereinbarung zu zahlenden Vergütung unangetastet lässt, sondern sofern die Änderungsvereinbarung eine Leistungsreduzierung und eine entsprechend verminderte Vergütung des Unternehmers beinhaltet, ohne dass dem Unternehmer eine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen nach § 648 BGB zustehen würde. Hier könnte man auch damit argumentieren, dass es bei einer solchen Änderungsvereinbarung an der Voraussetzung der Entgeltlichkeit nach § 312 Abs. 1 BGB fehlt.

Von solchen besonderen Konstellation abgesehen, muss man wegen der eindeutigen gesetzlichen Lage jedoch davon ausgehen, dass jegliche Nachtragsvereinbarung über zusätzlich und geänderte Leistungen, jedenfalls soweit sie sich nicht nur marginal erhöhend auf die Vergütung des Unternehmers auswirkt, vollumfänglich den Verbraucherschutzvorschriften als Verbrauchervertrag unterfällt und zwar mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen.

Das ist besonders wichtig, weil § 650b Abs. 1 BGB beim Bauvertrag als Grundsatz vorsieht, dass die Vertragsparteien über eine vom Auftraggeber nach Vertragsschluss gewünschte Leistungsänderung und die Vergütungsfolge Einvernehmen anstreben, der Abschluss einer Änderungsvereinbarung also der Regelfall sein soll. Diese ist ein Änderungsvertrag und damit ein Verbrauchervertrag – selbstverständlich nur bei Vorliegen der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen auf Auftraggeberseite. Nur falls die Vertragsparteien kein Einvernehmen über Änderung der Leistung und die Vergütung herbeiführen, kann der Auftraggeber nach Ablauf von 30 Kalendertagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer die Leistungsänderung einseitig anordnen. Das Anordnungsrecht ist ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht (wie es ähnlich in § 1 Abs. 4 VOB/B geregelt ist), sodass dadurch kein Vertrag und damit auch kein Verbrauchervertrag geschlossen wird.

3. Allgemeine Informationspflichten

Handelt es sich nun beim Neuabschluss eines Vertrages oder einer Änderungsvereinbarung um einen entgeltlichen Verbrauchervertrag, muss der Unternehmer zunächst die allgemeinen Informationspflichten nach § 312a BGB erfüllen, die jedoch maßgeblich auf Warenlieferungs- und damit Kaufverträge zugeschnitten sind und für den Baubereich wenig Relevanz haben. Wichtig sind einzig die Informati-

Informationspflichten des Auftraggebers gegenüber einem Verbraucher: Vor Vertragsschluss soll deutlich werden, wie und was im Detail gebaut werden wird.

onspflicht nach § 312a Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 246 EGBGB, die unabhängig von besonderen Vertriebssituationen wie Direktvertrieb oder Fernabsatz zu erfüllen sind: Der Unternehmer muss über die wesentlichen Eigenschaften seiner Leistung, seine Identität, den Gesamtpreis für die Leistung einschließlich Steuern incl. eventuell anfallende zusätzlicher Kosten, Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen einschließlich Beschwerdeverfahren sowie das Bestehen der gesetzlichen Sachmängelhaftung, die Modalitäten eines etwaigen Kundendienstes und etwaiger Garantien aufklären.

Diese Informationspflichten bestehen nicht bei den sogenannten Bereichsausnahmen des § 312 Abs. 2 BGB, von denen mit Baubezug einzig Bauträgerverträge wegen der damit vereinbarten Eigentumsübertragung an Grundstücken sowie die Verbraucherbauverträge nach § 650i Abs. 1 BGB von Bedeutung sind.

Kommt der Unternehmer seinen Informationspflichten nicht oder nicht hinreichend nach, hat das keine Auswirkungen auf den rechtlichen Bestand des Vertrages, denn sonst wäre der Verbraucher nicht geschützt: er stünde bei Verletzung von Informationspflichten ohne vertragliche Ansprüche gegen den Unternehmer da. Etwaige Zusatzentgelte sind ohne vorherigen Hinweis jedoch nicht vereinbart, und der Verbraucher hat grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, ohne dass dafür in der Baupraxis nennenswerte Konstellationen beachtlich wären.

4. Besondere Vertriebsformen, Informationspflichten und Widerrufsrecht

Wesentlich umfangreicher sind die Informationspflichten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei diesem Direktvertrieb steht dem Verbraucher als Auftraggeber zudem in aller Regel ein Recht zum Widerruf des geschlossenen Vertrages zu.

a) Direktvertrieb § 312b BGB

Der Regelungszweck liegt im Schutz des Verbrauchers vor Überrumpelung, ohne dass dies aber eine gesetzliche Voraussetzung der Norm wäre. Bis auf die Fallkonstellation der Nr. 3 des Abs. 1 (sog. „Anreißen“) ist auch die Situation der Vertragsverhandlungen oder der Vertragsanbahnung irrelevant, wie auch insgesamt kein Ursachenzusammenhang zwischen der Vertriebssituation und der auf Abschluss des Vertrages gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers erforderlich ist. Ob der Verbraucher also tatsächlich überrumpelt wird, ist völlig unbeachtlich, einzig maßgeblich ist Vertriebssituation als solche. Handelt für den Verbraucher ein Vertreter bei Vertragsschluss, kommt es für die Situation des Vertragsschlusses außerhalb von Geschäftsräumen einzig auf den Vertreter an.

Geschäftsräume des Unternehmers sind nach § 312b Abs. 2 BGB entweder (unbewegliche) Räume, in denen der Unternehmer dauerhaft seine Tätigkeit ausübt, wie Büroräume oder eine (Ausstellung-) Halle, oder bewegliche Räume, in denen er gewöhnlich seiner Unternehmertätigkeiten nachgeht, insbesondere Markt- und Messestände. Für den Baubereich ist von Bedeutung, ob es sich bei einem für die Baumaßnahme vor Ort aufgestellten Baucontainer um einen beweglichen Raum handelt, in dem der Unternehmer seiner gewöhnlichen Unternehmertätigkeit nachgeht, denn dann wären alle im Baucontainer (mit Verbrauchern) abgeschlossenen Nachtragsvereinbarungen zwar weiterhin Verbraucherverträge, jedoch nicht im Direktvertrieb.

Die Vertriebsszenarien des Direktvertriebes sind zunächst einmal nach § 312b Abs. 1 Nr. 4 BGB die klassische „Kaffeefahrt“, also ein vom Unternehmer zu dem Zweck organisierter Ausflug, seine Leistungen zu bewerben oder zu vertreiben. Derartiges wird bei Bauleistungen die sehr seltene Ausnahme sein, auch wenn es natürlich denkbar ist.

Von ebenso eher geringer praktischer Bedeutung im Baubereich ist die Vertriebssituation des „Anreißens“ nach Nr. 3, wofür ein Vertragsschluss im Geschäftsraum des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel erforderlich ist und zwar zeitlich unmittelbar nachdem der Unternehmer den Verbraucher außerhalb seines Geschäftsraums angesprochen hat.

Wesentlich sind vielmehr die Konstellationen der Nummer 1 und 2, nämlich ein Vertragsschluss (oder das Vertragsangebot des Verbrauchers) bei körperlicher Anwesenheit beider Vertragsparteien außerhalb des Geschäftsraums des Unternehmers. Ob und wo zuvor Vertragsverhandlungen stattgefunden haben, ist dabei ebenso wenig von Bedeutung, wie die Frage, von wem die Initiative zu einem Vertragsschluss zuvor ausging. Selbst wenn also der Verbraucher den Unternehmer zu sich nach Hause bestellt hat, um dort mit ihm einen Vertrag zu schließen – der Verbraucher also weder überrumpelt noch unvorbereitet war – sind die Voraussetzungen für den Direktvertrieb erfüllt. Ein klassisches Beispiel dafür ist, dass ein Verbraucher z.B. bei einem Maler anruft, ihn zu sich bestellt, weil er seine Wohnung neu gestrichen haben will, der Maler vor Ort nach Abklärung der Arbeiten ein Preisangebot abgibt und der Verbraucher es im Gespräch annimmt.

b) Fernabsatz § 312 c BGB

Das zweite auch im Baubereich beachtliche Vertriebsszenario liegt im Fernabsatz nach § 312c BGB. Dafür ist ein Vertragsschluss unter Abwesenden erforderlich und zwar unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, kumulativ sowohl für den Vertragsschluss, als auch für die Vertragsverhandlungen. Damit ist der Anwendungsbereich deutlich enger gefasst als beim Direktvertrieb. Verhandeln die Vertragsparteien auch nur einmal über den Inhalt der Leistungen des Unternehmers und/oder das Entgelt im persönlichen Kontakt bei gleichzeitiger Anwesenheit (also nicht nur über Telefon o.ä.), scheidet ein Fernabsatz aus.

Erforderlich für solche inhaltlichen Verhandlungen ist jedoch, dass sie über die bloße Information des Verbrauchers über die Leistung hinausgehen. Kann der Verbraucher also die Leistung nicht in Augenschein nehmen oder in persönlichen Gespräch Fragen stellen und/oder Unklarheiten auszuräumen, liegen keine den Fernabsatz ausschließenden inhaltlichen Verhandlun-

Die Zeiten, in denen Bauarbeiter ohne Einfluss von Dritten und ihrem Auftraggeber „einfach nur bauen" konnten, sind vorbei. Zumindest gegenüber Verbrauchern bestehen nun umfassende Informations- und Hinweispflichten.

gen vor (BGH, Urteil vom 27.02.2018, XI ZR 160/17). Auch Erwägungsgrund Nr. 20 VerbrRRL führt ausdrücklich an, dass die bloße Information über die Leistung nicht als ein den Fernabsatz ausschließender Kontakt ausreicht, sondern Vertragsverhandlungen dafür notwendig sind. Begibt sich also der Verbraucher z.B. in die Ausstellungshalle des Fliesenlegers, einzig um dort Fliesen in Augenschein zu nehmen, ohne dass wenigstens ein inhaltliches Beratungsgespräch mit dem Fliesenleger oder dessen Verkaufspersonal stattfindet und schließen die Parteien sodann auf schriftlichem Wege oder mit anderen Fernkommunikationsmitteln den Vertrag über Lieferung und Verlegung der Fliesen ab, liegt Fernabsatz vor. Ebenso ist ein Vertrag im Fernabsatz geschlossen, sofern der Architekt eines Verbrauchers einem Unternehmer ein Leistungsverzeichnis zur Abgabe eines Angebotes übersendet, der Unternehmer es mit Preisen ausgefüllt an den Architekten zurücksendet, der dann (entsprechend bevollmächtigt) für den Verbraucher schriftlich den Auftrag erteilt. Daran ändert sich nichts, sollten Architekt und Unternehmer telefonieren, um die Arbeiten zu besprechen.

Weitere Voraussetzung für einen Fernabsatz ist, dass der Unternehmer ein organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem unterhält, um regelmäßig im Fernabsatz Geschäfte abzuschließen (BGH, NJW 2017 S. 1024). Diese Voraussetzung dürfte selbst bei kleinsten Handwerksunternehmen mittlerweile unproblematisch gegeben sein, die jedenfalls auf die Versendung von Angeboten, Auftragsbestätigungen oder Verträgen per Post oder per E-Mail organisatorisch eingerichtet sind. Ohnehin kann das Vertriebssystem auch von Dritten betrieben werden, wie z.B. Plattformen im Internet für das Vermarkten von Immobilien (BGH, NJW 2018, S. 395).

c) Besondere Informationspflichten

Sind die Voraussetzungen eines Direktvertriebes oder eines Fernabsatz gegeben, bestehen weitergehende Informationspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher. Zunächst einmal ist wie beim „einfachen" Verbrauchervertrag über die wesentlichen Eigenschaften der Waren und Dienstleistungen usw. (s.o. 3.) zu informieren. Zusätzlich muss der Unternehmer den Verbraucher über von diesem etwaig zu leistende finanzielle Sicherheiten einschließlich der entsprechenden Konditionen ebenso unterrichten, wie über bestehende Schlichtungsstellen und last but not least das dem Verbraucher zustehende Widerrufsrecht. Für die Belehrung über das Widerrufsrecht kann sich der Unternehmer dabei der Musterbelehrung nach An-

lage 1 zu Art. 246a § 1 EGBGB bedienen:

Aufzuklären ist darüber, dass dem Verbraucher überhaupt ein Widerrufsrecht zusteht und wie er es ausüben kann und muss. Dies beinhaltet neben der Angabe, dass der Widerruf durch einseitige Erklärung des Verbrauchers erfolgt und keiner Begründung bedarf, die Angabe von Anschrift, Telefonnummer, Faxnummer und E-Mail des Unternehmers, die weitere Belehrung über die Widerrufsfrist von 14 Tagen, die entweder bei ordnungsgemäßer Belehrung ab Vertragsschluss beginnt oder ab Erhalt der Belehrung über das Widerrufsrecht, sofern diese nach Vertragsschluss erfolgt.

Zu belehren ist zusätzlich über die Pflicht des Verbrauchers zum Wertersatz, die besteht sofern der Unternehmer mit der Ausführung seiner Leistung vor Ausübung des Widerrufs durch den Verbraucher beginnt und der Verbraucher dies ausdrücklich verlangt hatte, und der Verbraucher die erbrachten Leistungen nicht in Natur herausgeben kann.

Ebenso muss der Unternehmer dem Verbraucher über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts bei Leistungen nach Kundenspezifikation oder im Fall einer dringenden Reparatur informieren.

Schließlich muss der Verbraucher darüber belehrt werden, dass das Widerrufsrecht vollständig entfällt, sofern der Verbraucher vom Unternehmer den Beginn mit der Ausführung der unternehmerischen Leistungen verlangt, und die Leistungen vom Unternehmer auch vollständig erbracht worden sind, bevor die Widerrufsfrist abgelaufen ist.

Neben diesen Belehrungspflichten über das Widerrufsrecht muss der Unternehmer dem Verbraucher nach § 312f BGB zusätzlich eine Abschrift des Vertragsdokuments oder eine Vertragsbestätigung, in der der Vertragsinhalt wiedergegeben ist, alsbald nach Vertragsschluss zur Verfügung stellen. Wurde der Vertrag im Fernabsatz geschlossen, müssen die Vertragsunterlagen dem Verbraucher vor Ausführung der Leistung auf einem dauerhaften Datenträger (also nach § 126b S. 2 BGB z.B. auch Papier, USB-Stick, CD/DVD, E-Mail oder Computerfax) zur Verfügung gestellt werden. Erfolgt der Vertragsschluss im Direktvertrieb muss der Unternehmer dem Verbraucher die Vertragsunterlagen grundsätzlich auf Papier zur Verfügung stellen, denn nur mit ausdrücklicher vorheriger Zustimmung des Verbrauchers ist die Übergabe auf einem dauerhaften Datenträger ausreichend.

Dass die Beweislast für die vollständige und ordnungsgemäße Information des Verbrauchers nach § 312k Abs. 2 BGB beim Unternehmer liegt ist dem Verbraucherschutz systemimmanent.

c) Das Widerrufsrecht und seine Folgen

aa) Ausnahmen

Auch im Baubereich steht dem Verbraucher bei Direktvertrieb oder Fernabsatz stets das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB zu. Die einzige praxisrelevante Ausnahme besteht bei dringenden Reparaturarbeiten, sofern sie zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit erforderlich sind und der Verbraucher den Unternehmer zuvor ausdrücklich aufgefordert hatte, ihn aufzusuchen, um die Reparatur vorzunehmen. Werden anlässlich der Reparaturarbeiten auch andere Leistungen erbracht, die nicht für eine sofortige Wiederherstellung einer Funktionsfähigkeit erforderlich sind, gilt für diese zusätzlichen Arbeiten nicht der Ausschluss des Widerrufsrechts.

Häufig sind Bauschaffende fälschlich der Auffassung, sie würden ihre Leistungen nach besonderer Kundenspezifikation erbringen, weshalb das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen sei. Diese Ausnahmevorschrift gilt jedoch nicht für Werkleistungen (BGH vom 30.08.2018, VII ZR 243/17). Damit scheiden im Baubereich nahezu sämtliche Unternehmerleistungen von diesem Ausnahmetatbestand aus. Nur soweit auf die Leistung des Unternehmers Kaufrecht anzuwenden ist – insbesondere nach § 650 BGB bei Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen nebst Einbau, bei denen die Übergabe der Ware und nicht der Einbau im Vordergrund steht –, wie es z.B. bei der Lieferung und dem Einbau von Innentüren denkbar ist, kann die Ausnahmevorschrift des Entfalls des Widerrufsrechts bei Lieferung von Ware nach besonderer Kundenspezifikation eingreifen.

bb) Widerrufsfrist

Besteht also in aller Regel das Widerrufsrecht für den Verbraucher, beginnt die 14-tägige Widerrufsfrist entweder mit Vertragsschluss, sofern dabei die ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht erfolgt ist, oder mit nach Vertragsschluss erfolgter gehöriger Information. Unterbleibt die Belehrung entspricht sie nicht den gesetzlichen Vorgaben, beträgt die Widerrufsfrist 12 Monate und 14 Tage gerechnet ab Vertragsschluss. Gemäß § 356 Abs. 4 BGB endet die Widerrufsfrist jedoch, sobald der Unternehmer seine Leistung vollständig erbracht hat, der Verbraucher der Ausführung der Arbeiten vor Ablauf der Widerrufsfrist ausdrücklich zugestimmt hat und der Unternehmer den Verbraucher vor Durchführung der Arbeiten ordnungsgemäß nicht nur über sein Widerrufsrecht mit allen Modalitäten der Ausübung (s.o.) belehrt hat, sondern auch darüber, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht bei Zustimmung mit vorzeitigem Beginn der Leistungen und deren vollständigen Erbringung verliert. Bei einem Vertragsschluss im Direktvertrieb muss diese Zustimmung vom Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger erteilt sein.

cc) Rechtsfolgen des Widerrufs

Hat der Verbraucher den Vertrag widerrufen, verliert der ursprünglich geschlossene Vertrag damit jegliche Wirkungen und sind die wechselseitig erbrachten Leistungen binnen 14 Tagen nach Zugang der Widerrufserklärung beim Unternehmer zurückzugewähren. Der Unternehmer muss dem Verbraucher also jegliche erhaltenen Zahlungen erstatten und der Verbraucher muss eine erhaltene Ware, wie z.B. auf der Baustelle noch lagen der Baustoffe oder Pläne eines Architekten, an den Unternehmer zurückgeben. Die Bauleistung als solche kann er in Natur nicht wieder zurückgeben und schuldet dem Unternehmer dafür einzig

Wertersatz nach Maßgabe der vereinbarten Vergütung für die erbrachten Leistungen. Diese Verpflichtung des Verbrauchers zum Wertersatz setzt jedoch zusätzlich voraus, dass er vom Unternehmer ausdrücklich verlangt hat, vor Ablauf der Widerrufsfrist mit den Arbeiten zu beginnen - bei Direktvertrieb muss dieses Leistungsverlangen wiederum auf einem dauerhaften Datenträger vom Verbraucher dokumentiert sein – und der Unternehmer den Verbraucher nicht nur ordnungsgemäß über das Bestehen und die Modalitäten des Widerrufsrechts belehrt hat, sondern zusätzlich über die Wertersatzpflicht des Verbrauchers bei dessen Ausführungsverlangen vor Ablauf der Widerrufsfrist. Fehlt es entweder an einer ordnungsgemäßen Belehrung über das Widerrufsrecht oder der besonderen Belehrung über die Verpflichtung zum Wertersatz, muss der Verbraucher nichts zurückgewähren. Er kann die Bauleistung oder Architektenplanung vollständig behalten, ohne dafür dem Unternehmer eine Vergütung zahlen zu müssen – im Gegenteil, Abschlagszahlungen muss der Unternehmer an den Verbraucher zurückzahlen.

