

### **BAURECHT AKTUELL**

DAS MAGAZIN DES NETZWERKS BAUANWÄLTE



### Vergütung von Architektenund Ingenieurleistungen ohne Netz und doppelten Boden?

von RA Prof. H. Henning Irmler

Derzeit existieren mehrere Ereignisse, die unsere Gesellschaft vor enorme/ große Herausforderungen stellen. Die HOAI Reform 2021 gehört sicherlich nicht dazu, stellt aber für die Architekten und Ingenieure eine sehr große Zäsur ihrer beruflichen Tätigkeit dar. [...]

Vgl. hierzu den Beitrag auf Seite 5-12

### Baukostenvorgaben des Bestellers als Zielkonflikt im Architektenvertrag

von RA und Notar Johannes Jochem

Wer ist es schuld, wenn ein Bauprojekt zu teuer wird? Fragen tauchen im Architektenvertragsverhältnis zwar gleich zu Beginn und sehr vielschichtig auf, Konflikte aber zumeist erst nach einiger Zeit, wenn sich später eine unerfreuliche Thematik herausstellt, die [...]

Vgl. hierzu den Beitrag auf Seite 13-16

### "Bauaushubüberwachung" und "Baggerwache": der sichere Weg in die JVA!

RA Dr. iur. Florian Englert

Das Thema "Kampfmittel" ist mittlerweile im Bewusstsein der Baubranche angekommen. Es gibt technische Regelwerke und sehr viele Erkenntnisse. Gesichertes Wissen ist, dass auch nach über 74 Jahren das Thema und die Kampfmittel selbst immer noch [...]

Vgl. hierzu den Beitrag auf Seite 28-31

- 3 Editorial
- Vergütung von Architekten- und Ingenieurleistungen ohne Netz und doppelten Boden? Anmerkungen zur Anwendung der HOAI 2021 von RA Henning Irmler, Irmler Rechtsanwälte, Schwerin
- 13 Baukostenvorgaben des Bestellers als Zielkonflikt im Architektenvertrag von RA und Notar Johannes Jochem, RJ Anwälte Jochem PartGmbB, Wiesbaden
- 17 Welche Energieeffizienz muss ein Architekt bei einer Sanierung einer WEG planen, auch wenn erhebliche Baukosten sich nicht durch Energieeinsparung amortisieren? von RA und Notar Johannes Jochem, RJ Anwälte Jochem PartGmbB, Wiesbaden
- 21 Anwendung von mittelbaren und unmittelbaren Herstellerrichtlinien von RA Dr. Werner Amelsberg und RA Christoph Born, Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte, Staufen
- 24 Die Überwachungspflichten des Architekten von RAin Natalie Hahn, DEUBNER & KIRCHBERG Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Karlsruhe
- 28 "Bauaushubüberwachung" und "Baggerwache": der sichere Weg in die JVA! von RA Dr. iur. Florian Englert, prof englert + partner Rechtsanwälte PartGmbB, Schrobenhausen
- 32 Abschied von der Abnahme als normativer Imperativ von RA Dr. Joachim Muffler, München
- 38 Die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung oder: die Schärfung eines in der Vergangenheit (meist) stumpfen Schwertes von RA Marco Röder & Ref. jur. Laura Deichmann, DEUBNER & KIRCHBERG Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Karlsruhe
- 43 Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Baurecht – eine never ending story? NETZWERK BAUANWÄLTE-Kritik am Urteil des VI. Zivilsenats des BGH vom 23.02.2021 – VI ZR 21/20 (Teil 1)

von RA Dr. Walter Müller, Anwaltsozietät Leinen & Derichs, Köln/Berlin/Brüssel

- 46 Verjährungsdissens zwischen dem VI. und VII.
  Zivilsenat des BGH: "Eigentumsverletzung"
  oder "Werkmangel?
  NETZWERK BAUANWÄLTE-Kritik am Urteil des
  VI. Zivilsenats des BGH vom 23.02.2021 VI ZR 21/20
  (Teil 2)
- 49 Über das Netzwerk Bauanwälte

von RA Prof. Dr. Hans Ganten, Bremen

### Impressum

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

Fotonachweise: S.1: sculpies/shutterstock.com; S. 5: Ollyy/shutterstock.com; S. 6: Jirapong Manustrong/shutterstock.com; S. 9: Andrey\_Popov/shutterstock.com; S. 10: lassedesignen/shutterstock.com; S. 15: gopixa/shutterstock.com; S. 18: Syda Productions/shutterstock.com; S. 19: sdecoret/shutterstock.com; S. 21: nitpicker/shutterstock.com; S. 25: Gorodenkoff/shutterstock.com; S. 28: cunaplus/shutterstock.com; S. 31: Gorodenkoff/shutterstock.com; S. 32: godshutter/shutterstock.com; S. 34: ToonJL/shutterstock.com; S. 39: Burdun Iliya/shutterstock.com; S. 41: DomJL/shutterstock.com; S. 42: ARMMY PICCA/shutterstock.com; S. 44: Andrey\_Popov/shutterstock.com; S. 47: Red Fox studio/shutterstock.com; S. 52: ER\_09/shutterstock.com

### **Editorial**

#### Liebe Leserinnen und Leser,

die Diskussionen über das Recht der Architekten und Ingenieure sowie über die von diesen zu erbringenden Leistungen reißen ebenso wenig ab wie die Erörterungen über das hierfür zugrunde zu legende Honorar, dafür haben Legislative und Judikative in den letzten Jahren gesorgt: der Gesetzgeber durch Einführung eines eigenständigen Architektenvertragsrechts (§§ 650p bis 650t BGB) zum 01.01.2018, die Justiz durch eine Vielzahl von Entscheidungen, die maßgeblich durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) geprägt worden sind.

In unserem letzten Vor-Corona-Netzwerk-Magazin (2019)¹ hatten wir uns mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 04.07.2019 (C-377/17) beschäftigt. Darin hatte der EuGH festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen europarechtliche Vorgaben verstoßen hat, weil in der HOAI verbindliche Mindest- und Höchstsätze vorgegeben waren.