Dieser sehr strenge Regelung über einen Wertersatz ist für den Unternehmer insbesondere dann wirtschaftlich extrem nachteilig und belastend, sofern er es unterlassen hat, den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht zu belehren. Dann beträgt die Widerrufsfrist 12 Monate und 14 Tage, was für etliche überschaubare Bauleistungen oder Architektenplanungen völlig ausreichend ist, um sie fertig zu stellen. Kommt es dann zu Streit über Mängel an der Leistung oder über die (Höhe der) Vergütungspflicht, ist es dem Verbraucher wegen der bindenden gesetzlichen Regelung immer noch möglich, den Vertrag zu widerrufen mit der Folge, dass er für die erbrachte Leistung keinen Wertersatz schuldet (mangels ordnungsgemäßer Belehrung) und der Unternehmer sämtliche erhaltenen Abschlagszahlungen zurückzahlen muss.

Der Unternehmer muss also genauestens beachten, ob er den Vertrag mit dem Verbraucher im Direktvertrieb oder im Fernabsatz geschlossen hat und sollte für einen dieser Fälle extrem sorgfältig sämtliche erforderliche Belehrungen dem Verbraucher beweisbar in der vorgeschriebenen Form zukommen lassen.

II. Werkvertrag und Bauvertrag

Im Werkvertragsrecht selbst gibt es nach der Neuregelung für alle ab 01.01.2018 geschlossenen Verträge nur eine explizite Verbraucherschutzregelung in § 640 Abs. 2 S. 2 BGB im Zusammenhang mit der fiktiven Abnahme der Unternehmerleistung.

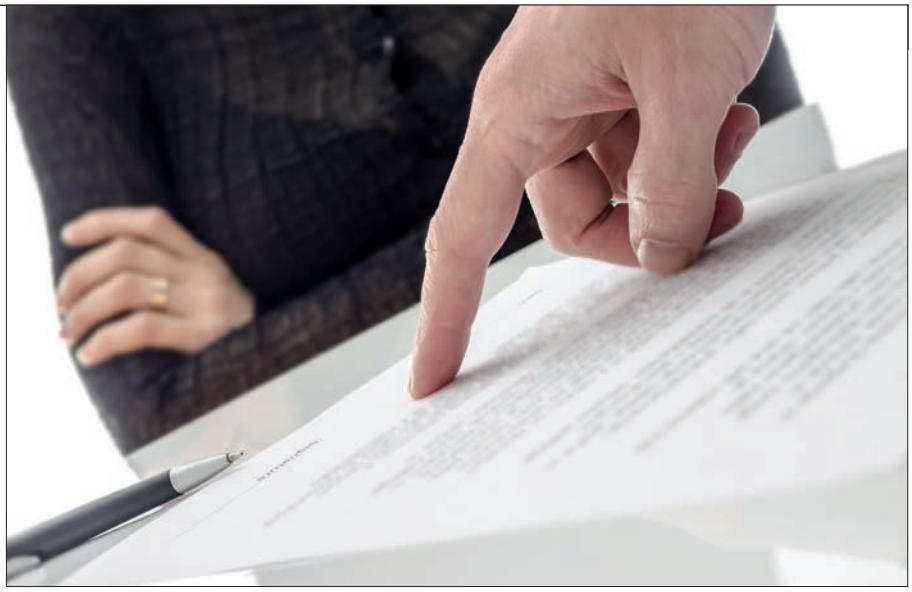
Die neu geregelte Abnahmefiktion setzt zunächst voraus, dass der Unternehmer seine Leistungen fertiggestellt hat (selbst mit wesentlichen Mängeln), er dem Auftraggeber eine Frist zur Abnahme gesetzt hat und dieser entweder nicht reagiert oder die Abnahme verweigert, ohne auch nur einen Mangel konkret zu rügen (wobei es unerheblich ist, ob der Mangel tatsächlich vorliegt oder nicht).

Ist der Auftraggeber ein Verbraucher, muss der Unternehmer ihn mit dem Abnahmeverlangen in Textform (also mindestens E-Mail) darüber belehren, dass die Unternehmerleistungen als abgenommen gelten, sofern der Verbraucher innerhalb der Frist entweder nicht reagiert oder die Abnahme ohne konkrete Mängelrüge verweigert. Unterlässt der Unternehmer den erforderlichen Hinweis oder hält er die Textform nicht ein, weist den Verbraucher auf die Folgen des Schweigens oder die Abnahmeverweigerung ohne Mängelrüge z.B. nur mündlich hin, tritt die Abnahmefiktion nicht ein. Vergisst der Unternehmer den Hinweis bei seinem Abnahme verlangen, kann er den Hinweis nicht isoliert nachschieben, sondern muss den Verbraucher nochmals mit erneuter Fristsetzung und dann entsprechender Belehrung zur Ab-

Mit ihrem Recht zum Widerruf können sich Verbraucher - möglicherweise auch noch nach Fertigstellung – von ihrer vertraglichen Bindung zum Bauunternehmer auf einfache Weise lösen.

nahme auffordern. Nach § 650o BGB kann durch eine vertragliche Gestaltung von der Hinweispflicht auch nicht wirksam abgewichen werden, sie ist also bindend.

Im Bauvertragsrecht der §§ 650a ff. BGB existieren keine expliziten Verbraucherschutzregelungen bis auf die Bestimmung des § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB, wonach der Unternehmer eine Bauhandwerkersicherung weder bei einem Verbraucherbauvertrag noch bei einem Bauträgervertrag berechtigterweise fordern kann.



„Unterschreiben sie einfach hier!" So einfach werden es Bauunternehmer beim Verbraucherbauvertrag nun nicht mehr haben.

III. Verbraucherbauvertrag

1. Anwendungsbereich

Ein Kernstück der Neuregelung des Baurechts im BGB zum 01.01.2018 sind eigenständige gesetzliche Vorschriften zum Verbraucherbauvertrag in §§ 650i ff. BGB. Ein Verbraucherbauvertrag ist einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher als Auftraggeber über den Neubau eines Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem Bestandsgebäude. Planerleistungen fallen nicht darunter, weil sie nicht die Errichtung des Bauobjekts selbst zum Vertragsgegenstand haben (OLG Stuttgart, IBR 2018, S. 516; OLG Köln, IBR 2017, S. 501).

Erfasst sind nicht nur Wohngebäude, sondern auch andere Objekte wie Bürogebäude oder Industriehallen, wobei der Errichtungszweck natürlich nicht überwiegend einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit des Auftraggebers dienen darf, weil es dann an der persönlichen Voraussetzung der Verbrauchereigenschaft fehlt (s.o. I. 1 a)). Die klassische Konstellation, in der die Ehefrau des Unternehmensinhabers auf ihrem Grundstück eine Gewerbehalle in eigenem Namen errichtet und an das Unternehmen vermietet, ist jedoch ein Verbraucherbauvertrag, sofern die Vermietung nicht ausnahmsweise wegen ihres Umfangs eine gewerbliche Tätigkeit ist.

Erhebliche Umbaumaßnahmen sind nur solche, die einer Neuerrichtung nahezu gleichstehen. An- oder Umbauten reichen dafür nicht aus, sondern das Bestandsgebäude muss z.B. bis auf die Fassade entkernt und damit nahezu vollständig neu aufgebaut werden.

Außerdem muss Vertragsgegenstand der vollständige Neubau bzw. erhebliche Umbau des gesamten Objekts durch den (General-)Unternehmer sein, so dass Einzelgewerkevergaben ausscheiden. Fraglich ist nun, ab welchem Umfang z.B. von Eigenleistungen des Verbrauchers keine Gesamterrichtung des Gebäudes mehr angenommen werden kann. Den Verbraucherbauvertrag konnte der deutsche Gesetzgeber nur deshalb eigenständig regeln, weil er vom Anwendungsbereich der VerbrRRL ausgenommen ist, die ansonsten eine Vollharmonisierung der nationalen Regelungen in den Mitgliedstaaten vorgibt. Daher muss diese Ausnahme eng gefasst werden, so dass nur Ausbauleistungen in deutlich überschaubarem Umfang bauseitig ausgeführt werden dürfen, die für die Funktionsfähigkeit des Gebäudes nicht von Bedeutung sind. Denkbar wären also z.B. Anstrich der Wände oder Verlegen von Fußbodenbelägen, während jegliche Rohinstallationen ausscheiden, die als Eigenleistung des Auftraggebers einen Verbraucherbauvertrag ausschließen würden.

2. Inhalt und Form

Sofern nicht der Verbraucher selbst das Gebäude plant, muss der Unternehmer nach § 650j BGB vor Vertragsschluss eine Baubeschreibung erstellen und dem Auftraggeber in Textform zur Verfügung stellen. In dieser Baubeschreibung sind in klar verständlicher Weise das herzustellende Gebäude allgemein zu beschreiben, Art und Umfang der vom Unternehmer angebotenen Leistungen zu bezeichnen einschließlich Gebäudedaten und Plänen mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrissen und Schnitten. Ferner sind Angaben zum Energie-, Brandschutz- und Schallschutzstandard ebenso zu machen wie zur Baukonstruktion sämtlicher wesentlicher Gewerke, zum Innenausbau, zu den gebäudetechnischen Anlagen und den Sanitärobjekten. Des Weiteren muss die Baubeschreibung die Qualitätsmerkmale beschreiben, denen das Gebäude genügen muss und es sind verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes oder zur Dauer der Bauausführung zu machen. Zudem hat die Baubeschreibung sämtliche nicht in die Vergütung eingepreiste Risiken und Unwägbarkeiten als bauseitige Leistungen bzw. Risiken zu benennen, da die ansonsten daraus folgenden notwendigen baulichen Maßnahmen mit der vereinbarten Vergütung abgegolten sind, auch wenn dies nicht im Sinne einer Pauschalpreisabrede explizit vereinbart ist. Damit wird der Unternehmer faktisch gezwungen, die Baubeschreibung erschöpfend und detailliert aufzustellen, um dem Verbraucher vor Vertragsschluss den voll-

ständigen Leistungsinhalt hinreichend transparent zu machen, auch damit dieser Baubeschreibungen und damit Angebote verschiedener Unternehmer hinreichend inhaltlich vergleichen kann.

Konsequenterweise sieht dann § 650k BGB vor, dass diese Baubeschreibung Inhalt des Verbraucherbauvertrages wird, sofern nicht im Vertrag selbst und von der Baubeschreibung abweichend die vom Unternehmer zu erbringende Leistung konkret beschrieben und damit vereinbart ist. Wie auch beim Inhalt der Baubeschreibung gehen Zweifel über den Leistungsinhalt oder eine lückenhafte Beschreibung zu Lasten des Unternehmers. Sofern der Qualitätsstandard einzelner Leistungen nicht konkret definiert ist, ist aus der Beschreibung der Leistungen im Übrigen die insgesamt vom Unternehmer geschuldete Qualitäts abzuleiten. Dadurch soll der Verbraucher davor geschützt werden, dass durch allgemeine Beschreibungen eine hochwertige Bauausführung suggeriert wird (z.B. „exklusive Seniorenresidenz"), der Unternehmer dann aber mangels detaillierter Festlegung insbesondere von Materialien einen nur einfachen Ausführungsstandard schuldet. Wie die Baubeschreibung muss der Vertrag Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes oder zur Dauer der Baumaßnahme enthalten. Fehlen diese zeitlichen Angaben sowohl im Vertrag als auch der Baubeschreibung, gilt die gesetzliche Regelung des § 271 BGB, wonach der Unternehmer alsbald nach Vertragsschluss mit den Arbeiten beginnen und sie in angemessener Zeit zügig beenden muss.

Wie für die Baubeschreibung schreibt das Gesetz auch für den Vertrag als solchen die Einhaltung der Textform vor. Diese Form gilt nicht nur für den ursprünglichen Vertragsschluss, sondern ebenso für sämtliche Nachtragsvereinbarungen über geänderte oder zusätzliche Leistungen. Wird die Form nicht eingehalten, ist der Vertrag formnichtig und damit wirkungslos. Das gilt auch für die nachträglichen Änderungsvereinbarungen, worin bei der verbreiteten Praxis nur mündlicher Abreden auf der Baustelle ein erhebliches Konfliktpotenzial liegt, insbesondere sofern über die Höhe einer zusätzlichen Vergütung oder Mängel gestritten wird. Für die aufgrund formnichtiger Vereinbarung erbrachten Leistungen erhält der Unternehmer alleine über Bereicherungsrecht einen Wertersatz, der nicht mit der ortsüblichen Vergütung identisch sein muss.

3. Abschlagszahlungen

Zur Absicherung von Ansprüchen des Verbrauchers gegen den Unternehmer wegen Mängeln oder wegen Verzuges mit der Errichtung des Gebäudes darf er nach § 650m Abs. 1, 2 BGB von der ersten an den Unternehmer zu leistenden Abschlagszahlung für bereits erbrachte Arbeiten einen Einbehalt i.H.v. 5 % der vereinbarten

Für die Absicherung des Verbrauchers von besonderer Bedeutung: der Einbehalt in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung von der ersten Abschlagszahlung (§ 650m Abs. 1, 2 BGB)

Gesamtvergütung vornehmen, der erst mit der Schlusszahlung fällig wird. Diesen Einbehalt kann der Unternehmer durch Stellung einer üblichen Bürgschaft oder Zahlungsgarantie ablösen. Darüber hinaus muss der Verbraucher die vom Unternehmer geforderten oder nach Raten vereinbarten Abschlagszahlungen jeweils nur zu 90 % bezahlen, die restlichen 10 % auf jede Abschlagsrechnung sind wiederum erst mit der Schlusszahlung fällig. Im Ergebnis erhält der Verbraucher damit zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes eine Sicherheit i.H.v. 15 % der vereinbarten Vergütung.

Während alle übrigen Regelungen zum Verbraucherbauvertrag zwingend sind, darf der Verbraucherbauvertrag von § 650m BGB abweichende Regelungen zu Abschlagszahlungen enthalten. Dabei sind jedoch die Grenzen der sog. Inhaltskontrolle insbesondere nach § 309 Nr. 15a BGB zu beachten, da entsprechende Vertragsformulierungen in der Regel allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen. Die Abweichung darf also den Kern der gesetzlichen Regelung nicht aushöhlen, was gerade bei explizit verbraucherschützenden Vorschriften sehr streng beurteilt wird. Daher darf die Höhe der dem Verbraucher zustehenden Sicherheit allenfalls marginal reduziert werden und die Höhe nach Zahlungsplänen vereinbarter oder geforderter Abschlagszahlungen müssen den bis dahin vom Unternehmer erbrachten Leistungen zumindest im Wesentlichen entsprechen, damit die Vorleistungspflicht des Unternehmers nicht ausgehöhlt wird. Die Prozentsätze der an sich nur für Bauträgerverträge geltenden Regelung in § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV sind hierfür ein tauglicher Anhaltspunkt.

4. Widerrufsrecht

Natürlich ist ein Kernstück der Regelung zum Verbraucherbauvertrag ebenfalls ein Widerrufsrecht für den Verbraucher. Die Hinweis- und Belehrungspflichten des Unternehmers zum Widerrufsrecht und dessen Ausübung entsprechen weitestgehend denen für das allgemeine Widerrufsrecht beim Direktvertrieb oder Fernabsatz. Auch beim Verbraucherbauvertrag beträgt die Widerrufsfrist 14 Tage bei rechtzeitiger und richtiger Belehrung und die Höchstfrist 12 Monate und 14 Tage bei unterlassener oder unzureichender Belehrung über das Widerrufsrecht, jeweils gerechnet ab Vertragsschluss.

Zeitlich ist jedoch zu beachten, dass beim Direktvertrieb oder Fernabsatz die Belehrung gemäß § 312d BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB sowohl bei als auch erst nach Vertragsschluss erfolgen kann, während § 650l S. 2 BGB i.V.m. Art. 249 § 1 EGBGB vorschreibt, dass die Belehrung vor Vertragsschluss erfolgen muss. Daraus wird nach verbreiteter Ansicht abgeleitet, dass eine Nachholung der Belehrung nach Vertragsschluss nicht möglich sei. Demgegenüber sieht jedoch § 356e BGB vor, dass die Widerrufsfrist nicht vor der ordnungsgemäßen Belehrung beginnt und spätestens 12 Monate und 14 Tage ab Vertragsschluss endet. Eine inhaltlich identische Regelung enthält § 356 Abs. 3 BGB für den Beginn der Widerrufsfrist beim Direktvertrieb oder Fernabsatz. Wäre nun die Belehrung nicht nach Vertragsschluss nachholbar, müsste der Fristbeginn in § 356e BGB anders geregelt sein, nämlich dass die 14tägige Frist einzig bei ordnungsgemäßer Belehrung vor Vertragsschluss beginnt und andernfalls stets die Höchstfrist gilt. Da dies nun nicht der Fall ist (§§ 356e und 356 Abs. 3 sind vielmehr insoweit wortgleich), betrifft § 356e S. 1 BGB gerade den Fall der nachträglichen Belehrung, die damit als möglich vorausgesetzt wird. Dennoch muss man in der Praxis vor einer höchstrichterlichen Klärung aus Vorsichtgründen derzeit davon ausgehen, dass die Belehrung gemäß dem Wortlaut von Art. 249 § 1 EGBGB nicht nachholbar ist, also vor Vertragsschluss z.B. mit der Baubeschreibung zu erfolgen hat, um die 14tägige Frist in Gang zu setzen.