Die Fragen zur Wirksamkeit der HOAI-Mindest- und Höchstsätze sowie nach der Möglichkeit, ob auf dieser Grundlage – in Abweichung etwaiger anderweitiger Vereinbarungen – das Honorar "aufgestockt" werden kann, waren damit aber keineswegs geklärt bzw. beendet, wie sich anschließend herausgestellt hat. Mit diesen Fragestellungen beschäftigt sich unser erster Beitrag von Irmler ("Vergütung von Architektenund Ingenieurleistungen ohne Netz und doppelten Boden?"), ein Beitrag, der durch



**Prof. Dr. Andreas Koenen** Geschäftsführer des Netzwerks Bauanwälte

die – noch in diesem Herbst erwartete – EuGH-Entscheidung zur Reichweite des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 besondere Bedeutung erlangen wird. Vorgezeichnet scheint deren Ergebnis durch die Schlussanträge des Generalanwalts am Europäischen Gerichtshof vom 14.07.2021,² von denen anzunehmen ist, dass der EuGH diesen folgen wird.³

Hintergrund ist, dass der BGH im Anschluss an die EuGH-Entscheidung vom 04.07.2019 dem EuGH mit Beschluss vom 14.05.2020<sup>4</sup> die obergerichtlich höchst unterschiedlich beantwortete Frage vorgelegt hat, ob die Mindestsätze der HOAI 2013 auch zwischen Privaten noch verbindlich sind. Der Generalanwalt hat diese Frage in seinen Schlussanträgen verneint und folgende Auffassung vertreten: Ein nationales Gericht, das mit einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen über einen Anspruch befasst ist, der auf eine nationale Regelung gestützt ist, die Mindestsätze für Dienstleis-

tungserbringer in einer Weise festlegt, die gegen Art. 15 Abs. 1, 2 g und Art. 15 Abs. 3 Richtlinie 2006/123/EG verstößt, muss diese nationale Regelung unangewendet lassen. Diese Auffassung hat zur Folge, dass die HOAI auch zwischen Privaten nicht mehr anwendbar ist.5 Zur Begründung hat der Generalanwalt ausgeführt, dass Richtlinien zwischen Privaten zwar nicht unmittelbar "horizontal" wirken würden, es hiervon jedoch Ausnahmen gebe. Eine solche Ausnahme wäre, wenn das nationale Recht richtlinienkonform ausgelegt werden könne (und müsse) oder - falls dies nicht möglich sei - die Anwendbarkeit der Richtlinie zur "Wahrung eines allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts, einschließlich eines in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union konkretisierten Grundsatzes", erforderlich sei.6

Und so liege der Fall nach Auffassung des EuGH-Generalanwalts hier, da sich aus Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie ergebe. Ein gesetzlicher Mindestpreis greife nämlich in unzulässiger Weise in die dort verbürgte Vertragsfreiheit ein, da den Parteien des Ausgangsrechtsstreits dadurch das Recht genommen werde, den Preis für die Dienstleistung frei zu vereinbaren.

Die Entscheidungen des EuGH zur (Nicht-)Anwendbarkeit der HOAI bzw. den darin geregelten Mindestsätzen sowie den sich daraus ergebenden Folgen (HOAI 2021) sind zwar die weitreichendsten (architektenhonorarrechtlichen) Entwicklun-

gen der letzten Zeit, aber keinesfalls die einzigen, die in architekten- bzw. baurechtlicher Hinsicht von Bedeutung sind. Wir haben deshalb einige weitere Beiträge zu aktuellen Entwicklungen in dieses Heft aufgenommen, deren Beachtung sich durchaus lohnt.7 Eine Lektüre empfiehlt sich insbesondere für Architekten und Ingenieure, an die im Hinblick auf deren Kenntnis rechtlicher Zusammenhänge immer höhere Anforderungen gestellt werden. Hintergrund ist die zunehmende rechtliche Komplexität, die nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass die VOB/B kein sicheres bzw. kalkulierbares Vertragsklauselwerk mehr darstellt8, das einfach übernommen werden könnte. Dabei könnten sich Architekten und Ingenieure darauf zurückziehen, dass sie zu einer rechtsberatenden Tätigkeit "weder berechtigt noch verpflichtet" sind,9 ein weiterer Grund dafür, dass sich - nicht zuletzt wegen des im Sommer 2021 novellierten anwaltlichen Berufsrechts<sup>10</sup>, mit dem zahlreiche Erleichterungen verbunden sind - Kooperationen zwischen Architekten und Baujuristen geradezu anbieten, wenn nicht gar aufdrängen, da dadurch manches haftungsrechtliche Problem gelöst werden

Ein Beispiel dafür, wie schwer es einem in der Regel juristisch nicht ausgebildeten - Architekten/Ingenieur (bzw. einer Architektin/Ingenieurin) fallen muss, die Rechtslage für "seinen" bzw. "ihren" Bauherren bzw. Bauherrin nicht nur zu erkennen, sondern auch optimal zu nutzen, ist die in § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B geregelte Einrede vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung sowie die sich daraus ergebenden Folgen. Nicht minder kompliziert ist der Umgang mit Rechtsfragen, die von Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs unterschiedlich beantwortet werden. Dies gilt vor allem dann, wenn es sich um Fragestellungen handelt, die für Bauherren/Auftraggeber von ganz erheblicher (finanzieller) Bedeutung sind. Dies gilt namentlich für die Geltendmachung sog. "fiktiver Mangelbeseitigungskosten" - eine vom BGH über Jahrzehnte hinweg akzeptierte Praxis von Auftraggebern, die mit der Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 22.02.2018 zumindest zu einem Ende gekommen schien. <sup>11</sup> Da es sich hierbei um eine äußerst schwierige Rechtsfrage handelt, haben wir es für sinnvoll gehalten, dass sich gleich zwei Netzwerk-Kollegen – zwar aus unterschiedlicher Perspektive, aber ebenso kritisch – mit der Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 23.02.2021 (VI ZR 21/20) beschäftigen. <sup>12</sup>

Viel Freude bei der Lektüre. Ihr Andreas Koenen

- 1 Baurecht aktuell, Ausgabe 1/2019: The Day After. Was kommt nach den Mindestsätzen der HOAI? Vgl. darin insbesondere den Beitrag von Irmler, Die verbindlichen Mindestund Höchstsätze der HOAI verstoßen gegen europarechtliche Vorgaben, S. 5 f.
- 2 Generalanwalt beim EuGH, Schlussanträge vom 14.07.2021 Rs. C-261/20; zit.n. IBR 2021, 523. Aufgabe eines Generalanwalts ist es, unparteilich und unabhängig (als Instanzenzug-Ersatz gleicht er einem Einzelrichter) einen Vorschlag für ein Urteil in Form eines begründeten Schlussantrages zu stellen.
- 3 Im Ergebnis folgt der EuGH in der Regel den Schlussanträgen der Generalanwälte, vgl. hierzu den F.A.Z.-Beitrag "Wie folgsam ist der EuGH?", wonach in 86 Prozent aller Fälle das Urteil des EuGH im Wesentlichen den Schlussanträgen der Generalanwälte entspricht; vgl. https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wie-folgsam-ist-der-eugh-15330065.html; Aufruf der Seite am 17.10.2021).
- 4 IBR 2020, 352
- **5** Generalanwalt beim EuGH, Schlussanträge vom 14.07.2021 Rs. C-261/20, a.a.O. Die obergerichtliche Rechtsprechung ist gespalten in der Frage, ob die HOAl-Mindestsätze (noch) zwischen Privaten gelten (vgl. zuletzt Beschluss des OLG Celle vom 09.12.2020 14 U 92/20, IBR 2021, 82 m.w.N.).
- 6 Schlussanträge des Generalanwalts, IBRRS 2021, 2273, Rn. 27
- **7** Vgl. die Beiträge von J. Jochem (S. 13 ff., 17 ff.), Amelsberg/Born (S. 21 ff.), Hahn (S. 24 ff.), Englert (S. 28 ff.) und Muffler (S. 32 ff.).
- 8 Vgl. hierzu Ausgabe 1/2018 von "Baurecht aktuell". Eine Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, die 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 in dem Umfang erlaubt, soweit sie als Nebentätigkeit zum Berufs- und Tätigkeitsbild gehören.
- **9** Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 15.02.2005 21 U 27/04 BauR 2005, 1069.
- 10 Vgl. hierzu https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/freie-berufe-anwaelte-duerfen-kuenftig-mit-aerzten-architekten-oder-ingenieuren-zusammenarbeiten/27274596.html?ticket=ST-4509144-t7bsnm6kU3tnal-Yua2dL-ap3). Dort wird Bundesjustizministerin Christine Lambrecht (SPD) mit den Worten zitiert, dass \_eine Rechts-anwaltskanzlei (nunmehr)... mit einem Architekten oder einer Architektin zusammenarbeiten (kann), wenn sie im Bereich des Baurechts berät".
- 11 Zum Urteil des BGH vom 22.02.2018 [VII ZR 46/17] sowie zur Bestätigung dieser Entscheidung im Urteil vom 21.06.2018 [VII ZR 173/16] vgl. die Mandanten Info des NETZWERK BAUANWÄLTE vom 19.10.2018 ["Bundesgerichtshof bestätigt seine neue Rechtsprechung: Kein Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten"]. Ob und inwieweit die Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 22.02.2018 durch den Beschluss vom 08.10.2020 [VII ARZ 1/20] relativiert wird, wird noch an anderer Stelle zu thematisieren sein.
- **12** Es handelt sich um die Beiträge von Walter Müller (S. 43 ff.) und Hans Ganten (S. 46 ff.).



Die HOAI hat mit ihrer seit dem 01.01.2021 geltenden Fassung ihre Bedeutung als stabile Preisgrundlage und kalkulierbarer Honorarrahmen für Architekten- und Ingenieurleistungen verloren. Was hat das für Folgen?

## Vergütung von Architekten- und Ingenieurleistungen ohne Netz und doppelten Boden?

### Anmerkungen zur Anwendung der HOAI 2021

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

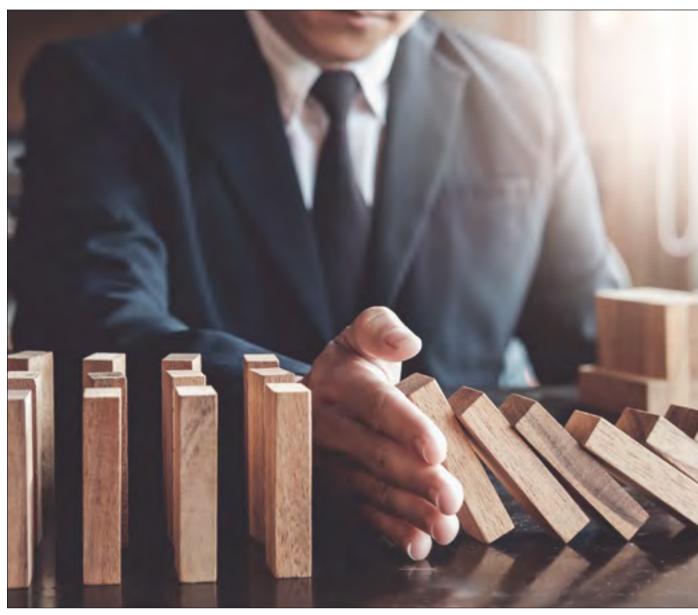
Derzeit existieren mehrere Ereignisse, die unsere Gesellschaft vor enorme/ große Herausforderungen stellen. Die HOAI Reform 2021 gehört sicherlich nicht dazu, stellt aber für die Architekten und Ingenieure eine sehr große Zäsur ihrer beruflichen Tätigkeit dar. Durch die grundlegende Abkehr vom zwingenden Preisrecht der HOAI hin zur reinen Preisorientierung sind Architekten und Ingenieure nunmehr gezwungen, ihre Honorare (betriebswirtschaftlich) zu kalkulieren und vor allem, über ihre Honorare zu verhandeln.

Denn die Vergütungssätze in der HOAI sind keine Mindest- bzw. Höchstsätze mehr, bei denen eine Unterschreitung der Mindestsätze bzw. eine Überschreitung der Höchstsätze unwirksam war, sondern stellen (nur noch) eine Preisorientierung dar, von der durch Vereinbarung in Textform allerdings jederzeit abgewichen werden kann.

Dieser Beitrag stellt überblickartig zunächst den Anlass für eine neue HOAI sowie dessen wesentliche Änderungen dar. Anschließend nimmt er zu vier praxisrelevanten Fragen Stellung, die sich aus der neuen HOAI heraus stellen und sowohl die Architekten und Ingenieure als auch die öffentlichen Auftraggeber sehr beschäftigen.

### I. Anlass für eine neue HOAI 2021

Am 01.01.2021 trat eine im Vergleich zur HOAI 2013 textlich nur sehr geringfügig geänderte ("minimal invasiv"), aber eben inhaltlich grundlegend veränderte HOAI in Kraft. Zuvor wurde die Ermächtigungsgrundlage für eine Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, das Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architekten-



Wie weit reichen die Folgen der HOAI 2021? Fällt das seit Jahrzehnten bewährte Honorar- bzw. Abrechnungssytem für Architekten- und Ingenieurleistungen in sich zusammen?

leistungen (ArchLG) durch den Bundesgesetzgeber geändert worden.