Während die übrigen Regelungen zur Ausübung des Widerrufs (einseitige Erklärung ohne Begründungserfordernis und rechtzeitige Absendung ist ausreichend) und die Rechtsfolge der Umwandlung des Vertrages in ein Abwicklungsverhältnis ab Widerruf wiederum identisch sind, enthält § 357d BGB eine Sonderregelung zur Wertersatzpflicht des Verbrauchers für bereits vor Widerruf erbrachte Bauleistungen: Beim Verbraucherbauvertrag schuldet der Verbraucher immer Wertersatz, sofern er die Unternehmerleistung nicht in Natur zurückgeben kann. Anders als beim Widerruf nach §§ 355, 357 Abs. 8 BGB kommt es weder darauf an, ob der Verbraucher vom Unternehmer verlangt hat, dass dieser mit den Arbeiten vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt, noch dass der Unternehmer den Verbraucher über die Pflicht zum Wertersatz oder grds. über das Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt hat. Das beim allgemeinen Verbrauchervertrag im Direktvertrieb oder Fernabsatz mögliche Szenario, dass der Verbraucher wegen fehlender oder unzureichender Belehrung die Unternehmerleistung ohne Zahlung jeglicher Vergütung behalten darf, ist daher beim Verbraucherbauvertrag ausgeschlossen.

5. Aushändigung von Unterlagen

Schließlich verpflichtet § 650n BGB den Unternehmer noch, diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher auszuhändigen, die dieser zum Nachweis für die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften gegenüber Behörden benötigt. Dies sind zum einen die Planungsunterlagen vor Bauausführung und zum anderen die die Ausführungsunterlagen nach Errichtung des Baus, jedoch jeweils ausdrücklich nur soweit sie zur Vorlage bei Behörden erforderlich sind, wie z.B. der Energieausweis.

IV. Architekten- und Ingenieurvertrag

Der Architekten- und Ingenieurvertrag nach §§ 650p ff. BGB ist eine Sonderform des Werkvertrages, so dass auch hier die Hinweispflicht bei fiktiver Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB (s.o. II.) für den Planer zu beachten ist.

Eine ähnliche Hinweispflicht sieht zudem § 650r Abs. 1 S. 2 BGB für das Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers vor. Bei ab 01.01.2018 geschlossenen Planerverträgen gibt es nunmehr eine der „eigentlichen" Planung vorgeschaltete Zielfindungsphase,

in der der Planer zunächst eine Planungsgrundlage für die Leistungsziele nebst Kosteneinschätzung zu erstellen und dem Auftraggeber vorzulegen hat. Der Auftraggeber kann innerhalb einer zweiwöchigen Frist nach Erhalt von Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung den Vertrag ohne Vorliegen von Gründen kündigen. Dadurch soll eine Festlegung der wesentlichen Planungsziele in einem frühen Planungsstadium erreicht werden.

Ist der Auftraggeber ein Verbraucher, muss ihn der Planer bei Übergabe der Unterlagen in Textform darüber belehren, dass der Verbraucher den Vertrag binnen zwei Wochen ab Erhalt der Unterlagen kündigen kann, dadurch der Vertrag beendet ist und er dem Planer eine Vergütung nur für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen schuldet. Diese Hinweise müssen zwingend mit der Übergabe der Unterlagen erfolgen und können nicht nachgeholt werden, auch nicht durch erneute Aushändigung der Planungsgrundlage nebst Kosteneinschätzung. Unterbleibt der Hinweis oder ist er unvollständig, beginnt die zweiwöchige Frist nie zu laufen und der Verbraucher kann den Planervertrag jederzeit später kündigen, schuldet aber stets die Vergütung für die bis zur Kündigung erbrachten Planungsleistungen.

Anders als die Hinweispflicht bei der fiktiven Abnahme ist diese Regelung jedoch dispositiv, kann also vertraglich abweichend geregelt werden. Auch hier ist wegen der Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen zu beachten, dass der Kernbestand der gesetzlichen Regelung unangetastet bleiben muss. Es kann also weder die Hinweispflicht vollständig abbedungen werden, noch die Rechtsfolge des unbefristeten Kündigungsrechts des Verbrauchers bei unterlassenem oder unvollständigem Hinweis. Denkbar ist jedoch, das unbefristete Kündigungsrecht bei verspätetem, also nicht mit Übergabe der Unterlagen erfolgtem Hinweis dahingehend zu modifizieren, dass der Planer berechtigt ist, den Hinweis auch zu einem späteren Zeitpunkt zu erteilen und ab dann doch die vierzehntägige Kündigungsfrist gilt.

V. Bauträgervertrag

Beim Bauträgervertrag sind für die Errichtung des Bauwerks im Wesentlichen die Vorschriften des Werkvertrags, des Bauvertrags und auch des Verbraucherbauvertrages anzuwenden. Es gelten jedoch nicht die Vorschriften zur Bauhandwerkersicherung, zu Sicherheiten bei Abschlagszahlungen zum Kündigungsrecht und zum Anordnungsrecht des Auftraggebers und zur Maßgeblichkeit einer Baubeschreibung für den Verbrauchervertrag, wie es auch kein Widerrufsrecht zugunsten des Verbrauchers gibt.

Der Bauträgervertrag kann jedoch Verbrauchervertrag sein, ohne dass danach ein allgemeines Widerrufsrecht besteht, weil der Vertrag zwingend notarieller Beurkundung bedarf. Es sind dann jedoch die grundlegenden Pflichten zu beachten, wonach der Unternehmer bei telefonischer Kontaktaufnahme mit dem Verbraucher seine Identität und den geschäftlichen Zweck des Telefonanrufs angeben muss, ein über die grundlegende Vergütung für die Unternehmerleistungen hinausgehendes Entgelt nur bei ausdrücklicher Vereinbarung vom Verbraucher geschuldet ist und Kosten für Zahlungsmittel nach Grund und Höhe beschränkt sind, was im Baubereich keine praktische Relevanz hat. ■

Dr. Christian Biernoth ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Kommt ein „neues“ Bauträgerrecht?

Ein Ausblick

von RA Andreas Schmidt, LEINEN & DERICHS Anwaltsozietät, Köln, Berlin, Brüssel

Mit dem neuen Bauvertragsrecht hat der Gesetzgeber das Werkvertragsrecht des BGB im Jahr 2018 grundlegend reformiert. Leider kann das Ergebnis nur als ersten Schritt in die richtige Richtung verstanden werden. Viele für die Durchführung eines Bauvorhabens elementare Vorschriften sind auch im neuen Bauvertragsrecht nicht bzw. nicht erschöpfend geregelt worden. Dennoch sah der Koalitionsvertrag von CDU und SPD nach der Bundestagswahl vor, nun das Bauträgerecht grundlegend zu reformieren. Unter anderem sollte der Schutz des Erwerbers vor der Insolvenz des Bauträgers verbessert werden. Das Thema wurde ausführlich im Mai 2018 auf dem Deutschen Baugerichtstag in Hamm diskutiert und beim BMJV (Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz) eine Arbeitsgruppe zum Bauträgerrecht unter der Leitung von Herrn Dr. Schomburg eingerichtet.

1. Vorbemerkung

Das Bauträgergeschäft nimmt in Deutschland einen sehr hohen Stellenwert ein. Nicht nur im Geschossbau, sondern auch bei größeren Bauvorhaben (Reihen-, Doppel- und Einfamilienhäuser) lässt sich auf diesem Wege Wohneigentum zu akzeptablen Preisen erstellen. Allen am Bau Beteiligten ist aber seit langem bekannt, dass die bisherige Rechtslage erhebliche Defizite aufweist. Aus diesem Grunde wurde seit Jahren auf verschiedenen Ebenen (z.B. Deutscher Baugerichtstag, Rechtspolitisches Forum Bauträgervertragsrecht) über die Schwachstellen der jetzigen Rechtslage kontrovers diskutiert. Die Hauptdiskussionspunkte sind hierbei

- die Vormerkungslösung, die keinen Schutz des Erwerbers im Falle der Insolvenz des Bauträgers vorsieht;
- die Abnahme des Gemeinschaftseigentums;
- die Nachzüglerproblematik.

2. Problemlage

2.1 Die Vormerkungslösung

Nach der bisherigen Rechtslage bildet der Bauträger Wohneigentum. Er errichtet auf seinem Grundstück das geplante Bauvorhaben, veräußert Miteigentumsanteile am Grundstück und das zu errichtende Sondereigentum – z.B. an einer Wohnung – an den Erwerber. Während des Bauvorhabens leistet der Erwerber Abschlagszahlungen nach § 3 Abs. 2 der MaBV (Makler- und Bauträgerverordnung) an den Bauträger. Um die Zahlungen des Erwerbers abzusichern, erhält er eine Auflassungsvormerkung, die im Grundbuch eingetragen wird. Sie soll die spätere Eigentumsübertragung nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises absichern. Dieses Modell scheitert in der Regel, wenn es zur Insolvenz des Bauträgers vor Eigentumsumschreibung kommt. Häufig existiert zu diesem Zeitpunkt noch keine handlungsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft; die Erwerber haben sehr unterschiedliche Zahlungen an den Bauträger geleistet und der einzelne Erwerber muss ich nicht nur mit dem Insolvenzverwalter, sondern auch mit der finanzierenden Bank des Bauträgers einigen. Die Erfahrungen lehren, dass der Erwerber in diesen Fällen mit sehr hohen weiteren finanziellen Aufwendungen belastet wird, weil er sich von dem Bauträgervertrag, z.B. durch eine Rücktrittserklärung, nur mittels Totalverlust seiner geleisteten Abschlagszahlungen lösen kann. Schließlich ist der insolvente Bauträger nicht in der Lage seine Kaufpreiszahlungen zu erstatten.

2.2 Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Der Bauträger schuldet nicht nur jedem Erwerber die Herstellung des vertraglich vereinbarten Sondereigentums, sondern auch des Gemeinschaftseigentums. Somit gliedert sich ein Bauträgervertrag in die Abnahme des Sonder- (in der Regel bei Bezugsfertigstellung) und des Gemeinschaftseigentums (nach vollständiger Fertigstellung). Probleme bereitet Bauträgern die Abnahme des Gemeinschaftseigentums bei größeren Bauvorhaben, weil der Bauträger mit jedem einzelnen Erwerber die Abnahme durchführen muss. Es liegt deshalb in seinem Interesse die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu vergemeinschaften. Bauträger haben deshalb in der Vergangenheit in ihren Bauträgerverträgen die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf den Hausverwalter oder einen Sachverständigen übertragen. Die bisher entwickelten Lösungsmodelle wurden in der Regel von der Rechtsprechung aus den unterschiedlichsten Gründen nicht akzeptiert. Mangels

Der Bauträgervertrag: trotz zahlreicher rechtlicher Probleme noch immer sehr gefragt.

Abnahme des Gemeinschaftseigentums haftete der Bauträger in solchen Fällen nahezu unbegrenzt für die Mängel am Gemeinschaftseigentum. Oft blieb Bauträgern deshalb nur die Lösung, das Gemeinschaftseigentum vor dem Sondereigentum fertigzustellen und dann eine einheitliche Abnahmebegehung des Sonder- und Gemeinschaftseigentums durchzuführen.

2.3 Die Nachzüglerproblematik

Veräußerte der Bauträger einzelne Einheiten erst zu einem späteren Zeitpunkt musste er den sog. Nachzüglern die 5-jährige Gewährleistungsfrist für seine Bauleistungen nicht nur für das Sondereigentum, sondern auch für Mängel am Gemeinschaftseigentum einräumen. Eine vertragliche Verkürzung der Gewährleistungsfrist für Mängel wäre bei Verbraucherverträgen gemäß § 309 Nr. 8b ff BGB unwirksam. Der Bauträger muss deshalb für Mängel am Gemeinschaftseigentum, auch wenn die gemeinschaftlichen Anlagen bereits seit Jahren in Benutzung sind, fünf Jahre nach Veräußerung und Abnahme der letzten Einheit seines Bauvorhabens haften. Das erscheint im Hinblick auf den schon längeren Gebrauch der Anlagenteile als unbillig.

3. Lösungsansätze

3.1 Die Vormerkungslösung

Diskutiert wird auf Grundlage einer Empfehlung des 5. Deutschen Baugerichtstages eine zusätzliche Absicherung des Erwerbers, die im Fall der Insolvenz des Bauträgers den Rücktritt des Erwerbers absichert. Fraglich ist, ob diese zusätzliche Sicherheit für Bauträger finanzierbar ist und wie lange die Absicherung dem Erwerber zur Verfügung steht. Sie könnte z.B. bis zur Abnahme und Übergabe des Sondereigentums oder bis zur vollständigen Fertigstellung des Bauvorhabens in Betracht kommen. Würde der Zeitpunkt der Bezugsfertigstellung gelten, hätte dies für die Erwerber fatale Folgen, die bereits ihre Sondereigentumseinheiten abgenommen und bezogen haben. Sie könnten ihre Verträge nicht rückabwickeln und wären sogar gezwungen, das gesamte Gemeinschaftseigentum fertigzustellen. Soll die Sicherheit bis zur vollständigen Fertigstellung gelten, dürfte dies nicht finanzbar sein.

3.2 Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums könnte gesetzlich vergemeinschaftet werden. Dies war auch die Empfehlung des 7. Deutschen Baugerichtstages. Neben der Tatsache, dass durch die Vergemeinschaftung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums die Rechte des einzelnen Erwerbers aus seinem individuell abgeschlossenen Bauträgervertrag

eingeschränkt würden, bedarf es hierzu der frühzeitigen Bildung einer handlungsfähigen Eigentümergemeinschaft nebst Hausverwaltung. Das von der Rechtsprechung entwickelte Hilfskonstrukt der sog. werdenden Eigentümergemeinschaft müsste neu definiert werden. Eine werdende Wohnungseigentümergemeinschaft besteht nämlich nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs erst, wenn ein wirksamer, auf die Übereignung von Wohnungseigentum gerichteter Erwerbsvertrag vorliegt, der Übereignungsanspruch durch eine Auflassungsvormerkung gesichert und der Besitz an der Wohnung auf den Erwerber übergegangen ist, Bundesgerichtshof - Beschluss vom 5. Juni 2008 - V ZB 85/07. Mitglieder der werdenden Wohnungseigentümergemeinschaft sind alle Erwerber, bei denen die genannten Voraussetzungen vorliegen. Eine handlungsfähige Eigentümergemeinschaft samt Hausverwaltung liegt demnach häufig noch nicht vor, wenn die Vergemeinschaftung der Abnahme umgesetzt werden müsste.

3.3 Die Nachzüglerproblematik

Durch eine gesetzliche Regelung könnte die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, vgl. Ziffer 3.2, auch Wirkung für später abgeschlossene Bauträgerverträge entfalten, sodass für die abgeschlossenen Bauträgerverträge eines Bauvorhabens eine einheitliche Gewährleistungsfrist von 5 Jahren nach Abnahme gelten würde. Dies entspricht ebenfalls einer Empfehlung des 7. Deutschen Baugerichtstages. Eine andere Möglichkeit könnte darin bestehen, die Gewährleistungsfrist für Nachzüglerfälle zeitlich zu beschränken. Beide Varianten führen im Ergebnis aber dazu, dass die gesetzlichen Rechte eines Erwerbers erheblich beschränkt werden, obwohl er im Rahmen eines Bauträgervertrages, wenn auch später, „neues“ Wohneigentum erwirbt.

4. Zwischenergebnis

Die bisher diskutierten Lösungsansätze beseitigen nicht die Ursachen der Nachteile unseres Bauträgerrechts. Vielmehr sollen mit gesetzgeberischen Hilfskonstruktionen Lösungen für die bekannten Schwierigkeiten geschaffen werden. Das reicht meiner Ansicht nicht aus. Das Bauträgerrecht benötigt einen neuen gedanklichen Ansatz, der einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen der Erwerber (im Rahmen des Verbraucherschutzes) und dem Bauträger schafft.

5. Das sog. Totalunternehmermodell

Ein Weg ist die Trennung von Kauf des Miteigentums am Grundstück und der vom Bauträger zu erbringenden Bauleistung in Form eines Totalunternehmervertrages. Das Modell wurde bereits in der Vergangenheit von einigen bekannten Autoren in ähnlicher Form vorgestellt und aktuell beim Deutschen Baugerichtstag und im Arbeitskreis beim BMJV durch den Bauherrenschutzbund in der modifizierten nachfolgenden Fassung eingebracht.

Hierbei wird der zu beurkundende Totalunternehmervertrag in zwei Vertragsbestandteile, bestehend aus

- dem Kauvertrag mit dem Erwerb über den Miteigentumsanteil am Grundstück und das Sondereigentum an einer noch zu errichtenden Wohneigentumseinheit,
- dem Bauvertrag zur Errichtung der Eigentumswohnanlage auf dem Grundstück an dem der Erwerber den Miteigentumsanteil erworben hat, aufgeteilt.

5.1 Kaufvertrag über das Miteigentum am Grundstück

Nachdem der Totalunternehmer an dem Baugrundstück Eigentümer geworden ist, den Grundbesitz durch eine Teilungserklärung nach WEG aufgeteilt, die Aufteilung durch eine Abgeschlossenheitsbescheinigung umgesetzt, eine Baugenehmigung für das Bauvorhaben erlangt hat und die Wohnungsgrundbücher angelegt worden sind, kann er mit dem Abverkauf seiner Einheiten beginnen. Hierzu veräußert er an den jeweiligen Erwerber im ersten Teil der Vertragsurkunde des Totalunternehmervertrages zu einem dort festzulegenden Preis Miteigentumsanteile an dem Grundstück nebst einer noch zu errichtenden Sondereigentumseinheit. Zur Sicherung des Erwerbers wird im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Mit Zahlung des Kaufpreises wird der kaufvertragliche Teil des Totalunternehmervertrages vollzogen und der Erwerber Eigentümer des Miteigentumsanteils am Grundstück, der zu errichtenden Gemeinschaftsanlage (Gemeinschaftseigentum) sowie zu errichtenden Sondereigentumseinheit (Sondereigentum).

5.2 Bauvertrag über die Erstellung des Gemeinschafts- und Sondereigentums

Der zweite Teil des Totalunternehmervertrages beinhaltet einen Verbraucherbauvertrag in dem sich der Unternehmer gegenüber jedem Erwerber zur Errichtung des Gebäudes auf Grundlage der vereinbarten Baubeschreibung verpflichtet. Zwingend notwendig wäre hierbei, dass durch gesetzliche Regelungen die typischen Risiken eines Bauvorhabens, z.B. das Baugrund- und Erschließungsrisiko beim Totalunterneh-

mer verbleibt.