Anlass für die Gesetzes- und die nachfolgende Verordnungsänderung war die Entscheidung des europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 04.07.2019. Dieser Entscheidung ging ein Vertragsverletzungsverfahren der europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland voraus. Darin warf die europäische Kommission der Bundesrepublik vor, durch die Festsetzung zwingender Mindest- und Höchstsätze gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie zu verstoßen. Dabei sah die europäische Kommission keine Rechtfertigung der Mindest- und Höchstsätze durch die von der Bundesrepublik Deutschland vorgebrachten Argumente, die HOAI sichere mit ihren Mindestsätzen zum einen die Qualität der Architektenleistungen zum anderen diene sie dem Verbraucherschutz.

Der EuGH stellte im Ergebnis fest, dass (nur) die Festsetzung von Mindest- und Höchstsätzen in der HOAI gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie verstoße. Allerdings wies er ausdrücklich darauf hin, dass er die Auffassung der Bundesrepublik Deutschland teile, dass die Festsetzung von Mindestsätzen (-preisen) sowohl der Sicherung der Qualität der Architekten- und Ingenieurleistungen dienen kann, damit ein massiver Preiswettbewerb, der die Qualität beeinträchtigt, unterbunden wird. Ebenfalls sah der europäische Gerichtshof in der Festsetzung von Mindest- und Höchstsätzen ein geeignetes Mittel, die Verbraucher vor unangemessenen Preisen zu schützen.

Allerdings warf der europäische Ge-

richtshof der Bundesrepublik vor, im Hinblick auf die Qualitätsargumentation nicht konsequent gehandelt zu haben. Da für das Erbringen von Architekten- und Ingenieurleistungen, also insgesamt dem Erbringen von Planungsleistungen, keinerlei Berufsqualifikationen vorausgesetzt werden, sieht der europäische Gerichtshof hierin einen eklatanten Widerspruch. Denn in Deutschland sind zwar die Berufsbezeichnungen Architekt/Architektin und Ingenieur/Ingenieurin jeweils in Landesgesetzen geschützt, nicht aber die entsprechende Berufsausübung. Damit ist das Erbringen von Architekten- und Ingenieurleistungen grundsätzlich jedem gestattet, der sie er-

Der EuGH ist deshalb der – im Ergebnis sicherlich zutreffenden – Auffassung,

dass nicht einerseits die Qualität von Architekten- und Ingenieurleistungen über Mindest- und Höchstpreise geregelt bzw. gesteuert werden soll, andererseits es aber überhaupt nicht darauf ankommt, welche Qualifikation jemand hat, der diese Leistungen erbringt, bzw. ob er überhaupt in irgendeiner Form hierfür qualifiziert ist. Der EuGH weist deshalb darauf hin, dass es vor einer Festlegung von Mindest- und Höchstpreisen zur Qualitätssicherung bzw. -steuerung erforderlich sei, Mindestqualifikationen als Zugang für die Berufsausübung aufzustellen. Da derartige Zugangsbeschränkungen, anders als bei den meisten anderen freien Berufen in der Bundesrepublik Deutschland, nicht bestehen, hat der EuGH im Ergebnis die HOAI als EU-rechtswidrig angesehen.

Bedeutsam an der Entscheidung des EuGHs ist aber, dass dieser die HOAI im Übrigen völlig unbeanstandet gelassen hat. Der EuGH hat damit das Abrechnungssystem der HOAI, die Honorarermittlung nach anrechenbaren Kosten, Honorarzonen sowie die Honorartabellen als EUrechtmäßig bestätigt.

Die Bundesrepublik Deutschland war aufgrund dieser EuGH-Entscheidung gehalten, diese nunmehr in nationales Recht umzusetzen. Das ist mit der Änderung des ArchLG und der zum 01.01.2021 in Kraft getretenen HOAI geschehen.

Gestritten wird in Deutschland derzeit noch um die Frage, inwieweit sich die EuGH-Entscheidung auf die Rechtslage in Deutschland, insbesondere die laufenden Verträge, in der Zeit zwischen dem 04.07.2019 und dem 31.12.2020 darstelle. Hier stehen sich zwei Positionen diametral gegenüber. Nach der einen Auffassung hatte die EuGH-Entscheidung unmittelbare Wirkung mit der Folge, dass auf sämtliche laufenden Rechtsstreitigkeiten und Vertragsverhältnisse keine Mindest- und Höchstpreise mehr anzuwenden seien. Dagegen wird die Auffassung vertreten, dass die EuGH-Entscheidung nicht unmittelbar Wirkung entfaltet, sondern erst in nationales Recht umgesetzt werden müsse, sodass bis zum 31.12.2020 die HOAI als zwingendes Preisrecht weiter anzusehen sei.

Diese Frage lag dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vor. Er hat sich insoweit nicht zu einer Entscheidung durchringen können, sondern hat diese Frage wiederum dem europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Der europäische Gerichtshof wird im Herbst dieses Jahres hierüber entscheiden. Der Generalanwaltam Europäischen Gerichtshof (Schlussanträge vom 14.07.2021 - Rs. C-261/20; IBR 2021, 521) hat in seinen Schlussanträgen die Auffassung vertreten, dass die EuGH-Entscheidung unmittelbare Wirkung entfalten würde und entfaltet hätte. Hingegen hatte der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 14.05.2020 - VII ZR 174/19; IBR 2020, 410) angeführt, dass er, wenn er entscheiden könnte, davon ausgehe, dass erst eine Umsetzung der EuGH-Entscheidung in nationales Recht erfolgen müsse.

Vor diesem Hintergrund wird die Ent-

scheidung des EuGHs zu dieser Frage mit großer Spannung erwartet. Sollte der Europäische Gerichtshof ebenfalls der Auffassung sein, dass ein derartiges Urteil erst in nationales Recht umzusetzen sei, bevor es dort auch dann seine Wirkung entfaltet, werden eine Unzahl von Honorarvereinbarungen in Architekten- und Ingenieurverträgen, die in der Zeit zwischen dem 04.07.2019 und dem 31.12.2020 geschlossen wurden, unwirksam sein mit der Folge des § 7 Abs. 5 HOAI 2013, dass die Mindestsätze der HOAI 2013 gelten würden. Soweit in dieser Zwischenzeit Architekten- und Ingenieurverträge unter ausdrücklicher Einbeziehung der aktuellen HOAI 2013 geschlossen wurden, stellt sich eine derartige Problematik jedoch nicht. Denn auf dieser Basis haben die Parteien freiwillig die Geltung der HOAI 2013 und damit auch die Vereinbarung der Mindestund Höchstsätze zum Vertragsgegenstand gemacht.

### II. Änderungen der HOAI 2021

Wie bereits erwähnt hat der Gesetz- und Verordnungsgeber die Entscheidung des europäischen Gerichtshofs vom 04.07.2019 nur insoweit umgesetzt, als dass er "minimalinvasiv" die HOAI geändert hat. Anregungen der berufsständischen Kammern

und Verbände, die HOAI auch in Bezug auf die Leistungsbilder zu aktualisieren und auch in einigen anderen Punkten zu ändern, griff der Gesetz- und Verordnungsgeber nicht auf.

Die HOAI stellt nicht mehr zwingendes Preisrecht dar, sondern nunmehr (nur noch) eine Honorarorientierung. Hierzu wurden die Begriffe des Mindest- und Höchstsatzes durch die Begriffe Basishonorarsatz und oberer Honorarsatz ersetzt.

Soweit das Architektenhonorar im Wege einer Vereinbarung festgelegt werden soll, muss gem. § 7 Abs. 1 HOAI 2021 eine solche Honorarvereinbarung lediglich noch der Textform entsprechen. Für eine Honorarvereinbarung ist somit nicht mehr erforderlich, dass diese "schriftlich und bei Auftragserteilung" getroffen wird. Damit müssen sich Honorare aufgrund Honorarvereinbarungen zukünftig nicht mehr zwischen den "Mindest- und Höchstsätzen" bzw. dem "Basishonorarsatz und dem oberen Honorarsatz" bewegen, sondern sie unterliegen (grundsätzlich) keinerlei Beschränkungen sowohl nach "oben" als auch nach "unten". Da die Schriftform nicht mehr für solche Vereinbarungen erforderlich ist, reicht nunmehr die sog. Textform nach § 126 b BGB für die Wirksamkeit dieser Vereinbarung aus.

Nur wenn die Vertragsparteien keine Honorarvereinbarung treffen, gilt nach § 7 Abs. 1 HOAI 2021 für Grundleistungen der jeweilige Basishonorarsatz als vereinbart, der sich bei der Anwendung der Honorargrundlagen nach § 6 HOAI 2021 ergibt. Dasselbe gilt, wenn Verbraucher beim Abschluss der Honorarvereinbarung bei Honoraren oberhalb der Basishonorarsätze nicht darauf hingewiesen wurden, dass Honorare auch unterhalb der Basishonorarsätze sowie oberhalb der oberen Honorarsätze vereinbart werden können.

Die HOAI 2021 betont ferner an unzähligen Stellen, dass die Honorare der weiterhin unverändert geltenden Honorartafeln lediglich Orientierungswerte darstellen und von diesen abgewichen werden kann.

Die Konstruktion der HOAI 2021 lehnt sich sehr stark an die Steuerberatergebührenverordnung an, die insoweit Vorbild in

den Diskussionen seitens der Kammern und Berufsverbände mit dem Gesetz- und Verordnungsgeber war. Auch dort gilt der Vorrang der Partei-/Honorarvereinbarung, sodass die Gebührenordnung als Auffangtatbestand im Falle von nicht getroffenen Vereinbarungen gilt. Jedoch weist die Steuerberatergebührenverordnung noch eine Regelung derart auf, dass das aufgrund von Vereinbarungen ermittelte Honorar immer auch angemessen sein muss. Eine derartige Regelung war nicht verhandelbar und ist dementsprechend nicht in die HOAI aufgenommen worden.

### III. Die Frage der "Angemessenheit"

Die Frage angemessenen Honorars spielt dennoch zukünftig eine sehr große Rolle. Durch den Wegfall des zwingenden Preisrechts ist – jedenfalls theoretisch – jegliche Honorierung der Höhe nach möglich. Wie soeben dargestellt, war eine Regelung, dass das Honorar zwischen den Parteien jedenfalls immer angemessen sein muss, nicht verhandelbar.

Zur Angemessenheit findet sich aber eine Regelung § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 Arch-LG. Dieser lautet: "Bei der Bestimmung der Honorartafeln zur Honorarorientierung nach Satz 1 Nummer 2 ist zur Ermittlung angemessener Honorare den berechtigten Interessen der Ingenieure und Architekten und der zur Zahlung Verpflichteten Rechnung zu tragen."

Diese Angemessenheitsregelung, die auf Vorschlag des Bundesrates in das Gesetz aufgenommen wurde, stellt aber keine gerichtliche Angemessenheitskontrolle dar, wie sie im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens diskutiert wurde.

Damit stellt sich die Frage nach der Bedeutung dieser Angemessenheitsregelung. Klar ist, dass hierin keine Verpflichtung der Vertragsparteien zu sehen ist, unabhängig von besonderen Regelungen, zwingend angemessene Honorare zu vereinbaren.

Die Bedeutung dieser Angemessenheitsregelung in § 1 ArchLG liegt in der Festlegung, dass die Honorartafeln zur Honorarorientierung immer der Ermittlung angemessener Honorare dienen. Die jeweiligen (konkreten) Honorare nach den Ho-

norartafeln werden unter Anwendung des Berechnungssystems der HOAI ermittelt. Das wiederum bedeutet, dass ein Honorar, welches auf der Basis der HOAI 2021 ermittelt wird, immer angemessen ist. Diese Kernaussage des § 1 ArchLG spielt auch zukünftig eine wesentliche Rolle.

Immer dann, wenn sich die Frage nach der Angemessenheit des Honorars stellt und hiervon gegebenenfalls auch die Wirksamkeit von Handlungen abhängt, führt eine Honorarermittlung auf Basis der HOAI (immer) zur Ermittlung eines angemessenen Honorars.

Somit ist ein Honorar, welches nach den einschlägigen anrechenbaren Kosten, der einschlägigen Honorarzone und auf der Grundlage des Basishonorarsatzes ermittelt wird, (immer) ein angemessenes Honorar. Damit lässt sich die Frage, wann ein Honorar Architektenhonorar im Einzelfall (jedenfalls) angemessen ist, als Ausgangspunkt unproblematisch beantworten.

Die entscheidende Frage ist damit in den Fällen, in denen ein angemessenes Honorar verpflichtend ist, ob das zu vereinbarende bzw. vereinbarte Honorar im Vergleich zu dem auf der Grundlage der HOAI ermittelten Honorar (noch) angemessen ist.