5.3 Vor- und Nachteile des Totalunternehmermodells

Bei diesem Modell erlangt der Erwerber frühzeitig Eigentum am Grundstück und dem zu errichtenden Gebäude. Das Bauvorhaben führt der Erwerber nach Durchführung des ersten Teils (Grundstückserwerbs) des Totalunternehmervertrages als Bauvorhaben auf eigenem Grundstück durch, ähnlich wie jeder Generalunternehmervertrag. Somit treten die beschriebenen Nachteile der Vormerkungslösung nicht mehr auf. Im Falle der Insolvenz des Totalunternehmers kann der Erwerber den Vertrag durch Kündigung beendigen und das Bauvorhaben weiter fertigstellen.

Mit Abschluss des ersten Teils des Totalunternehmervertrages (Grundstückserwerb) bildet sich bereits eine handlungsfähige Eigentümergemeinschaft. Im Insolvenzfall kann diese die notwendigen Entscheidungen und Beschlüsse zur Fortführung des Bauvorhabens treffen. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums kann vergemeinschaftet werden, weil die Wohnungseigentümergemeinschaft frühzeitig handlungsfähig ist und notwendige Entscheidungen zur Bestellung eines Sachverständigen zur Begleitung der Abnahme etc. treffen kann. Die Rechtsprechung benötigt in diesem Fall auch nicht mehr das entwickelte Konstrukt der sog. werdenden Eigentümergemeinschaft.

Auch würde die MaBV (Makler- und Bauträgerverordnung) nicht mehr erforderlich sein.

Schlussendlich wird der Totalunternehmer angehalten sein Bauvorhaben solide zu finanzieren, weil er nicht anders wie jeder Generalunternehmer bei Baumaßnahmen auf fremden Grundstück behandelt wird. Seine Finanzierung kann er durch die Abtretung der einzelnen Abschlagszahlungen absichern, wie es auch im bisherigen Bauträgermodell geschieht und von den Banken akzeptiert wird. Mit dem neuen System der Abschlagszahlungen beim Verbraucherbauvertrag gemäß §§ 632a und 650f BGB ist der Unternehmer ausreichend abgesichert.

Aber auch dieses Modell weist Nachteile auf. Die Nachzüglerproblematik bleibt auch beim Totalunternehmermodell ungelöst. Es muss eine frühzeitige Vergemeinschaftung der Rechte am Gemeinschaftseigentum vorgesehen werden, weil das Gemeinschaftseigentum im Falle der Insolvenz des Totalunternehmers nur gemeinsam und einheitlich erstellt werden kann. Das Anordnungsrecht des Erwerbers nach § 650b BGB muss ausgeschlossen werden, was aber der jetzigen Rechtslage zum Bauträgervertrag entspricht. Schlussendlich erfordert der Totalunternehmer grundlegende Ergänzungen und Änderungen der vorhandenen gesetzlichen Regelungen.

FAZIT: Das Totalunternehmermodell bietet im Gegensatz zu allen anderen Vorschlägen weit mehr Chancen als Risiken um zu einem „Bauträgerrecht“ zu gelangen, dass einen fairen Ausgleich der wechselseitigen Interessen zwischen dem Erwerber und dem Bauträger schafft. Mit diesem Modell werden die Nachteile des bisherigen Vertragsmodells beseitigt.
Es bleibt abzuwarten, in welche Richtung sich das Gesetzgebungsverfahren entwickelt. Es ist zu befürchten, dass die jetzigen Diskussionen wegen der hier aufgezeigten Schwierigkeiten in eine Sackgasse führen. Hoffentlich besteht dann noch die Möglichkeit den neuen Gedankengang zum sog. „Totalunternehmervertrag“ aufzugreifen und umzusetzen. ■

Andreas Schmidt ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht.

Die Abnahme der Architektenleistung?

Was ändert sich durch das neue BauVG konkret?

von RA Prof. Rudolf Jochem, RJ Anwälte Wiesbaden

Es hat sich in Architekten- und Ingenieurkreisen immer noch nicht herumgesprochen, dass unser Rechtssystem auch die Abnahme der Architektenleistung durch den Auftraggeber verlangt. Es wird weitgehend als sachfremd empfunden, eine Architekten- und Ingenieurleistung abzunehmen. Eine Bauleistung führt zur Herstellung eines körperlichen Werkes, das besichtigt und begutachtet werden kann. Es ist seit jeher für alle am Bau Beteiligten einsichtig und in der Praxis allgemein üblich, dass eine formelle Abnahme zur Feststellung des Bauergebnisses erfolgt und hierüber ein Protokoll erstellt wird. In diesem werden die Beteiligten aufgeführt und soweit erkennbar einzelne Mängel oder fehlende Leistungen festgehalten. Aufgrund dieser Feststellung wird die Entscheidung des Bauherrn gefällt, die Abnahme unter Vorbehalt nachfolgend aufgeführter Mängel zu erklären oder diese insgesamt wegen Vorliegens gravierender Mängel abzulehnen.

Mit dieser Abnahmeerklärung ist eine Reihe von Rechtsfolgen verknüpft. Unter anderem wird der Werklohn fällig, die Verjährungsfrist für die Mängelrechte des Bauherrn beginnen zu laufen und fortan obliegt dem Bauherrn die Beweislast für bestehende Mängel, um nur die wichtigsten Rechtsfolgen erwähnen.

Das Gleiche gilt auch für Architekten- und Ingenieurleistungen. Es findet indes nur in den allerwenigsten Fällen eine formelle Abnahme dieser Leistungen statt. Die Parteien kümmern sich schlicht nicht um diesen Sachverhalt. Wann und wie hat z.B. der Tragwerksplaner nach Übergabe seiner Statik eine Abnahme für diese Leistung verlangt und erhalten?

Architekten und Ingenieure haben entweder hierfür kein Problembewusstsein oder sind gleichgültig und hoffen, dass es schon gut gehen möge.

Woran liegt es, dass die Rechtswirklichkeit so wenig mit dem tatsächlichen Geschehen in der Praxis konform geht?

Die Beantwortung dieser Frage hängt mit unserem Rechtssystem zusammen. Bis zum 31.12.2017 kannte das Bürgerliche Gesetzbuch keine speziellen Regelungen für den Architektenvertrag. Die Rechtsprechung war bei der Beurteilung der Rechte und Pflichten aus einem Architektenvertrag darauf angewiesen, sich zu entscheiden, ob sie sich nach dem Recht des Dienstvertrages oder nach dem Recht des Werkvertrages unseres Bürgerlichen Gesetzbuches ausrichten sollte. Spätestens seit der Entscheidung des BGH vom 26. 11. 1959, VII ZR 120/58, war klargestellt, dass die Beurteilung des Architektenvertrages dem Regime des Werkvertrages zuzurechnen ist und damit war auch klar, dass es einer Abnahme dieser Leistungen bedurfte. In den vergangenen Jahrzehnten hat sich allerdings kaum jemand an diese Regel gehalten.

Hieran hat sich auf mit dem Inkrafttreten der §§ 650p bis 650t BGB unter der Überschrift des „Architektenvertrag und Ingenieurvertrag“ nichts geändert. § 650q Abs. 1 BGB verweist auf die entsprechende Anwendung des Kapitel 1 des Untertitel 1 und damit auf § 640 BGB, der folgenden Wortlaut hat:

„(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

(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. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.“

Die Begriffe des Gesetzgebers sind klar. Unter Besteller wird der Bauherr oder der Auftraggeber verstanden. Unternehmer ist der Architekt bzw. Ingenieur. Die Frage lautet, wie soll diese Bestimmung im Architekten- bzw. Ingenieurvertrag mit Leben

erfüllt werden? Mit seiner Abnahmeerklärung erklärt der Auftraggeber, dass er das geschuldete Leistungsergebnis seines Architekten/Ingenieurs billige. Die Abnahme des Bauwerkes, die der Auftraggeber dem Bauunternehmer erklärt, bedeutet damit nicht zugleich die Abnahme des Architekten-/Ingenieurwerkes, so zuletzt das OLG Düsseldorf am 19. 7. 2011 – 21 U 76/09.

Wie verhält es sich mit dem gekündigten Architektenvertrag? Es ist allgemein anerkannt und ständige Rechtsprechung des BGH seit dem Urteil vom 19. 12. 2002 - VII ZR 103/00, dass der Werkunternehmer Anspruch auf Abnahme seiner bis zur Kündigung teilfertiggestellten Leistung hat. Dies gilt auch für den gekündigten Architektenvertrag. Allerdings mag dies der Bauherr insbesondere dann nicht gerne einsehen, wenn er den Vertrag aus wichtigem Grund gekündigt hat und von seinem Architekten und Ingenieur nichts mehr wissen will.

Es stellt sich die weitere Frage, wie das Abnahmeprozedere gestaltet sein soll. Kann der Bauherr den Architekten auffordern, ihm sämtliche Unterlagen zu präsentieren, die er im Laufe des Bauprojektes erstellt bzw. bearbeitet hat? Man stelle sich ein Großprojekt vor und die damit einhergehende Flut von Informationen, die ganze Bibliotheken füllt. Sollen diese nochmals gemeinsam mit dem Bauherrn zwecks Abnahme durchgegangen werden? Wohl kaum.

Wenn der Bauherr die Abnahme nicht erklärt, kann der Architekt/Ingenieur eine Frist gemäß § 640 Abs. 2 BGB setzen, so der Gesetzgeber. Was passiert, wenn der Bauherr einen Mangel benennt, z.B. sich darauf beruft, dass die vereinbarten Baukosten nicht eingehalten wurden? Beginnt die Verjährungsfrist in diesen Fällen nicht zu laufen und wie kann das Problem überhaupt gelöst werden? Die beklagte Baukostenüberschreitung ist ganz sicher nicht mehr korrigierbar und kann nachträglich nicht mehr ungeschehen gemacht werden.

Es entstehen Fragen über Fragen und es verwundert nicht, dass die Architekten und Ingenieure gar nicht erst nach einer Abnahme ihrer Leistung fragen, sondern sich äußerst pragmatisch verhalten:

Auch Architektenleistungen müssen abgenommen werden, weil sie abnahmereif erbracht worden sind.

Sie schreiben ihre Schlussrechnung und schließen das Thema mit der Entgegennahme der Schlusszahlung hierauf ab. Haben sich die Parteien auf die Schlusszahlung geeinigt, so liegt in dem Zahlungsvorgang die nachvollziehbare Erklärung des Auftraggebers, die beauftragte Architekten- oder Ingenieurleistung zu billigen. Wiederum mit der ständigen Rechtsprechung des BGH seit dem Urteil vom 24. 11. 1969 - VII ZR 177/67, wird an diesem Sachverhalt auch die Rechtsfolge der Abnahme geknüpft. Der Beginn der Verjährungsfrist ist dann mit dem Zahlungsdatum festgelegt.

Diese pragmatische Lösung enthält jedoch Unsicherheiten. Voraussetzung für eine Abnahme ist, dass sämtliche Leistungen erbracht worden sind. Das schafft Probleme, wenn dem Architekten/Ingenieur sämtliche Leistungen nach dem Leistungsbild der HOAI, also auch einschließlich der Leistungsphase 9, übertragen wurden. Die Leistungspflicht der LPH 9 beginnt mit der Abnahme der Bauleistungen, für die der Architekt in Erfüllung der Leistungen der LPH 8 zu sorgen hat. Sie endet fünf Jahre nach Abnahme der Bauleistungen und verlangt ebenfalls eine Abnahme der Architektenleistungen mit der Folge, dass die Verjährungsfrist für die Architektenhaftung erst dann zu laufen beginnt. De facto erstreckt sich die Haftung damit auf zehn Jahre seit Abnahme des Bauwerkes.

In der Vergangenheit hat man versucht, diese Folge vertragsrechtlich abzumildern und hat zugelassen, dass vertraglich die Durchführung einer Teilabnahme nach Abschluss der LPH 8 gefordert werden kann. Solche Vereinbarungen können nach der Rechtsprechung wirksam sein, so der BGH am 10.02.1994 - VII ZR 20/93. Die vertragliche Vereinbarung der Möglichkeit einer Teilabnahme führte jedoch nicht automatisch auch zum Eintritt dieser Rechtsfolge. Es bedarf zum Eintritt der gewünschten Rechtsfolge stets auch der tatsächlichen Abnahmeerklärung des Bauherrn. Fehlt diese Teilabnahmeerklärung, so sind auch die bis zur Teilabnahme erbrachten Leistungen nicht als abgenommen anzunehmen.

Immerhin hat der Gesetzgeber die Parteien von der Notwendigkeit einer vertraglichen Festlegung über die Zulässigkeit der Teilabnahme befreit, indem mit § 650s BGB stets auch ohne Vereinbarung eine Teilabnahme nach Herstellung des Bauvorhabens gefordert werden kann.

§ 650s BGB wirft mit seinem Wortlaut jedoch auch wiederum Fragen auf:

„Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.“

Die Teilabnahme wird von der Abnahme der letzten Leistung der bauausführenden Unternehmen abhängig gemacht. Diese Leistung kann zeitlich lange nach Bezug des Bauvorhabens möglich sein. Gewonnen ist in einem solchen Fall nicht viel. Es erscheint deshalb angebracht, auch hierzu nähere vertragliche Regelungen zu treffen. Als Anknüpfungspunkt für eine Teilabnahme ließe sich auch der Zeitpunkt der Ingebrauchnahme des Objektes wählen.

Man wird sich die Frage stellen, wieso der Gesetzgeber bei Architekten- und Ingenieurverträgen überhaupt weiterhin auf eine Abnahme der Leistung besteht. Solange dies gesetzlich geregelt ist, wird man es allerdings beachten müssen. Der Gesetzgeber bleibt jedoch aufgefordert, hierüber erneut nachzudenken. Das Regelwerk des Untertitels 2 zum Thema Architektenvertrag und Ingenieurvertrag kommt auch ohne Abnahme der Architekten- und Ingenieurleistung aus, wie es gefühlte 90 % aller Anwendungsfälle in der Praxis auch vormachen.

Solange die Abnahmepflicht jedoch gesetzlich verankert ist, sollte dieses Thema im Vertrag näher geregelt sein. Planungs- und Beratungsleistungen, die ihren Niederschlag im Bauwerk finden, schaffen keinen von der Abnahme der Werkleistung zu differenzierenden Abnahmetatbestand. Insoweit müsste vertraglich festgelegt werden, dass die entsprechenden Architektenleistungen mit der Abnahme der Bauleistung als ebenfalls abgenommen gelten. Hinsichtlich der Leistungen, die ihren Niederschlag nicht in dem Bauwerk finden, sind spezielle Abnahmeregelungen zu schaffen. Dies gilt insbesondere für die Leistungen der Kostenplanung und der Dokumentation. Zur Dokumentation sind die Zusammenfassung aller Planungsunterlagen, die Bauablaufdokumente, z.B. Bautagebuch und Nachweise der verwendeten Bauqualität zu rechnen, sowie die Erfassung der Produktdatenblätter für die speziell verwendeten Bauprodukte etc.

Wird vertraglich ein solches Vorgehen im Rahmen eines Schlusstermins festgelegt, macht die Abnahme von Architekten- und Ingenieurleistungen wieder Sinn. ■

Prof. Rudolf Jochem ist Rechtsanwalt und Notar und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Die BIM-Methode aus Sicht des Bauherrn

von RA Dr. Raffael Greiffenberg, Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte

Jeder Bauherr stellt eine ganze Reihe von Erwartungen an sein Bauvorhaben – und das absolut zu Recht. Während der Bauphase erwartet der Bauherr die Kosten- und Termintreue seiner Auftragnehmer sowie die vertragsgemäße Errichtung des versprochenen Gebäudes. Mit Übergang des Gebäudes in die Betriebsphase liegt der Fokus auf einer soliden Bestandsdokumentation, die einen nachhaltigen und optimalen Gebäudebetrieb ermöglicht.

Diese berechtigten Erwartungen des Bauherrn werden in der Praxis bekanntlich leider zu oft enttäuscht. Dieser Beitrag widmet sich der Frage, ob und inwiefern die BIM-Methode die Erwartungen des Bauherrn erfüllen kann.

A. Vor- und Nachteile der BIM-Methode

Zunächst stellt sich für den Bauherrn die Frage, ob und inwiefern der Einsatz der BIM-Methode bei seinem Bauvorhaben sinnvoll ist. Von zentraler Bedeutung sind also die Vor- und Nachteile von BIM.