Denn die Frage der Angemessenheit eines Honorars im Einzelfall, kann nicht nur an Hand von Einzelfallumständen beantwortet werden, sondern muss (jedenfalls auch) eine objektive Honorarausgangslage berücksichtigen. Anderenfalls würde jegliche, aber zwingend erforderliche, rechnerische Vergleichsbasis fehlen, um im Einzelfall zu beurteilen, ob das zu vereinbarende bzw. vereinbarte Honorare (noch) angemessen ist.

Zur Vermeidung von Missverständnissen sei aber noch einmal darauf hingewiesen, dass die "Angemessenheitsregelung" nach § 1 ArchLG nicht so zu verstehen ist, dass bei frei vereinbarten Honoraren in jedem Fall ein "angemessenes Honorar" geschuldet ist. Nur dort, wo gesetzlich oder vertraglich unmittelbar oder mittelbar ein angemessenes Honorar gefordert/geschuldet ist, führt über die Angemessenheitsregelung nach Art 1 ArchLG die Honorarermittlung auf Basis der HOAI 2021 zu einem (jedenfalls)

angemessenen Honorars.

Eine "Aufstockung" des vereinbarten Honorars im Einzelfall auf die Höhe des Basishonorarsatzes, wie sie aus dem zwingenden Preisrecht bei Unterschreitung der Mindestsätze bekannt ist, scheidet damit aus (Meckler, Honorarkorrigierende Wirkung der HOAI 2021?, NZBau 2021, 303 (309))

### IV. HOAI als übliche Vergütung

Wenn auch Honorarvereinbarungen - nur noch in Textform und zu jeder Zeit möglich - die Regel sein werden, ist zur Wirksamkeit eines Architektenvertrages eine Einigung über das Honorar nach wie vor nicht erforderlich. Der Architekten- und Ingenieurvertrag stellt einen werksvertragsähnlichen Vertragstyp dar, so dass in Fällen fehlender Honorarvereinbarung § 632 BGB gilt. Nach § 632 Abs. BGB wiederum gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Ist eine derartige Vergütung nicht bestimmt, gilt nach § 632 Abs. 2 BGB die "übliche" Vergütung als vereinbart.

Nach zutreffender Ansicht stellt die HOAI die "übliche Vergütung" in vorgenanntem Sinn dar (LG Hamburg, Urteil vom 23.05.2019 - 321 O 288/17; IBR 2019, 504).

Unabhängig von dieser Frage gilt die HOAI aber nach § 7 Abs. 1 HOAI 2021 für Grundleistungen in Höhe des jeweiligen Basishonorarsatzes als vereinbart, sofern zwischen den Parteien keine Vereinbarung über die Höhe des Honorars in Textform getroffen wurde. Wenn die HOAI in derartigen Fällen ohne Weiteres gilt, ist die Frage, ob sie die übliche Vergütung im Sinne des § 632 BGB darstellt akademischer Natur.

### V. Ungewöhnlich niedrige Honorarangebote in öffentlichen Vergabeverfahren

Öffentliche Auftraggeber sind bei der Beschaffung von Wirtschaftsgütern und Dienstleistungen grundsätzlich an möglichst wirtschaftlichen Angeboten, also an niedrigen Angeboten interessiert. Wird der Zuschlag in öffentlich-rechtlichen Vergabeverfahren auf ein besonders niedriges Angebot erteilt, besteht durchaus das Risiko, dass der Bieter wegen dieses Preises in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten oder aber den Auftrag nicht zu Ende bringen kann. Insoweit kann der öffentliche Auftraggeber nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV den Zuschlag auf ein Angebot ablehnen, wenn er die geringe Höhe des angebotenen Preises nicht zufriedenstellend aufklären kann. Nach Abs. 3 Satz 2 VgV lehnt er das Angebot (zwingend) ab, wenn er positiv festgestellt, dass der angebotene Preis des Angebotes ungewöhnlich niedrig ist.

Regelmäßig ist die Frage, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung zu prüfen. Solange die HOIA zwingendes Preisrecht darstellte, eröffnete sich für § 60 VgV kein Anwendungsbereich. Jedes Honorarangebot, das die Mindestsätze einhielt, war grundsätzlich nicht als ungewöhnlich niedrig anzusehen. Unterschritt das Honorarangebot die Mindestsätze, war es nach bisheriger Rechtslage ohnehin wegen Verstoß gegen das zwingende Preisrecht auszuschließen.

Der Wegfall der verbindlichen Mindestund Höchstsätze mit der HOAI 2021 führt insoweit zu einer anderen Rechtslage. Nunmehr muss auch bei Honorarangeboten seitens des öffentlichen Auftraggebers die Frage der Auskömmlichkeit geprüft, aufgeklärt und ein entsprechendes Unterangebot ausgeschlossen werden.

Dabei ist der Basishonorarsatz als Bemessungsgrundlage für die Frage der Unauskömmlichkeit heranzuziehen (ebenso Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 15. Auflage 2021, Einleitung Rn. 33 f.). Denn ein nach dem System der HOAI ermitteltes Honorar stellt – wie oben ausgeführt – immer ein angemessenes Honorar dar, ohne dass es verbindlich ist. Um aber zu überprüfen, ob das konkret angebotene Honorar (noch) auskömmlich ist, ist der Vergleich zu dem Basishonorarsatz – als jedenfalls angemessenem Honorar – der erste Schritt.

Unterschreitet das konkrete Angebot diesen Basishonorarsatz nicht unerheblich (z.B. zwischen 5 und 10%), kann der öf-



Noch nicht absehbar: Welche Auswirkungen hat die HOAI 2021 letztlich auf die Gesamt-Baukosten?

fentliche Auftraggeber das Angebot aufklären, sich also im Einzelnen die Auskömmlichkeit erläutern und darlegen lassen. Ist die Unterschreitung größer (z.B. zwischen 15 und 20%) entfällt der diesbezügliche Ermessensspielraum und der öffentliche Auftraggeber muss eine entsprechende Aufklärung vornehmen. Im Rahmen dieser Aufklärung - aber erst hier (entgegen Horn/Hofmann, Das Vergabeverfahren im Licht der HOAI 2021, NZBau 2021, 237 (240)) - sind die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So kann selbstverständlich ein Honorar noch auskömmlich sein, wenn "Inhalt, Art und Maß der Leistung" ein im Verhältnis zum Basishonorar niedrigeres Honorar rechtfertigen.

### VI. Welche Vergütung ist für Lösungsvorschläge im Rahmen von Vergabeverfahren angemessen?

Die Vergabe von Planungsleistungen durch öffentliche Auftraggeber erfolgt nach § 76 VgV im Leistungswettbewerb. Mit dem ArchLG wurde § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV, wonach in den Fällen, in denen die "zu erbringenden Leistungen nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten (sind), der Preis im dort vorgeschriebenen Rahmen zu berücksichtigen (ist)", ersetzt durch die Regelung "Auf die zu erbringende Leistung anwendbare Gebühren- oder Honorarordnungen bleiben unberührt".

Die Vergabe im Leistungswettbewerb bedeutete bislang, dass wegen des zwingenden Preisrechts der HOAI ein Preiswettbewerb ohnehin – de facto – nahezu ausgeschlossen war und allein schon deshalb der Schwerpunkt der Zuschlagsentscheidung auf die Leistung und nicht auf den Preis abstellt. Ein typisches, leistungsbasiertes Zuschlagskriterium ist das Verlangen der Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen. Nach § 76 Abs. 2 VgV kann der öffentliche Auftraggeber die Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen der gestellten Aufgabe im Rahmen eines Verhandlungsver-

fahrens verlangen. Macht der öffentliche Auftraggeber hiervon Gebrauch, so hat er nach § 77 Abs. 2 VgV einheitlich für alle Bewerber eine angemessene Vergütung festzusetzen. Die Frage, was in diesem Sinne angemessen bedeutet, hat bereits in der Vergangenheit zu unterschiedlichen Auffassungen geführt.

### 1.)

So hat die Vergabekammer Sachsen angenommen, dass es sich bei Leistungen i.S.d. § 76 Abs. VgV lediglich um eine Akquisitionsleistung handele und deshalb ein von der HOAI völlig losgelöstes Honorar einheitlich festzusetzen sei (VK Sachsen, Beschluss vom 05.02.2019 - 1/SVK/038-18; IBR 2019, 279).

Diese Auffassung verkennt, dass es sich bei der Forderung der Anfertigung von Lösungsvorschlägen im Rahmen der Wertungsphase nicht um eine Akquiseleistung, sondern um ein – hierauf reduziertes - Vertragsverhältnis handelt. Denn der öffent-



Die Vergabe von Planungsleistungen durch öffentliche Auftraggeber erfolgt im Leistungswettbewerb. Die "Angemessenheit" des Honorars wird gleichwohl – mit der HOAI 2021 mehr denn je – eine zentrale Rolle spielen.

liche Auftraggeber schreibt bereits in den Teilnahmeunterlagen detailliert vor, welche konkreten Architektenleistungen zur Erfüllung des Lösungsvorschlages zu erbringen sind. Dabei sind diese Vorgaben von allen Bewerbern genauso zu erbringen, da anderenfalls keine vergleichbaren Lösungsvorschläge (Angebote) vorliegen. Für diese im einzelnen geforderten Leistungen setzt der öffentliche Auftraggeber sodann einheitlich eine Vergütung fest.

Hierbei handelt es sich im Ergebnis um ein Angebot über einer Vergütungsvereinbarung im Vorfeld des eigentlichen Architektenvertrages, welches durch die Erbringung der geforderten Leistungen durch die Bewerber - im Rahmen der Teilnahme am Vergabeverfahren - angenommen wird. Hierdurch kommt somit konkludent ein Vertragsverhältnis zu Stande. Denn der jeweilige Bewerber nimmt das Angebot, konkrete Leistungen im Rahmen des Lösungsvorschlages zu einem bestimmten Preis zu erbringen, durch Vornahme dieser Leistungen und Abgabe des Lösungsvorschlages an. Unstreitig entsteht in diesem Moment auch der entsprechende Vergütungsanspruch. Für ein derartiges - hierauf beschränktes - Vertragsverhältnis spricht zudem auch die Formulierung der VgV, eine einheitliche "Vergütung" festzusetzen. Der Begriff Vergütung stellt klar, dass es sich hierbei um eine entgeltliche Gegenleistung handelt und somit ein vertragliches Austauschverhältnis vorliegen muss.

### 2.)

Mit § 77 Abs. 2 VgV hat der Verordnungsgeber ausdrücklich festgelegt, dass in derartigen Fällen ein "angemessenes" Honorar vom Auftraggeber festzusetzen ist. Im Gegensatz zur HOAI 2021, in der keine Verpflichtung zur Vereinbarung angemessener Honorare enthalten ist, enthält § 77 Abs. 2 VgV damit eine solche Verpflichtung. Somit wirkt sich hier wiederum § 1 Abs. 1 Satz 2 ArchLG aus. Als Ausgangspunkt für ein angemessenes Honorar nach § 77 Abs. 2 VgV ist in einem ersten Schritt nach dem Abrechnungssystem der HOAI 2021 das Basishonorar für die konkret geforderten Architekten(teil)leistungen zu ermitteln.

Dieses so ermittelte Honorar ist (dann) jedenfalls angemessen im Sinne des § 77 Abs. 2 VgV.

Im zweiten Schritt ist die seitens des öffentlichen Auftraggebers konkret angebotene Vergütung in das Verhältnis zu dem nach der HOAI 2021 ermittelten Basishonorar zu setzen.

Im Rahmen eines solchen Vergleiches sind dann wiederum (s.o. unter V.) die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Auch insoweit kann eine Vergütung dann noch auskömmlich sein, wenn "Inhalt, Art und Maß der Leistung" ein im Verhältnis zum Basishonorar niedrigeres Honorar rechtfertigen.

Je mehr Grundleistungen nach den Leistungsbildern der HOAI 2021 anlässlich eines Lösungsvorschlages verlangt werden, desto mehr hat sich die "konkrete" Vergütung dem ermittelten Basishonorar auf der Grundlage der HOAI 2021 anzunähern.

Der öffentliche Auftraggeber verwendet diese Leistungen nämlich nicht nur im Rahmen der "Wertung der Lösungsvorschläge", sondern hinsichtlich des zu beauftragenden Bewerbers auch im Rahmen der vertraglich zu erbringenden Leistungen. Soweit der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen eine entsprechende Anrechnung der Vergütung für den Lösungsvorschlag auf das spätere Honorar vorsieht – was der Regelfall ist –, bestätigt er damit den Inhalt, die Art und das Maß der für den Lösungsvorschlag geforderten Leistungen.

Im Ergebnis wird eine gewisse - maßvolle - Unterschreitung der jeweiligen Basishonorare sicher nicht unmittelbar zur Unangemessenheit der entsprechend festgesetzten Vergütung führen. Beträgt aber z.B. das auf der Grundlage der HOAI für konkret geforderte Architektenleistungen im Rahmen eines Lösungsvorschlages ermittelte Basishonorar 130.000,00 EUR und demnach jedenfalls angemessen - ist eine festgesetzte Vergütung in Höhe von 20.000,00 EUR auf den "ersten Anschein" nicht (mehr) angemessen. Es obliegt dann allein dem öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen die Angemessenheit der Vergütung darzulegen und zu beweisen.