I. Vorteile

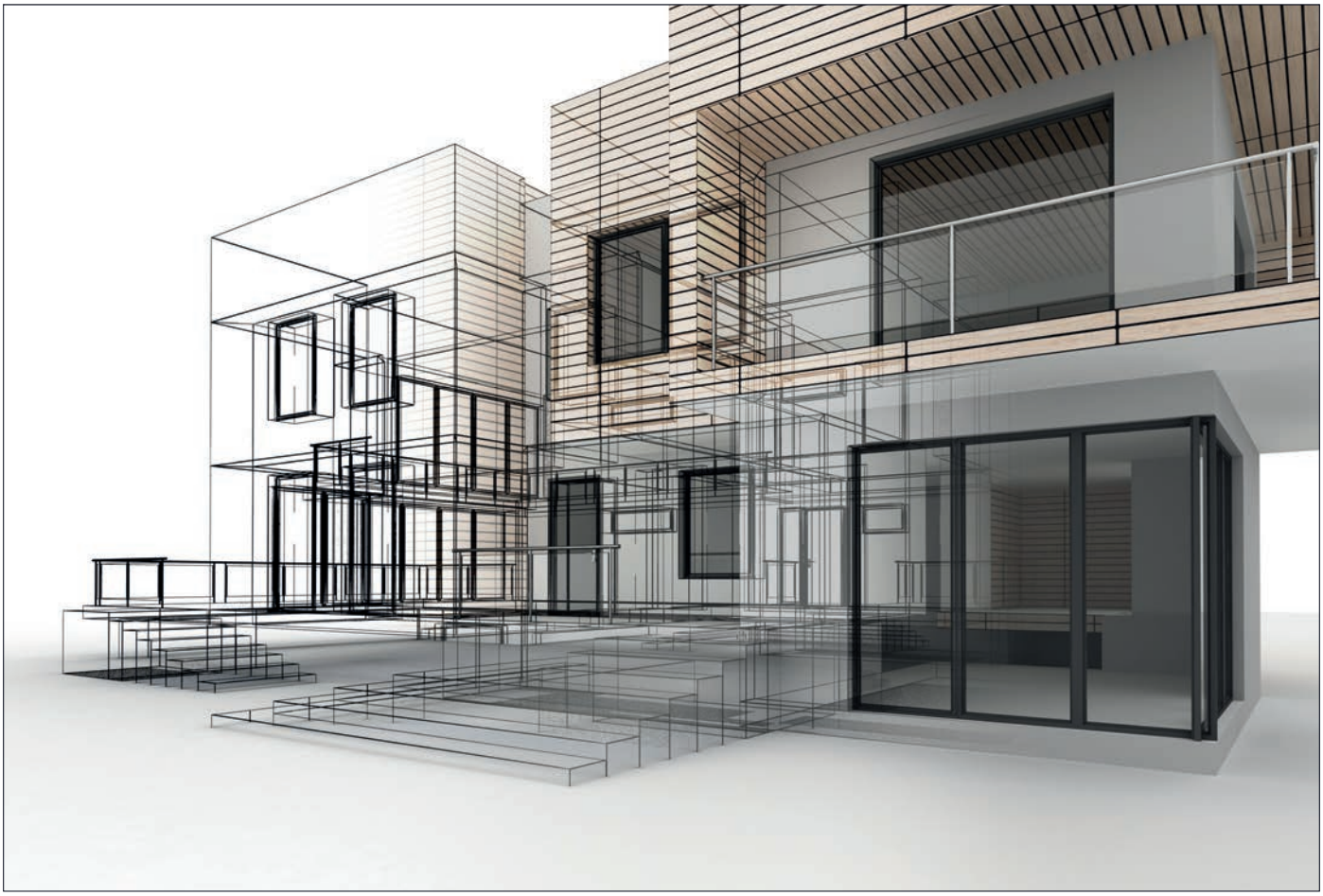
Die BIM-Methode erhöht die Transparenz und die Qualität der Planung: Bereits in der Planungsphase bieten konsolidierte BIM-Daten dem Bauherrn eine solide Entscheidungsgrundlage. Hinzu kommt, dass BIM-Modelle die Struktur des Bauvorhabens, die Kosten und die Termine allgemeinverständlich darstellen. Zudem können Planungsänderungen klar kommuniziert und in ihrer Auswirkung auf Qualität, Kosten und Termine überprüft werden. Das Modell kann die verschiedenen Varianten nachvollziehbar visualisieren. Hierdurch kann der Bauherr bereits frühzeitig im Planungsprozess belastbare Entscheidungen treffen. Darüber hinaus ermöglicht das Modell präzise Mengen- und Massenermittlungen, die beispielsweise die Abrechnung vereinfachen. Weiterhin können aus dem Modell Bauteillisten abgeleitet und modellbasierte Raumbücher erstellt werden.

Die BIM-Methode gewährleistet Zuverlässigkeit: Die Planungsqualität garantiert hohe Kosten- und Termintreue. Die Planung kann jederzeit kontrolliert werden, Kollisionsprüfungen sichern eine kollisionsfreie Planung. Die BIM-Daten erlauben verlässliche Mengenauszüge sowie eine nachhaltige Bauablaufkontrolle, die visuell mit dem BIM-Modell rückgekoppelt werden kann.

Der Einsatz der BIM-Methode reduziert Nachtragsgefahren: Die hohe Planungsqualität kann einerseits Risikoaufschläge vermeiden und andererseits die Gefahr umfangreicher Nachträge reduzieren. Denn die frühzeitige Festlegung in der Planungsphase und der hohe der Detailgrad der Planung steigert die Qualität der Ausschreibungsunterlagen und die Terminsicherheit. Auf diese Weise entsteht Kostensicherheit in der Ausführung; das Projektrisiko wird insgesamt minimiert.

Die BIM-Methode schafft eine nachhaltige technische Dokumentation: Das Modell beinhaltet eine vollständige technische Dokumentation des Bauwerks. So kann das Gebäude etwa bei Gesetzesänderungen nachträglich auf Konformität mit den neuen Anforderungen überprüft werden. Darüber hinaus können gegebenenfalls anstehende Sanierungs- oder Umbaumaßnahmen einfach geplant und simuliert werden. Durch die technische Dokumentation werden außerdem Informationsverluste bei dem Übergang des Gebäudes in die Nutzungsphase vermieden.

Der Einsatz der BIM-Methode birgt Einsparungspotential: Während der Einsatz der BIM-Methode wegen der hohen Planungsqualität einen Mehraufwand in der Planungsphase bedeutet, besteht Einsparungspotential insbesondere bei der Bauausführung und bei dem Betrieb des Gebäudes. Konkret können die Anforderungen der ausführenden Unternehmen aufgrund der hohen Planungsdichte frühzeitig in die Planung integriert werden. Die modellbasierten Mengen- und Kostenermittlungen erhöhen die Kostensicherheit auch für die Bauunternehmen, die ihrerseits Preisvorteile an den Bauherrn weitergeben können. Zudem vermeidet die modellbasierte Mengenermittlung Streit über die zu vergütenden Mengen. Außerdem gewährleistet die frühe Berücksichtigung der Betreiberinteressen eine kostengünstige Nutzung durch geringen Wartungsaufwand. Die Integration der betreiberseitigen Anforderungen ermöglichen es zudem, rechtzeitig den Fokus auf den kostengünstigen Betrieb des Gebäudes zu lenken. So kann beispielsweise das Zusammenspiel verschiedener Bauwerkssysteme optimiert



Planen und Bauen 4.0: Die digitale Planungsmethode BIM eignet sich zwar nicht für jedes Bauvorhaben, setzt sich aber immer mehr durch.

werden, wie beispielsweise von Heizung, Lüftung und Beleuchtung. Schließlich vereinfachen die modellbasierten Daten die Erstellung von Nachweisen, etwa in Bezug auf die Energieeffizienz, die Barrierefreiheit, den Schallschutz, den Brandschutz, den Flächennachweis, usw.. Die entsprechenden Daten können ohne weiteres aus dem Modell extrahiert und entsprechend aufbereitet werden.

II. Nachteile

Die BIM-Methode ist jedoch auch nicht frei von Nachteilen.

Der Einsatz der BIM-Methode verursacht einen hohen Planungs- und Abstimmungsaufwand: Die BIM-Methode verursacht einen höheren Planungsaufwand in frühen Projektphasen, da anderenfalls die verlangte Planungsqualität nicht gewährleistet werden kann. Dies zwingt den Bauherrn dazu, die BIM-Ziele und etwaige Projektanforderungen, wie beispielsweise ein qualifiziertes Raumprogramm, frühzeitig festzulegen und die erforderlichen Entscheidungen zu treffen. Insgesamt erfordert die BIM-Methode eine eng verzahnte und alle Disziplinen vereinende Planungsarbeit, die einen erhöhten Abstimmungsaufwand bedingt.

Die BIM-Methode zieht hohe Investitions- und Unterhaltungskosten nach sich: Die erforderliche Hard- und Software sowie die Ausbildung und Schulung des Personals verursacht Kosten, die auf die Preise umgelegt werden.

Der Einsatz der BIM-Methode erfordert zusätzlich eine BIM-(Gesamt)Koordination und ein BIM-Management: Gegenüber dem klassischen Bauvorhaben begründet die BIM-Methode insbesondere einen zusätzlichen Beratungs-, Koordinierungs- und Überwachungsaufwand. Diese zusätzlichen Leistungen bzw. Leistungsbilder verursachen bei dem Bauherrn zusätzliche Kosten.

Der Einsatz der BIM-Methode kann mangels Wettbewerb zu höheren Preisen führen: Jedenfalls gegenwärtig sind überwiegend größere Planungsbüros und Unternehmen auf die BIM-Methode vorbereitet. Dies bedingt weniger Wettbewerb und damit höhere Preise.

Schließlich kann der Einsatz der BIM-Methode wegen unzureichender Marktreife zu Nachteilen führen, da Marktstandards fehlen und Anwendungsprogramme teils technisch nicht abschließend ausgereift sind.

B. Checkliste für Bauherren bei Einsatz der BIM-Methode

Kommt für den Bauherrn der Einsatz der BIM-Methode grundsätzlich in Frage, stellen sich insbesondere folgende Fragen:

I. Wer ist zusätzlich zu beauftragen?

- BIM-Manager

II. Welche zusätzlichen Entscheidungen muss ich wann treffen?

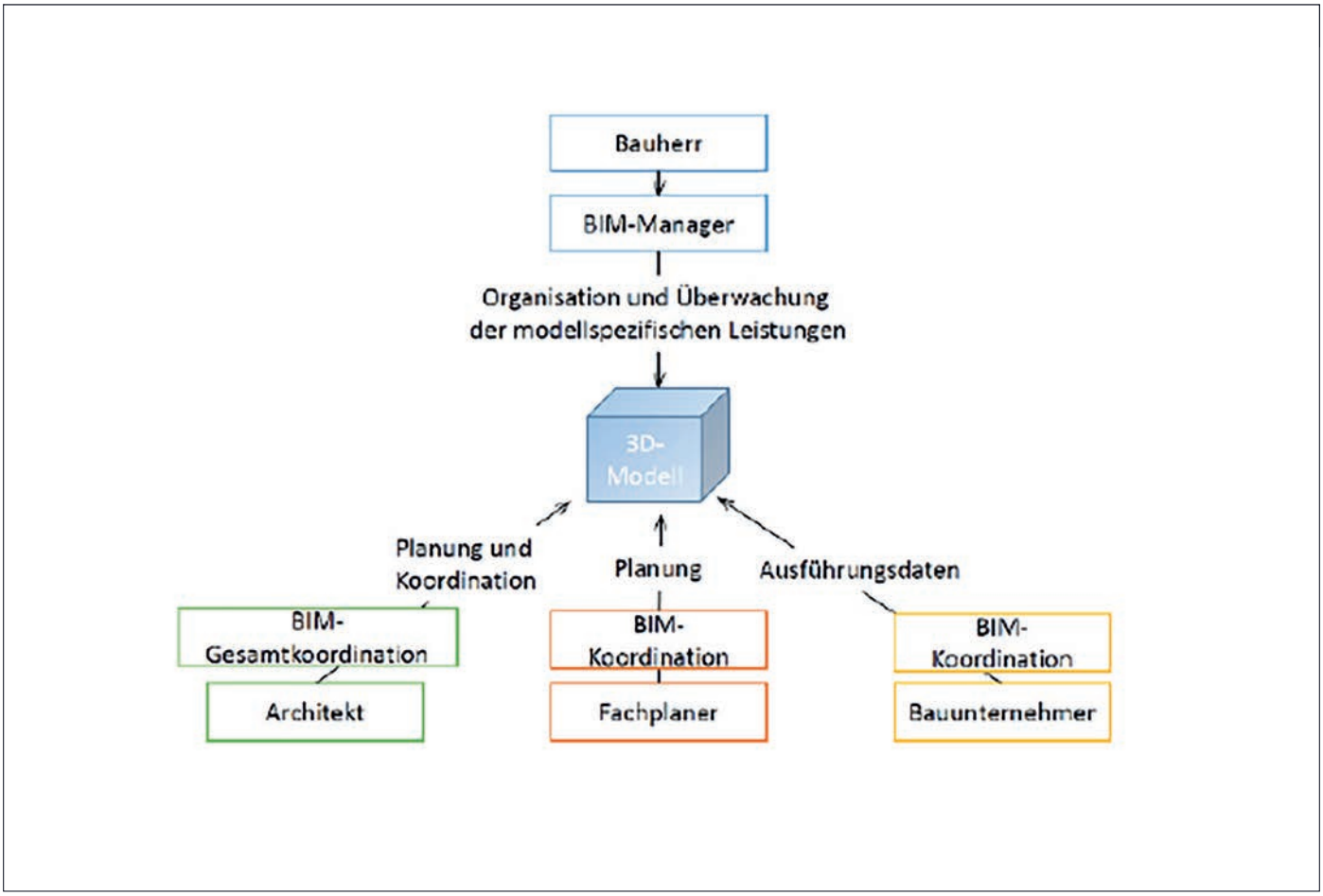
- Festlegung von BIM-Zielen und BIM-Anwendungsfällen

Wie sind die Verträge auszugestalten?

- BIM-BVB
- BIM-Richtlinien

III. Wer haftet wofür?

IV. Welche Rechte benötige ich an dem Gebäudemodell?



Einen Überblick über die Baubeteiligten bei Anwendung der BIM-Methode.

I. Wer ist zusätzlich zu beauftragen? Die Baubeteiligten bei Anwendung der BIM-Methode

Bei BIM-Projekten ergeben sich gegenüber klassischen Bauvorhaben insgesamt drei zusätzliche Aufgabenfelder: Die BIM-Gesamtkoordination, die „einfache" BIM-Koordination und das BIM-Management.

Die BIM-Gesamtkoordination hat die Aufgabe, die mit der BIM-Methode erstellten Planungsergebnisse zu koordinieren und deren Integration in das Modell sicherzustellen. Dabei obliegt es der BIM-Gesamtkoordination, von den einzelnen Planungsbeteiligten die Planungsergebnisse einzufordern. Je nach Gestaltung des BIM-Projekts integriert die BIM-Gesamtkoordination die Planungsergebnisse in das Modell (so bei softwareübergreifender Arbeitsweise, sog. openBIM) oder überwacht die Integration durch die Planer selbst (so bei der Anwendung einheitlicher Software, sog. closedBIM). Außerdem führt die BIM-Gesamtkoordination Kollisions- und Qualitätschecks durch und koordiniert eventuellen Überarbeitungsbedarf. Die Leistungen der BIM-Gesamtkoordination zielen im Ergebnis auf die Herstellung eines widerspruchsfreien Datenmodells.

Die Rolle des BIM-Gesamtkoordinators wird regelmäßig von dem Objektplaner wahrgenommen. Der Objektplaner ist unabhängig vom Einsatz der BIM-Methode verpflichtet, die Planungsbeiträge der Fachplaner zu koordinieren und zu integrieren. Er hat insbesondere die Übereinstimmung der Montagepläne mit der Ausführungsplanung zu überwachen. Soweit nunmehr die BIM-Komponente ins Spiel kommt, erklärt die HOAI die „3-D oder 4-D Gebäudemodellbearbeitung (Building Information Modeling BIM)" als eine besondere Leistung der Leistungsphase 2 des Leistungsbilds Gebäude und Innenräume. Das Honorar für diese besondere Leistung kann frei vereinbart werden und unterliegt nicht dem zwingenden Preisrecht der HOAI.

Die „einfache" BIM-Koordination ist eine zusätzliche Aufgabe, die dem einzelnen Baubeteiligten bei Einsatz der BIM-Methode zusätzlich obliegt. Dementsprechend übernehmen die einzelnen Fachplaner und die ausführenden Unternehmen intern eine eigene BIM-Koordination, sofern diese an oder mit dem Gebäudemodell arbeiten. Der „einfache" BIM-Koordinator des Fachplaners oder des Bauunternehmers ist jeweils intern für die Einhaltung der BIM-Anforderungen verantwortlich: Er organisiert die BIM-spezifische Projektzusammenarbeit und übernimmt die Koordination mit dem BIM-Manager, dem BIM-Gesamtkoordinator und gegebenenfalls den anderen BIM-Koordinatoren.

Die Aufgaben des BIM-Managers lassen sich als projektbegleitende Beratungs- und Organisationstätigkeiten beschreiben. Der BIM-Manager ist idealerweise bereits in der Projektvorbereitung aktiv. Er erfasst und analysiert die Anforderungen des Bauherrn an das Gebäude und die Rahmenbedingungen des Projekts. Anhand dessen ermittelt er die mit der BIM-Methode erreichbaren Ziele und berät den Bauherrn strategisch bei der Aufsetzung des BIM-Planungsprozesses. Gemeinsam mit dem Bauherrn legt er die BIM-spezifischen Anforderungen fest, wie beispielsweise die

Anforderungen an das Gebäudemodell, Meilensteine, das „level of detail", Überprüfungsintervalle, usw. Darüber hinaus wirkt der BIM-Manager bei der Erarbeitung von Besonderen Vertragsbedingungen (BIM-BVB) und BIM-Richtlinien für die Verträge mit den Beteiligten mit. Diese Regelwerke enthalten Festlegungen zu Qualitätsstandards (Dateiformate, Objekteigenschaften), Prozessabläufen (Freigaben, Mitwirkungspflichten) sowie Rechte und Pflichten der Baubeteiligten.

In den nachfolgenden Projektphasen (Planung, Ausführung, Überführung in den Betrieb) überwacht der BIM-Manager die Einhaltung der BIM-spezifischen Planungsvorgaben im Hinblick auf das Modell. Dabei konzentrieren sich die Tätigkeiten auf die Qualitätssicherung. Das Ziel ist die Aufbereitung und Sicherung eines tauglichen Gebäudemodells für die Abnahme, die Inbetriebnahme und die Übergabe des Gebäudes an den Bauherrn bzw. das Facility Management.

Die konkrete Ausgestaltung der Rolle des BIM-Managers hängt in erster Linie von den spezifischen Anforderungen des Projekts ab: Die Einschaltung eines externen BIM-Managers ist denkbar, wenn kein Projektsteuerer auf Bauherrenseite tätig ist oder der Projektsteuerer das BIM-Management nicht wahrnehmen kann oder soll.

Sofern ein Projektsteuerer tätig ist, erscheint dessen Beauftragung als BIM-Manager grundsätzlich sinnvoll. Dies gilt insbesondere, wenn der Projektsteuerer die entsprechende Fachkunde besitzt und kein besonderer Koordinierungsbedarf besteht. Die Aufgaben des BIM-Managements ähneln den Aufgaben des Projektsteuerers, da es sich im Kern um eine projektbezogene Beratungs- und Koordinierungsaufgabe handelt.

Bei kleineren Bauprojekten hingegen ist gewöhnlich kein Projektsteuerer involviert. In diesem Fall kann es zielführend sein, dass der Objektplaner zusätzlich das BIM-Management übernimmt. Dabei besteht allerdings die Gefahr von Interessenkonflikten wegen Überwachung der eigenen Arbeit in der Ausführungsphase.

Bei GU-Verträgen ist die Übernahme des BIM-Managements durch den Bauunternehmer denkbar. Idealtypisch ist dies jedoch nicht, da das BIM-Management das Projekt bereits in den frühen Projektphasen betreuen sollte. Ein Generalunternehmer ist zu diesem Zeitpunkt im Regelfall noch nicht an Bord.

II. Welche zusätzlichen Entscheidungen muss ich wann treffen?

1. BIM-Ziele und BIM-Anwendungsfälle

Hat sich der Bauherr in einem ersten Schritt für den Einsatz der BIM-Methode entschieden, bedarf es weiterer Folgeentscheidungen. Konkret bedarf es der Festlegung der BIM-Ziele für das Projekt sowie entsprechender Festlegungen zu dem BIM-Modell.

Die Grundregel lautet: „So viel BIM, wie für den Projekterfolg nötig; nicht so viel BIM, wie möglich."

Das bedeutet: Das Gebäudemodell ist dazu in der Lage, eine Vielzahl von Daten aufzunehmen und entsprechend zu verarbeiten. Möglich sind etwa dynamische Planableitungen oder das Erstellen von Raum- und Bauteillisten aus Fachmodellen. Die Software kann zudem statische oder thermische Berechnungsmodelle zur Verfügung stellen. Machbar sind ferner modellbasierte Mengenermittlungen aus Fachmodellen, 4D- bzw. 5D-Simulationen mit Verknüpfung von Terminen und Kosten oder BIM-Anwendungen während der Bauphase (sog. Building Assembly Model) und / oder des Gebäudebetriebs (sog. Building Owner Operated Model). Auch im Hinblick auf die Detailtiefe (sog. level of detail) sind dem Gebäudemodell jedenfalls aus technischer Sicht keine echten Grenzen gesetzt. Umso mehr sollte sich der Bauherr im Sinne von Effizienz und Wirtschaftlichkeit – fachkundig beraten durch den BIM-Manager – frühzeitig entscheiden, welche konkreten Zwecke mit dem Einsatz der BIM-Methode erreicht werden sollen. Genauso sollten die BIM-Ziele, Anwendungsfälle und Arbeitsweisen entsprechend definiert werden.

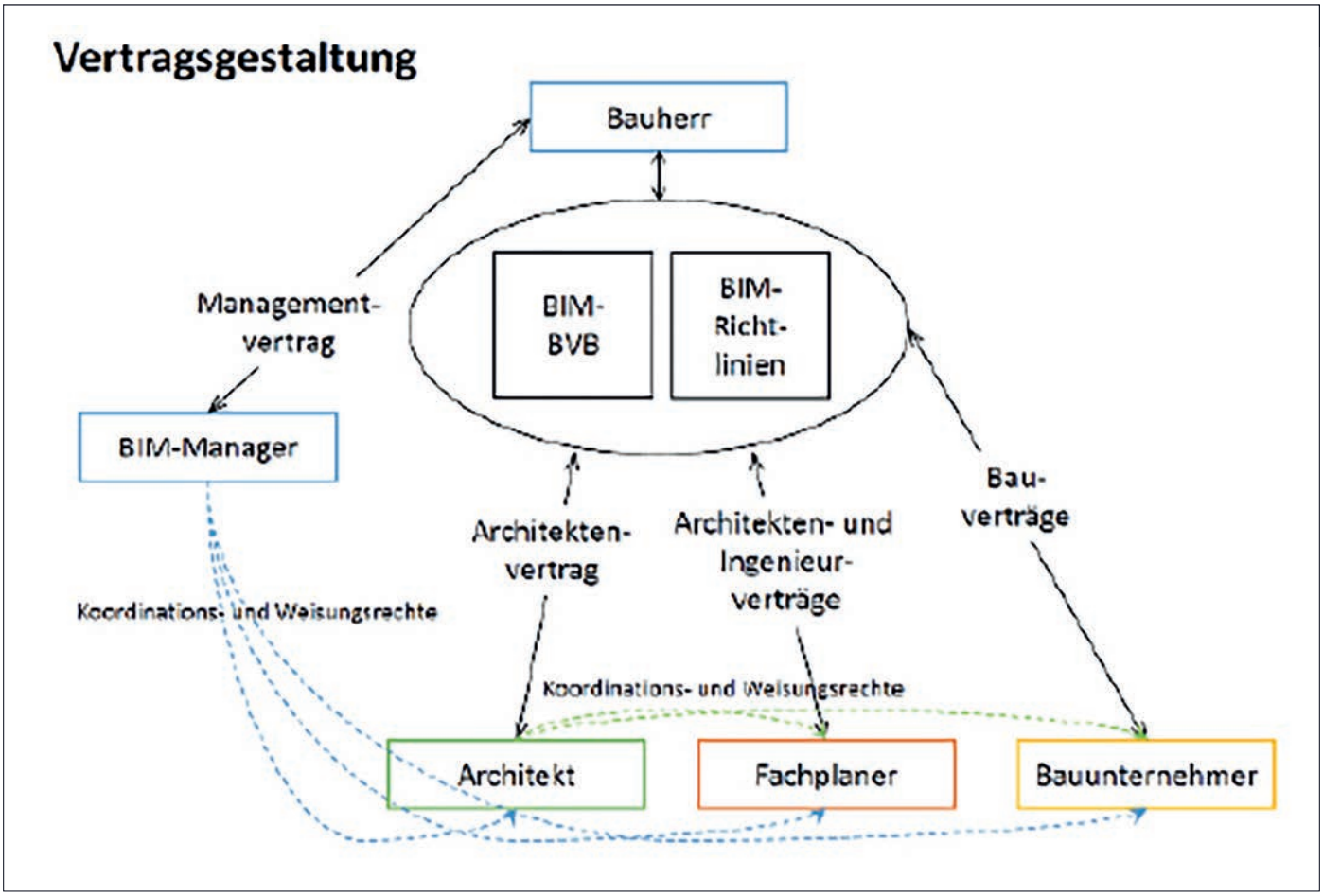
2. Vertragsgestaltung

Für die Vertragsgestaltung bei BIM-Projekten wurde zunächst ein Mehrparteienvertragsmodell diskutiert, bei dem sich die Baubeteiligten gesamtheitlich gegenüber dem Bauherrn zur Erstellung eines virtuellen Gebäudedatenmodells verpflichten. In der Praxis ist dies jedoch wenig praktikabel: Einerseits kann selten mit allen Parteien gleichzeitig die nötige Vertragsreife erreicht werden. Andererseits kann die Kündigung einzelner Vertragspartner oder die Abwicklung im Falle der Insolvenz eines Auftragnehmers schwierig werden.

Vorzugswürdig ist deshalb eine Einzelvertragslösung. Mit den Auftragnehmern werden in den einzelnen Verträgen jeweils einheitliche organisatorische Rahmenbedingungen und Standards (BIM-Richtlinien) und einheitliche wechselseitige Rechte und Pflichten (BIM-BVB) vereinbart. Dies gewährleistet die Zusammenarbeit der Projektbeteiligten hin auf das gemeinsame Ziel: Ein solides Gebäudedatenmodell.

Die BIM-spezifischen zusätzlichen Leistungspflichten begründen weiteren Regelungsbedarf. So gleicht das BIM-Management einem eigenen Leistungsbild, namentlich der Beratung des Bauherrn und der Koordinierung, Überwachung und Steuerung des BIM-Planungsablaufs. Darüber hinaus bedarf es im Architektenvertrag mit dem Objektplaner der zusätzlichen Vereinbarung des Leistungsbildes der BIM-Gesamtkoordination, also der Steuerung und Integration der BIM-spezifischen Planungsleistungen als zusätzliche Leistungen. Auch in den Fachplaner- und Bauverträgen sind wegen der zusätzlichen Leistungen der „einfachen" BIM-Koordination gesteigerte Pflichten zu vereinbaren. Nicht zu vergessen ist dabei auch die zusätzliche Aufgabe der Auftragnehmer, BIM-konform zu arbeiten.

Darüber hinaus ruft die vertragsübergreifende Vereinbarung der BIM-Richtlinien (auch BIM-Pflichtenheft genannt) besonderen Gestaltungsbedarf hervor. Die BIM-Richtlinien benennen etwa die allgemeinen BIM-Ziele im Projekt sowie deren Priorisierung, die BIM-Anwendungen während der einzelnen Leistungsphasen,



Überblick über die jeweiligen Vertragsbeziehungen und den BIM-spezifischen Gestaltungsbedarf

die BIM-Rollen und die Verantwortlichkeiten im Projekt, den BIM-Workflow und die Zusammenarbeitsstrategie oder BIM-Datenübergabeprozesse, das Qualitätsmanagement oder Softwarestandards.

Neben den BIM-Richtlinien sind zudem die Besonderen Vertragsbedingungen BIM (BIM-BVB) mit allen Projektbeteiligten verbindlich zu vereinbaren. Die BIM-BVB enthalten Regelungen zu Mitwirkungspflichten, Form- und Zugangserfordernisse beim Datenaustausch, Weisungsrechte von BIM-Manager und BIM-Gesamtkoordinator, BIM-spezifische Leistungspflichten, wie Anforderungen an Planungsleistungen und den Leistungserfolg, Detailgrad von Planungen, das Prozedere bei festgestellten Kollisionen sowie Prüf- und Hinweispflichten bezüglich Leistungen Dritter. Ratsam sind darüber hinaus Regelungen zu Vergütung, Abnahme, Haftung, Versicherung sowie zu dem Eigentum und den Urheberrechten an den Daten und dem Gebäudemodell.

III. Wer haftet wofür? BIM-spezifische Haftungsfragen

Im Grundsatz gilt auch bei BIM-Projekten: Jeder haftet für seine eigenen Leistungen.

Aber: BIM erfordert ein intensives und kooperatives Zusammenwirken der Beteiligten. So schulden die Beteiligten je nach Gestaltung dem Bauherrn sogar gemeinsam ein virtuelles Gebäudemodell als einheitliches Planungsergebnis. Gerade wegen des engen Zusammenwirkens ist in den Verträgen, Leistungsbildern, BIM-BVB und BIM-Richtlinien klar und eindeutig auszudifferenzieren, wer welche Leistung zu welchem Zeitpunkt in welcher Form zu erbringen hat. Sofern dies gewährleistet ist, verbleibt es bei dem oben genannten Grundsatz: Jeder haftet für seine eigenen Leistungen.

Der Werkerfolg besteht bei Architekten-, Ingenieurs- und Bauleistungen nach allgemeinen Grundsätzen in der Herstellung eines mangelfreien und funktionstauglichen Werks. Wie dagegen der BIM-spezifische Werkerfolg beschaffen ist, hängt von der vertraglichen Definition der Leistungspflichten der einzelnen Parteien ab. Jedenfalls dürfte das Gebäudemodell mangelfrei sein, sofern es frei von Rechten Dritter ist, die festgelegten BIM-Ziele erreicht wurden und sich das Gebäudemodell für die Überführung in das Facility Management eignet.

Sofern das Werk mangelhaft ist, drängt sich natürlich die Frage auf: Wer ist für den Mangel verantwortlich? Wer hat gegebenenfalls Prüf- und Hinweispflichten oder Überwachungspflichten verletzt? Der Einsatz der BIM-Methode vereinfacht insoweit die Klärung von Ursachen und Verantwortlichkeiten bei Mängeln. Denn: BIM-Software kann durch entsprechende Log-Funktionen nachvollziehen, wer zu welchem Zeitpunkt welche Planungsschritte mit welchem Inhalt erbracht hat. Jeder Zugriff und jede Planänderung kann auch nach Abschluss des Projekts genau nachvollzogen werden. Der Nachweis von dem ursprünglichen Planungsfehler zu dem realen Baumangel kann lückenlos geführt

werden. Dasselbe gilt für Bauzeitverzögerungen: Durch die Log-Funktion kann nachvollzogen werden, welcher Planer während des Planungsprozesses Konflikte herbeigeführt oder verspätet geleistet hat und welche Verzögerungen hierdurch im Projekt entstanden sind.

Die gesamtschuldnerische Haftung der Baubeteiligten für einen Baumangel wird durch den Einsatz der BIM-Methode nicht wesentlich berührt. Es bleibt insoweit bei den bekannten Grundsätzen.

IV. Welche Rechte benötige ich an dem Gebäudemodell? Urheberrecht

Der Urheber im Sinne des Urheberrechts ist der Schöpfer des Werkes. An dem Gebäudemodell können demzufolge Urheberrechte bestehen, sofern das Modell eine gewisse Schöpfungshöhe erreicht.

Das mit der BIM-Methode erstellte Gebäudemodell wurde gemeinsam von den Planern und den ausführenden Unternehmern erstellt. Die mitwirkenden Planer und Unternehmern sind demzufolge Miturheber des Gebäudemodells. Nach den Regelungen des Urheberrechts dürfen Miturheber das Werk nur mit Einwilligung aller Miturheber veröffentlichen, verwerten oder ändern. Dritte (auch der Bauherr) dürfen das Werk nur nutzen, bearbeiten, ändern, o.ä., wenn von den Miturhebern entsprechende Rechte eingeräumt wurden.

In den Verträgen mit den Planern und Unternehmern ist zwingend darauf zu achten, dass dem Bauherrn ausdrücklich umfangreiche Nutzungs-, Bearbeitungs- und Änderungsrechte hinsichtlich des Gebäudemodells eingeräumt werden. Insbesondere gilt dies für die Fortentwicklung des Modells nach Nutzungsänderungen oder Umbaumaßnahmen.

FAZIT: Der richtige Einsatz der BIM-Methode bei dem richtigen Bauvorhaben kann dem Bauherrn dabei helfen, die eingangs genannten Ziele (Kosten-, Termin- und Qualitätstreue sowie eine solide Bestandsdokumentation für den nachhaltigen Gebäudebetrieb) zu erreichen. Dabei sollte der Bauherr unter fachkundiger Beratung durch einen BIM-Manager sorgfältig prüfen, ob, mit welchen Schwerpunkten und mit welcher Intensität die BIM-Methode bei seinem Bauvorhaben zum Einsatz kommen soll. Darüber hinaus ist der Bauherr gut beraten, einen starken Fokus auf die gründliche Ausarbeitung der vertraglichen Grundlagen des BIM-Projekts zu legen. Hierdurch kann der Bauherr die reibungslose Abwicklung und den Erfolg des Projekts gewährleisten und während der gesamten Lebensdauer des Gebäudes von den Vorteilen von BIM profitieren.

Sicherlich: Die BIM-Methode ist ein potentes Werkzeug für die Optimierung von Bauvorhaben. Das volle Potential kann BIM jedoch nur entfalten, wenn die BIM-Methode zielgerichtet eingesetzt und individuell an die Besonderheiten und Bedürfnisse des jeweiligen Projekts angepasst wird. Hiervon abgesehen verbleibt es bei der altbekannten Weisheit: Eine Technik ist nur so gut wie ihr Anwender. ■

Dr. Raffael Greiffenberg ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Schluss mit fiktiven Mangelbeseitigungskosten?

von RA Andreas Bollig, KOENEN BAUANWÄLTE, Essen, Hannover, Münster, Bielefeld

Zum Leidwesen der Baubranche und auch der Versicherungswirtschaft war es in der Vergangenheit gang und gäbe, bei Ausführungsfehlern Mangelbeseitigungskosten als Schadensersatz geltend zu machen, ohne die Mängel tatsächlich zu beseitigt oder Entsprechendes auch nur zu beabsichtigen. So „erwirtschaftete" finanzielle Vorteile konnte ein jeder Auftraggeber behalten und mit dem Geld nach seinem Gutdünken disponieren. Auf diesem Wege wurde so manches Vorhaben „nachfinanziert", soweit man denn mit Mängeln im Alltag gut leben konnte.

1)

Dem hat der Bundesgerichtshof in drei Entscheidungen, welche sich über Verträge verhalten, die nach dem 01.01.2002 geschlossen wurden, ein Ende bereitet (Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17, BauR 2018, 815 ff; Urteil vom 21.06.2018 - VII ZR 173/16, BauR 2018, 1725 ff; Urteil vom 06.12.2018 - VII ZR 71/15, IBRRS 2019, 0201).

Danach gilt:

a)

Lässt der Auftraggeber die Mangelbeseitigung durchführen, sind die von ihm aufgewandten Kosten, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten dürfte, vom ausführenden Unternehmen nicht nur gemäß den §§ 634 Nr. 2, 637 BGB zu erstatten. Der Auftraggeber kann in diesem Fall die von ihm aufgewandten Mangelbeseitigungskosten vielmehr auch als Schaden gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB ersetzt verlangen. Auf den Ersatz eines geringeren Minderwerts muss er sich in diesem Fall, vorbehaltlich der Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen, nicht verweisen lassen (BGH, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17, BauR 2018, 815, 820, Rn. 46).

Vor Begleichung bereits angefallener Kosten kann der Besteller Befreiung von den zur Mangelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen (BGH a. a. O., Rn. 47).

Ähnliches hat der Bundesgerichtshof für die Architektenhaftung entschieden. Lässt der Besteller den Mangel am Bauwerk, für welchen der Architekt aufgrund eines Planungs- oder Überwachungsfehlers verantwortlich ist, beseitigen, sind die von ihm aufgewandten Kosten als Schaden gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen, denn in Höhe der Aufwendungen ist dem Besteller ein Vermögensschaden entstanden, den er ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht gehabt hätte.

Auch insofern gilt: Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen (BGH a. a. O., Rn. 66).

b)

Ist eine Mangelbeseitigung beabsichtigt, hat der Besteller, der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB verlangt hat, grundsätzlich weiterhin das Recht, vom ausführenden Unternehmen in Höhe des Mangelbeseitigungsaufwands Vorschuss gemäß den §§ 634 Nr. 2, 637 BGB zu fordern (BGH, a. a. O., Rn. 48).

Auch gegenüber dem Architekten billigt der Bundesgerichtshof dem Auftraggeber einen zweckgebundenen Vorschussanspruch zur Mangelbeseitigung zu. Nach den §§ 634 Nr. 2, 637 BGB würden dem Besteller im Verhältnis zu dem mangelhaft leistenden Bauunternehmer die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung durch die Gewährung eines Vorschussanspruches abgenommen. Diese für das Werkvertragsrecht getroffene Wertung des Gesetzgebers sei auch für Planungs- oder Überwachungsfehler des Architekten, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht hätten, zu berücksichtigen. Ein umfassender Ausgleich des verletzten Interesses des Bestellers im Rahmen des Schadensersatzanspruches gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280 BGB wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht hätten, erfordere danach auch die Überwälzung der Vorfinanzierung auf den Architekten in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags an den Besteller.

c)

Anders sollen die Dinge liegen, wenn keine Beseitigung des Baumangels erfolgt oder auch nur beabsichtigt ist.

aa)

In diesem Falle hat der Besteller die Mög-

Das Schreckensbild der BGH-Richter des VII. Zivilsenats: Zuspruch eines Ersatzanspruchs für Mängel am Bauwerk in Geld, mit dem der Auftraggeber anschließend nicht die Mängel beseitigen lässt, sondern in Urlaub fährt.

lichkeit, den Schaden nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen in der Weise zu 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. Diese Art der Schadensbemessung ist ausschließlich auf einen Ausgleich des Wertunterschieds gerichtet (BGH a. a. O., Rn 27). Nach der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zitierten älteren Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 11.10.2012 - VII ZR 179/11, BauR 2013, 81, Rn. 10) ist die Differenz zwischen dem Verkehrswert des Werkes mit und ohne Mangel gemeint.

Hat der Auftraggeber die Immobile inzwischen veräußert, ohne dass eine Mangelbeseitigung vorgenommen wurde, kann er den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache bemessen. Der Mindererlös wird typischerweise anhand der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der Sache ohne Mangel und dem gezahlten Kaufpreis ermittelt werden können. Da der Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache indiziert, entspricht der so ermittelte Mindererlös im Regelfall dem Minderwert der betroffenen Sache. Haben neben dem vom Unternehmer zu verantwortenden Mängel auch weitere Mängel zu dem Mindererlös geführt, ist zu ermitteln, welcher Anteil des Mindererlöses auf den vom Unternehmer zu verantwortenden Mangel entfällt. (BGH a. a. O., Rn. 28)

Hierzu hat der Bundesgerichtshof (BGH a. a. O., Rn. 29) klargestellt, dass dem Besteller bei der Veräußerung der Sache auch die Möglichkeit verbleibt, den Schaden nach einem den konkreten Mindererlös übersteigenden Minderwert zu bemessen, wenn er nachweist, dass der erzielte Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache übersteigt. Denn der in Höhe des Minderwerts bestehende Schaden wird durch ein vom Besteller abgeschlossenes günstiges Geschäft grundsätzlich nicht gemindert. Dem Ersatzpflichtigen sollen solche Vorteile nicht zu Gute kommen, die sich der Ersatzberechtigte durch Abschluss eines – den Ersatzpflichtigen nicht berührenden – Vertrags mit einem Dritten erarbeitet hat (BGH a. a. O., Rn. 29). Gemeint ist wohl: Wird aufgrund des Geschicks des Verkäufers ein höherer Verkaufspreis erzielt, als der Verkehrswert, ist für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs nicht auf die Differenz zwischen dem Verkehrswert des Werks mit und ohne Mangel sondern auf die Differenz zwischen dem Verkehrswert des Werks mit Mangel und dem tatsächlich erzielten – den Verkehrswert des Werks ohne den Mangel übersteigenden – Kaufpreis abzustellen.

Klargestellt hat der Bundesgerichtshof weiter (BGH a. a. O., Rn. 29), dass diese Grundsätze nur dann umgekehrt gelten, wenn dem Auftraggeber ein Verstoß gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung gem. § 254 Abs. 2 BGB vorzuwerfen ist. Das bedeutet: Wendet der Unternehmer ein, der Minderwert (gemeint ist wohl der Mindererlös) sei geringer, weil der erzielte Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache unterschreite, ist der in Folge der Veräußerung entstandene Mindererlös nur dann nicht als Schaden zu ersetzen, wenn dem Besteller ein Verstoß gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung gem. § 254 Abs. 2 BGB vorzuwerfen ist.

Die vorstehenden Grundsätze sollen ausdrücklich auch für die Haftung des Architekten gelten. Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, kann er seinen Schaden im Wege der Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zum hypothetischen Werk des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder ggf. – bei Veräußerung des Objekts – nach dem konkreten Mindererlös (BGH a. a. O., Rn. 64).

bb)

Eine zweite Möglichkeit, den Schaden ohne durchgeführte oder auch nur beabsichtigte Beseitigung von Mängeln (s. vorstehend unter LIT a) und b)) zu berechnen, orientiert sich an dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (Störung des werkvertraglichen „Äquivalenzverhältnisses“) (BGH a. a. O., Rn. 38).

Sieht der Besteller von der Mängelbeseitigung ab, kann er nach den §§ 634 Nr.3, 638 BGB als Ausgleich für die Mängel („das verletzte Leistungsinteresse“) die Vergütung mindern. Diese Wertung ist bei der Bemessung des Schadens im Rahmen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß den §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB zu berücksichtigen. Der Besteller soll durch die

Wahl des – im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis strengeren Voraussetzungen unterliegenden – Schadensersatzanspruchs nicht schlechter gestellt werden, als im Falle der Geltendmachung des Rechts zur Minderung gemäß den §§ 634 Nr. 3, 638 BGB (BGH a. a. O., Rn. 40)

Der Schaden kann deshalb in Anlehnung an die §§ 634 Nr. 3, 638 BGB in der Weise bemessen werden, dass ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung der Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels geschätzt wird. Die von den Parteien durch den Werkvertrag zum Ausdruck gebrachte Bewertung des (mangelfreien) Werks in Höhe der Vergütung rechtfertige es, bereits das Ausbleiben der vollständigen (mangelfreien) Gegenleistung mit der Folge der Störung des Äquivalenzverhältnisses –unabhängigen von einer objektiven Bewertung durch einen „Markt" – als einen beim Besteller eingetretenen Vermögensschaden anzusehen. (BGH a. a. O., Rn. 41) Der mangelbedingte Minderwert des Werks ist danach ausgehend von der Vergütung als Maximalwert nach § 287 ZPO unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu schätzen. Beispielsweise kommt eine Schadensbemessung anhand der Vergütungsanteile in Betracht, welche auf die mangelhafte Leistung entfallen. Ergeben sich die Vergütungsanteile nicht aus dem Vertrag, sind sie zu schätzen (BGH, a. a. O, Rn. 42).

Klargestellt hat der Bundesgerichtshof allerdings ausdrücklich, dass im Rahmen dieser Schadensbemessung fiktive Mangelbeseitigungskosten nicht als Maßstab herangezogen werden dürfen (BGH a. a. O., Rn. 42).

Weiter hat der Bundesgerichtshof klargestellt (BGH a. a. O., Rn. 43), dass die Grundsätze auch für den VOB/B Vertrag Geltung beanspruchen.

Auch im Falle einer Inanspruchnahme des Architekten soll es möglich sein, den Schaden auf diese Weise zu berechnen. Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des Bauvertrags vorliegt, kann der Besteller 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. Denselben Vermögensschaden habe der Architekt, vermittelt durch den Mangel des Werks des Bauunternehmers, durch seine mangelhafte Architektenleistung verursacht und deshalb zu ersetzen (so ausdrücklich, BGH a. a. O., Rn. 65).

2)

Im September 2018 (Urteil vom 27.09.2018, VII ZR 45/17, ibr 2019, 23 ff.) hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Grundsätze nicht für Verträge gelten, die vor dem 01.01.2001 abgeschlossen wurden.

Das ist insbesondere für die Architektenhaftung von Bedeutung. So gibt es noch heute eine Vielzahl von Prozessen gegen mit der Vollarchitektur beauftragte Architekten, welche im Jahr 2001 oder früher beauftragt wurden. In diesen Fällen können die Kosten der Beseitigung von Mängeln an Bauwerken nach wie vor als fiktiver Schadensersatz (zur Klarstellung: ohne Umsatzsteuer) geltend gemacht werden, ohne dass eine Zweckbindung bestehen würde.

3)

Zu beachten ist weiter, dass die Grundsätze (s. vorstehend unter Ziffer 1) – jedenfalls nicht ohne weiteres – auch Schadensersatzansprüche wegen Baumängeln an Bestandsimmobilien, welche im Rahmen von Kaufverträgen erworben wurden, übertragen werden können, das unabhängig von der Frage, wann der Kaufvertrag geschlossen wurde.

So hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (Urteil vom 09.10.2018 – 24 U 194/17, imr 2019, 80 ff.) entschieden, dass eine Bemessung des Mangelschadens auf der Grundlage fiktiver Mangelbeseitigungskosten gemäß den §§ 280, 281, 437 Nr. 3 BGB nach wie vor zulässig ist. Jedenfalls für das Kaufrecht verbliebe es bei der bisherigen Rechtsprechung. Die Änderung der Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht beruhe – auch nach den eigenen Ausführungen des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs – auf den Besonderheiten des Werkvertragsrechts. Zwar bestehe nach der Erfahrung des Senats in Fällen, bei denen der Käufer ein mängelbehaftetes Haus erwerbe, ebenfalls die Gefahr einer Überkompensation des Schadens. Allerdings komme es darauf an, dass es im Werkvertragsrecht keines Anspruchs auf die Erstattung fiktiver Mängelbeseitigungskosten bedarf, weil der Besteller ein Selbstvornahmerecht gemäß den §§ 634 Nr. 2, 637 BGB habe und in diesem Rahmen einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten verlangen könne. Eine entsprechende Norm gebe es im Kaufrecht nicht. Solange dies so bleibe, solle der Käufer seinen Schaden anhand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen können. Ansonsten müsse er unter Umständen erhebliche Kosten vorfinanzieren, was ihm in Anbetracht des vorangegangenen, meist finanzierten Kaufs der Immobilie tatsächlich gar nicht möglich sei.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat wegen der Rechtsfrage, ob der Käufer einer Immobilie einen durch Mängel der Kaufsache begründeten Schaden nach den fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen kann, die Revision zugelassen. Wie die für das Kaufrecht zuständigen Zivilsenate (V und VIII) die Frage bewerten werden, bleibt abzuwarten. Die Ausführungen des VII. Zivilsenats zur Architektenhaftung legen aus unserer Sicht die Vermutung nahe, dass sich die Rechtsprechung im Kaufrecht an diese im Werkvertragsrecht angleichen wird. ■

Andreas Bollig ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Der Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers aus § 642 BGB

Neue Hoffnung für Auftragnehmer durch die neue BGH-Rechtsprechung?

von RA Marco Röder und Jennifer Essig, Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte PartG mbB, Karlsruhe

Durch das am 01.01.2018 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (BGBl. I, 2017, 969 ff.) hat der Gesetzgeber in § 650a BGB den Bauvertrag als Sonderform des Werkvertrages in das Gesetz eingeführt und eine Reihe zusätzlicher Regelungen getroffen, die den Bauvertrag den Besonderheiten am Bau besser anpassen sollen. Die Dauerproblematik von (insbesondere bei öffentlichen Bauvorhaben) Bauablaufstörungen, Bauzeitverzögerungen und den daraus resultierenden kostenmäßigen Belastungen insbesondere für Auftragnehmer, die ihre Tätigkeit nicht wie vorgesehen beginnen oder vollenden können, wurde mit der Reform jedoch nicht angepackt. Für Auftragnehmer bestehen somit nach wie vor hohe Hürden, im Falle von Bauablaufstörungen ihre enttäuschten wirtschaftlichen Erwartungen durchzusetzen oder auch nur eine teilweise Kompensation zu erhalten.

Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 26.10.2017 (VII ZR 16/17) nach allgemeiner Auffassung die Hürden für entsprechende Ansprüche des Auftragnehmers nach § 642 BGB noch einmal heraufgesetzt. So scheint es jedenfalls: Denn das Landgericht Mosbach hat mit einer durchaus aufsehenerregenden Entscheidung die BGH-Rechtsprechung besonders auftragnehmerfreundlich interpretiert (LG Mosbach, Urteil vom 02.02.2018 - 1 O 164/17): Es gewährt dem Auftragnehmer im Falle des Annahmeverzugs als Entschädigung die komplette Vergütung abzüglich Stoffkosten und anderweitigem Erwerb, die der Auftragnehmer ohne den Annahmeverzug erwirtschaftet hätte - ohne dass der Auftragnehmer einen konkreten Schaden nachweisen müsste.

1. LG Mosbach, Urteil vom 02.02.2018 - 1 O 164/17)

Der Entscheidung des LG Mosbach lag ein ganz alltäglicher Fall zugrunde: Bei einem öffentlichen Bauvorhaben hatten sich Verzögerungen ergeben. Diese führten dazu, dass sich für die Bodenbelagsarbeiten eine „Parallelverschiebung“ des Bauzeitenplans ergeben hatte. Diese rund 4 Monate dauernden Arbeiten konnten erst nach dem Ende der ursprünglich hierfür vorgesehenen Bauzeit durchgeführt werden.

Das Landgericht Mosbach sprach dem Auftragnehmer neben dem Werklohn für die erbrachte Leistung als Entschädigung die komplette Vergütung abzüglich erspartem Aufwand und anderweitigem Erwerb zu. Die Entschädigung entspricht also letztlich dem, was der Auftragnehmer im Falle einer freien Kündigung des Auftraggebers erhalten würde - jedoch mit dem Vorteil, dass der Auftragnehmer den Auftrag noch abarbeiten konnte und auch seine „reguläre“ Vergütung erhielt. Im günstigsten Fall erhält der Auftragnehmer seine Vergütung also doppelt: Einmal den regulären Werklohn und darüber hinaus als Entschädigung die komplette Vergütung noch einmal, jedoch abzüglich erspartem Aufwand und anderweitigem Erwerb. Auf einen tatsächlichen Schaden soll es nach dem LG Mosbach nicht ankommen.

Ist das wirklich das Resultat, das der BGH mit seinem Urteil vom 26.10.2017 (VII ZR 16/17) gewollt hat? Sollte dem so sein, dann brechen Goldgräberzeiten für die Auftragnehmer an. Zweifel scheinen angebracht, denn der BGH wollte mit der vorgenannten Entscheidung den Anwendungsbereich des § 642 BGB einschränken.

2. Die Vorunternehmer-Entscheidungen I und II des BGH

Die vorgenannte Entscheidung des BGH ist im Lichte der bisherigen Rechtsprechung des BGH und insbesondere im Lichte der sog. Vorunternehmer-Entscheidungen zu betrachten. Mit der Entscheidung „Vorunternehmer I“ vom 27.06.1985 (VII ZR 23/84) hat der BGH klargestellt, dass ein Auftraggeber Bauzeitverzögerungen eines Vorunternehmers nicht zu vertreten hat, da der Vorunternehmer im Verhältnis zum Auftragnehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers sei. Mit dieser Entscheidung wurde Schadenersatzforderungen der Auftragnehmer, die wegen Behinderungen aus dem Bereich von Verzögerungen von Vorunternehmern einen Schaden erlitten, eine Absage erteilt. Somit schien für viele Fälle, in denen ein klar aus dem Risikobereich des Auftraggebers stammendes Behinderungsereignis eintrat, eine Kompensation nicht möglich. Dies wurde - nachvollziehbar – insbesondere von der Auftragnehmerseite stark kritisiert.

Mit der Entscheidung „Vorunternehmer II“ vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) zeigte der BGH einen Lösungsansatz auf, mit dem sich die Auftragnehmerseite einigermaßen arrangieren konnte: Der Auftraggeber komme im Verhältnis zum Auftragnehmer mit einer ihm obliegenden und für die Herstellung des Werkes des Auftragnehmers erforderlichen Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug, wenn er die Leistung eines Vorunternehmers nicht rechtzeitig zur Aufnahme der darauf aufbauenden Leistung bereitstellt. Dem Nachfolgeauftragnehmer stehe dann unabhängig vom Verschulden des Auftraggebers eine angemessene Entschädigung nach § 642 BGB zu. Unter Bezug auf diese Entscheidung wurden seither insbesondere gestiegene Lohn- und Materialkosten, die sich als Folge einer Bauzeitverzögerung darstellten, geltend gemacht.

3. Zeitlicher Anwendungsbereich des § 642 BGB

Dem hat nun der BGH einen Riegel vorgeschoben: Er beschränkt mit der Entscheidung vom 26.10.2017 (VII ZR 16/17) den zeitlichen Anwendungsbereich des § 642 BGB. Nach der neuen Entscheidung können nur die Nachteile ersetzt werden, die im Zeitraum des Annahmeverzugs entstanden sind. Nicht davon umfasst seien solche Mehrkosten, die zwar als Folge des Annahmeverzugs entstehen, jedoch erst nach dessen Beendigung anfallen.

Zeitliches Kriterium für die Berechnung der Entschädigungshöhe sei nach dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB nur die Dauer des Verzugs, nicht jedoch dessen Auswirkung auf den weiteren Bauablauf. Das bedeutet, dass die angemessene Entschädigung nach § 642 BGB nur für die Wartezeiten des Auftragnehmers gezahlt werden muss und eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräte und Kapital darstellen soll. Mehrkosten, die dadurch anfallen, dass sich die Ausführung der Leistung des Auftragnehmers - etwa aufgrund von Lohn- oder Materialkostensteigerungen - verteuert, weil sie wegen des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung zu einem späteren Zeitraum ausgeführt wird, sind danach nicht Gegenstand der nach § 642 BGB vom Unternehmer zu beanspruchenden Entschädigung. Diese Sichtweise hat der BGH mit dem Urteil vom 26.04.2018 (VII ZR 81/17), in dem er eine analoge Anwendung des § 642 BGB auf verzögerte Zuschlagserteilungen abgelehnt hat, nochmals bekräftigt.

Diese Beschränkung des Anspruchs hält der BGH unter folgendem Gesichtspunkt für angemessen: Dem Auftragnehmer stehe gemäß § 643 BGB ein Kündigungsrecht zu, falls der Auftraggeber die Mitwirkungshandlung nicht innerhalb einer Frist nachhole. So könne der Auftragnehmer Nachteile aus erwarteten Lohn- oder Materialpreissteigerungen vermeiden.

4. Höhe der Entschädigung nach § 642 BGB

Der BGH gewährt nach § 642 BGB ausdrücklich keine vollständige Kompensation des eingetretenen Schadens, sondern lediglich eine (darunter liegende) Entschädigung, die sich der Höhe nach an der vereinbarten Vergütung orientiert und somit auch die in dieser Vergütung enthaltenen Anteile für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten enthält. Der Grund, weshalb über § 642 BGB keine volle Schadenskompensation gewährt wird, liegt auf der Hand: Bei dem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB handelt es sich um einen verschuldensunabhängigen Anspruch eigener Art, auf den die Vorschriften zur Berechnung des Schadensersatzes (§§ 249 ff. BGB) nicht anwendbar sind. Eine Kompensation setzt aber voraus, dass überhaupt etwas zu kompensieren ist, mithin also ein Schaden eingetreten sein muss.

5. (Fehl-)Interpretation durch das LG Mosbach?

Im Falle einer vollständigen Parallelverschiebung - die Arbeiten konnten im Fall des LG Mosbach erst beginnen, nachdem die ursprünglich vereinbarte Bauzeit abgelaufen war - spricht das LG Mosbach als Entschädigung die komplette Vergütung abzüglich Stoffkosten zu, also insbesondere die kalkulierten BGK, AGK und Wagnis und Gewinn. Auf den ersten Blick scheint sich das Landgericht Mosbach mit seiner Entscheidung somit an der zitierten BGH-Rechtsprechung zu orientieren, führt der BGH doch explizit aus, dass die Anteile für Wagnis und Gewinn sowie AGK die Höhe der Entschädigung mitbestimmen.

Aus unserer Sicht übergeht das LG Mosbach aber eine entscheidende Frage, die Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch sein muss: Ist überhaupt ein zu entschädigender Schaden aufgetreten? Dieser Frage geht das LG Mosbach nicht nach, sondern gewährt den Entschädigungsanspruch unabhängig vom Nachweis, ob ein Schaden entstanden ist und allein aus der Tatsache heraus, dass ein Annahmeverzug vorlag.

Dies dürfte der Intention des BGH, den Anwendungsbereich des § 642 BGB einzuschränken, (evident) zuwiderlaufen. § 642 BGB soll nach unserer Einschätzung nur solche Nachteile ausgleichen, die dem Auftragnehmer dadurch entstehen, dass er Produktionsmittel unnötig bereithält. Der Nachteil geht allerdings nur so weit, wie sich der Auftragnehmer veranlasst sehen durfte, Baustelleneinrichtung, Personal und Maschinen trotz des Verzugs auf der Baustelle vorzuhalten und nicht anderweitig einzusetzen.

Bei der betrieblichen Infrastruktur, die der Auftragnehmer unter Aufwand von Allgemeinen Geschäftskosten aufrechterhält, handelt es sich ebenfalls um Produktionsmittel. Allerdings wird der Vorhalt dieser Produktionsmittel durch den Auftragnehmer in aller Regel nicht aufgrund des Mitwirkungsverzugs des Auftraggebers vergeblich: Der Auftragnehmer hält seinen Geschäftsbetrieb als Ganzes gerade nicht nur für ein Bauprojekt aufrecht, sondern auch für alle anderen Vorhaben, die er zeitgleich betreibt und die er künftig betreiben will. Zwar kann der Annahmeverzug des Bestellers beim Auftragnehmer in der Tat dazu führen, dass er die Vergütung aus dem Bauvorhaben erst später verdient und fällig stellen kann. Wenn ein bestimmter Anteil seiner Vergütung aus diesem Grund in eine spätere Rechnungsperiode verschoben wird, entgehen dem Auftragnehmer die

darin enthaltenen Deckungsbeiträge aber nicht, er erhält sie lediglich später. Durch die Verschiebung von Zahlungsflüssen kann dem Auftragnehmer somit allenfalls ein Zinsschaden entstehen.

FAZIT: All dies berücksichtigt das LG Mosbach in seiner Entscheidung nicht. Auftragnehmer sollten daher nicht darauf hoffen, dass die Interpretation des LG Mosbach Schule machen wird. Vielmehr dürfte es dabei bleiben, dass eine Erstattung von Deckungsbeiträgen ohne konkreten Verlust nicht in Betracht kommt (OLG Köln, Beschluss vom 23.02.2015 - 17 U 35/14; nachfolgend: BGH, Beschluss vom 15.06.2016 - VII ZR 101/15; LG Mainz, Urteil vom 08.01.2016 - 2 O 328/14). Wollte man das wie das LG Mosbach anders sehen, stünde dem Auftragnehmer mit § 642 BGB ein Anspruch zur Verfügung, der unabhängig vom Nachweis eines Schadens und verschuldensunabhängig eine Entschädigung gewährt. Das ist aber evident nicht der Fall. Eine Entschädigung bedeutet im Verhältnis zum vollen Schadenersatz ein weniger an Kompensation. Wenn aber kein Schaden nachgewiesen ist, kann auch keine Kompensation erfolgen.

Auftragnehmer sollten daher besser in Betracht ziehen, über den Hinweis des BGH auf das Kündigungsrecht nach § 643 BGB im Wege von Verhandlungen eine angemessene Vergütung zu erzielen. Zwar ist auch das nicht befriedigend. Im Regelfall dürfte aber die (drohende) Kündigung für den Auftraggeber, der ohnehin schon einen im Verzug befindlichen Bau zu beklagen hat, das „größere Übel“ darstellen, sodass im Verhandlungswege das erreicht werden kann, was der Gesetzgeber nach der maßgeblichen BGH-Rechtsprechung über § 642 BGB nicht gewährt. ■

Marco Röder ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Jennifer Essig ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht.

Unser Selbstverständnis

Netzwerker ...

... eint der hohe **Qualitätsanspruch**, den sie an sich und ihre Tätigkeit stellen und der mit der Marke „Netzwerk Bauanwälte – Baurechtskompetenz. Bundesweit" zum Ausdruck gebracht werden soll.

... sind **Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht**, die sich auf dieses Rechtsgebiet spezialisiert und ihre anwaltliche Tätigkeit darauf ausgerichtet haben.

... wirken durch die Diskussion rechtspolitischer und rechtswissenschaftlicher Themen an der **Fortentwicklung** des **Bau- und Architektenrechts** mit.

... üben ihren Beruf unabhängig und selbständig aus, können jedoch durch Vereinbarungen untereinander zur Bewältigung **komplexerer Aufgabenstellungen** in kurzer Zeit einen **größeren Stab von Spezialisten** zur Verfügung stellen, der in der Lage ist, das vom Mandanten der mandatsführenden Mitgliedskanzlei geforderte Beratungspotenzial kompetent abzudecken.

... unterstützen sich gegenseitig bei der Wahrnehmung ihrer beruflichen Aufgaben durch **Rat und Tat**.

... pflegen untereinander einen intensiven **Meinungs- und Erfahrungsaustausch** über aktuelle Fragen des Bau- und Architektenrechts.

... führen sowohl **interne Fortbildungsveranstaltungen** (zur Stärkung der Kompetenz ihrer Kanzleimitarbeiter) als auch regionale und überregionale **Seminarveranstaltungen** für Mandanten der Mitgliedskanzleien durch.

... festigen durch Verwendung eines gemeinsamen **Netzwerk-Magazins „BAURECHT AKTUELL"** sowie eines regelmäßig erscheinenden **Newsletters** das Qualitätssiegel „Netzwerk Bauanwälte", das letztlich auch der Außendarstellung der jeweiligen Mitgliedskanzleien dient.

... wirken aktiv an dem weiteren Aufbau des bundesweit aufgestellten Netzwerks von Bau- und Architektenrechtspezialisten mit, das sich mit weiteren Kooperationspartnern **europaweit** ausdehnen wird.

... pflegen untereinander einen besonders **kollegialen Umgang** und betreiben **keine Abwerbung** untereinander; sie wissen – wie auch ihre Mandanten – den bundesweiten Rückhalt bei der Bewältigung ihres Berufsalltags zu schätzen.

Entwicklung des Netzwerks

Seit 2003 sind wir gewachsen. Die Idee, das Netzwerk bundesweit zu erweitern, ist umgesetzt.

Networking schafft Erfolg! Der intensive Erfahrungs-und Wissensaustausch unter den Baurechtsspezialisten im NETZWERK BAUANWÄLTE verschafft unseren Mandanten einen Wettbewerbsvorteil, von dem diese bei Projekten in ganz Deutschland profitieren.

Mehr über das Experten-Netzwerk erfahren Sie auf **www.netzwerk-bauanwaelte.de**

Dominik Bachmann
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(2)

Stefanie Baulig
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
(9)

Matthias Bergmann
Rechtsanwalt
(2)

Dr. Christian Biernoth
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(7)

Laura Boecking
Rechtsanwältin
(2)

Andreas Bollig
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(2)

Johannes Büscher
Fachanwalt für Vergaberecht
(11)

Helmut Ebersbach
Fachanwalt für Vergaberecht und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht **(10)**

Dr. Florian Englert
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Strafrecht **(12)**

Prof. Dr. Klaus Englert
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(12)

Jennifer Essig
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
(10)

Dr. Werner Finger
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
(10)

Dr. Raffael Greiffenberg
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(11)

Natalie Hahn
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
(10)

Jörg Hahne
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(8)

Dr. Christoph Halfmann
Fach- anwalt für Bau- und Architektenrecht
(7)

Dr. Lukas Halfmann
Fach- anwalt für Bau- und Architektenrecht
(7)

Dr. Dirk Herrmann
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
(10)

Hauke Hobbie
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(7)

Prof. Henning Irmler
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Vergaberecht
(5)

Olaf Jaeger
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(4)

Johannes Jochem
Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(3)

Prof. Rudolf Jochem
Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht **(3)**

Dr. Andreas Koenen
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht **(2)**

Andreas Krieter
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht **(2)**

Dr. Anke Leineweber
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
(6)

Fritz Marx
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht **(6)**

Dr. Walter Müller
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(6)

Dr. Joachim Muffler
Rechtsanwalt
(8)

Carsten Nitschke
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht **(9)**

Philip Pürthner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(3)

Marco Röder
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(10)

Christian Romer
Rechtsanwalt
(2)

Marvin Sakowitz
Rechtsanwalt
(2)

Dr. Nicolas Schill
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(11)

Andreas Schmidt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht **(6)**

Wolgang Schneiderhan
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(11)

Dr. Jur. Christian Siegismund
Rechtsanwalt
(9)

Timo Siemer LL.M.
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(2)

Thomas Steiger
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(11)

Martijn Stolte
Fachanwalt für Arbeitsrecht
(11)

Thomas Trippacher
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(8)

Dr. Andreas Völkel
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
(11)

Prof. Dr. Jur. Dipl.-Wirtsch.-Ing. (FH) Jörg Zeller Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht **(9)**

Von den im FOCUS-Spezial („Ihr Recht 2019") ausgezeichneten „TOP-Anwälten" in der Kategorie Bau- und Architektenrecht gehören 11 der bundesweit insgesamt 42 Kollegen/innen dem Netzwerk Bauanwälte an. Darüber hinaus wurden im Jahre 2019 drei Mitgliedskanzleien des Netzwerks Bauanwälte als „TOP-Wirtschaftskanzlei" im Bereich Baurecht ausgezeichnet, die damit zu den – nach Auffassung des vom FOCUS beauftragten Statistikportals „Statista" – zu den 31 besten Baurechtskanzleien Deutschlands gehören.

Die Liste der TOP-Anwälte und Top-Wirtschaftskanzleien basiert auf einer Kollegenbefragung unter 23970 Fachanwälten, durchgeführt vom Statistik-Portal Statista im Auftrag von FOCUS Spezial. Details zur Methodik hinter der Auszeichnung finden Sie unter https://www.focus-magazin.de/focus-spezial/anwaelte.pdf. In der Printausgabe von „Ihr Recht 2019" (diese können Sie bestellen unter https://pdf.focus.de/deutschlands-top-anwaelte-2019.html) finden Sie Angaben hierzu auf S. 98.

NETZWERK BAUANWÄLTE

Baurechtskompetenz. Bundesweit.

Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte" ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau-und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht. Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen. Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört auch dieses regelmäßig erscheinende Magazin „Baurecht Aktuell".

1 Prof. Dr. Hans Ganten
c/o Ganten Hünecke Bieniek & Partner mbB,
Bremen, Ostertorstraße 32, 28195 Bremen,
T 0421 329070
www.ghb-law.de

2 KOENEN BAUANWÄLTE,
Essen/Hannover/Münster/Bielefeld
II. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover,
T 0511 898402-0
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 7038989-0
Ravensberger Straße 12b, 33602 Bielefeld,
T 0521 9676638-0
www.bauanwaelte.de

3 RJ Anwälte Jochem
Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden
Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden,
T 0611 3081436-7
www.rj-anwaelte.de

4 GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbB,
Saarbrücken
Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken,
T 0681 936390
www.rechtsanwaelte-gessner.de

5 IRMLER & COLLEGEN Rechtsanwälte, Schwerin
Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin,
T 0385 593600
www.irmler.org

6 Leinen & Derichs Anwaltsozietät,
Köln/Berlin/Brüssel
Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0
Littenstr. 108, 10179 Berlin (Mitte),
T 030 91456817
www.leinen-derichs.de

7 Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte,
Oldenburg
Marschweg 36, 26122 Oldenburg, T 0441 350995-0
www.kanzlei-ehb.de

8 MUFFLER KITTLER KRIEGER HAHNE PartmbB
Partnerschaftsgesellschaft
mit beschränkter Berufshaftung
Goethestraße 25a, 80336 München,
T 089 5508945-0
www.mlk-partner.de

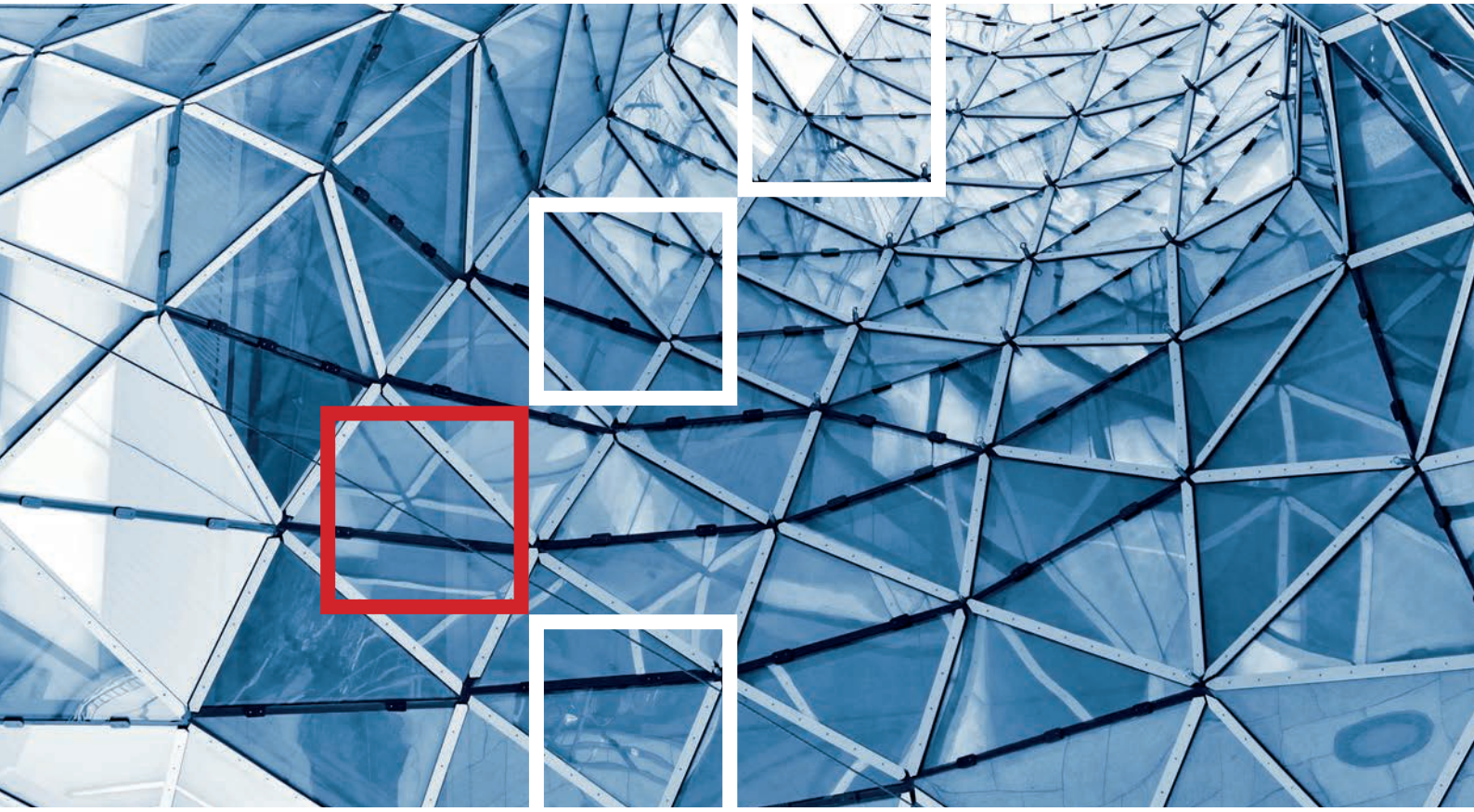
9 Kanzlei Prof. Dr. Jörg Zeller, Koblenz
Deinhardplatz 5, 56068 Koblenz, T 0261 20178644
www.baurecht-architektenrecht.info

10 Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte |
Partnerschaft mbB, Karlsruhe
Mozartstr. 13, 76133 Karlsruhe, T 0721 98548-0
www.deubnerkirchberg.de

11 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte
Innere Neumatten 15, 79219 Staufen,
T 07633 93337-0
www.rae-steiger.de

12 prof englert + partner
Rechtsanwälte PartGmbB
Werlberger Str. 11, 86551 Aichach,
T 08251 82369-60
Redwitzstraße 4, 81925 München
Lenbachstraße 40, 86529 Schrobenhausen
www.englert.legal

Profitieren Sie von einem **kompetenten Netzwerk**



Networking schafft Erfolg! Der intensive Erfahrungs- und Wissensaustausch unter den Baurechtsspezialisten im NETZWERK BAUANWÄLTE verschafft unseren Mandanten einen Wettbewerbsvorteil, von dem diese bei Projekten in ganz Deutschland profitieren.
Mehr über das Experten-Netzwerk erfahren Sie auf
www.netzwerk-bauanwaelte.de

PROF. DR. HANS GANTEN C/O GANTEN HÜNECKE BIENIEK & Partner mbB, BREMEN
GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbB, SAARBRÜCKEN
IRMLER & COLLEGEN RECHTSANWÄLTE, SCHWERIN
KOENEN BAUANWÄLTE, ESSEN/HANNOVER/MÜNSTER/BIELEFELD
LEINEN & DERICHS ANWALTSOZIETÄT, KÖLN/BERLIN/BRÜSSEL
RJ ANWÄLTE JOCHEM Partnerschaftsgesellschaft mbB, WIESBADEN
KANZLEI EINFELD HALFMANN BIERNOTH RECHTSANWÄLTE, OLDENBURG
MUFFLER LERCH KITTLER & PARTNER Partnerschaftsgesellschaft mbB, MÜNCHEN/CHEMNITZ
KANZLEI PROF. DR. JÖRG ZELLER, KOBLENZ
DEUBNER & KIRCHBERG RECHTSANWÄLTE | Partnerschaft mbB, KARLSRUHE
STEIGER, SCHILL & KOLLEGEN RECHTSANWÄLTE, STAUFEN
PROF ENGLERT + PARTNER, RECHTSANWÄLTE PartGmbB

NETZWERK
BAUANWÄLTE
Baurechtskompetenz.
Bundesweit.