### VII. Auswirkung der HAOI 2021 auf Stufenverträge

Nach § 57 Abs. 2 HOAI 2021 ist die neue HOAI auf die Vertragsverhältnisse anzuwenden, die nach Ablauf des 31.12.2020 begründet wurden.

Damit stellt sich ein altbekanntes Problem neu: welche HOAI-Fassung ist bei sog. Stufenverträgen auf die "*Stufen*" anzuwenden, die erst nach dem 31.12.2020 abgerufen werden, bei denen der Stufenvertrag selbst (Altvertrag) aber vor dem 31.12.2020 geschlossen wurde.

Anlässlich der HOAI 2009 hatte der BGH (Urteil vom 18.12.2014 - VII ZR 350/13, IBR 2015, 144) diese Frage dahingehend entschieden, dass bei einem Stufenvertrag hinsichtlich aller – noch nicht sofort "beauftragten"/abgerufenen – Stufen, ein (befristet) bindendes Angebot vorliege, dessen Annahme zu einem späteren Zeitpunkt sich der Auftraggeber vorbehalten habe. Nach Auffassung des BGH kam es somit nicht auf den Zeitpunkt des Ausgangsvertrages an, sondern nur darauf, wann die weitere Leistungsstufe abgerufen und damit das einseitig bindende Angebot angenommen werde.

Bedenklich an dieser Auffassung war, dass außer Betracht gelassen wurde, dass das gesamte Vertragsverhältnis bereits mit Abschluss des Stufenvertrages begründet wurde und (lediglich) die Erbringung einzelner Leistungen/Leistungsstufen von dem "Abruf" abhing.

Wendet man diese Rechtsprechung auf die HOAI 2021 an, ergäbe sich somit zwangsläufig, dass über das gesamte Vertragsverhältnis und insbesondere das Honorar neu verhandelt werden kann, wenn nicht sogar muss. Denn durch den Wegfall des zwingenden Preisrechts kann nicht unterstellt werden, dass die Parteien zwangsläufig für die weiteren Stufen das Honorar auf Höhe des Basishonorarsatzes vereinbart hätten bzw. vereinbaren würden. Damit stünde im Ergebnis ein bereits geschlossener und in (weiten) Teilen bereits vollzogener Vertrag inhaltlich zur erneuten Disposition der Vertragsparteien.

Eine derartige Sachlage entspräche aber nicht der Rechtslage und wäre jedenfalls

nicht interessengerecht.

Vertragsverhältnisse müssen für die Vertragsparteien kalkulierbar und beherrschbar sein. Würde man die Honorare für die weiter abzurufenden Stufen entsprechend der jetzt geltenden HOAI 2021 in die Verhandlungsmaxime der Parteien stellen, wäre eine derartige Rechtssicherheit des zugrundeliegenden Stufenvertrages nicht (mehr) gegeben.

Da der Verordnungsgeber die Terminologie in der Übergangsregelung derart geändert hat, dass er nunmehr nicht mehr auf den Abschluss des Vertrages, sondern auf die Begründung des Vertragsverhältnisses abstellt, dürfte die Rechtsprechung des BGH auf diese Übergangsregelung keine Anwendung mehr finden.

Denn insoweit wird überzeugend die Auffassung vertreten, dass die Begründung von Vertragsverhältnissen weiter gefasst sei, als der Abschluss von Verträgen. Dem ist – im Ergebnis jedenfalls – vollumfänglich zuzustimmen. Denn mit der Begründung eines Stufenvertrages erfolgt zugleich die Begründung eines Schuldverhältnisses, wenn auch nicht – folgt man der bisherigen BGH-Rechtsprechung – zwingend die Beauftragung konkreter Leistungen.

Damit wird auf Stufenverträge insgesamt und somit auf die nach dem 01.01.2021 abgerufenen Stufen aus Stufenverträgen, die zuvor geschlossenen wurden, die bisherige HOAI 2013 anzuwenden sein.



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

### Baukostenvorgaben des Bestellers als Zielkonflikt im Architektenvertrag

von RA und Notar Johannes Jochem, RJ Anwälte Jochem PartGmbB, Wiesbaden

Wer ist es schuld, wenn ein Bauprojekt zu teuer wird? Fragen tauchen im Architektenvertragsverhältnis zwar gleich zu Beginn und sehr vielschichtig auf, Konflikte aber zumeist erst nach einiger Zeit, wenn sich später eine unerfreuliche Thematik herausstellt, die die Beteiligten zuvor nicht im Blickfeld hatten. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich der Zielkonflikt herausstellt, dass das vom Bauherrn ins Auge gefasste Bauvorhaben nicht realisiert werden kann, weil es ihm das Budget sprengt.

### Kenntnisstand über die Aspekte des Projekts

Zwischen den Vertragsparteien besteht zu Beginn ein Ungleichgewicht zum Kenntnisstand über das Projekt. Der Bauherr hat in der Regel einen Wissensvorsprung über die Grundlagen des Projekts, insbesondere den Bestand, das Baugrundstück, sein Budget und über seine Wünsche bzw. seine Vorstellungen von Nutzung, Raum und Ausstattung. Der Architekt hat allenfalls bei privaten unerfahrenen Bauherren einen allgemeinen Wissensvorsprung zur Baumasse-Baukosten-Relation, zur Rechtstheorie des öffentlichen Bauplanungs- und Bauordnungsrechts und zum dynamischen Planungsprozess bzw. zum Entwicklungscharakter im Bereich der frühen Leistungsphasen. Wie wirkt sich das Ungleichgewicht der Kenntnisstände rechtlich aus? Kommt es auf Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis überhaupt an? Wie regelt das Gesetz die Umstände zu diesen Kenntnisaspekten?

### Exkurs: Beispielsfall "öffentliches Baurecht"

Ein privater Bauherr B schließt für sein Grundstück mit Architekt A einen Vertrag über die Genehmigungsplanung (LPH 1-4) für ein Wohnhaus ab, wobei er bereits so konkrete Vorstellungen zu Stil, Architektur, Raumaufteilung und Kosten hat, dass die Zielfindungsphase des § 650p Abs. 2 BGB mit dem Sonderkündigungsrecht in § 650r BGB nicht in Betracht kommt.

A beginnt seine Tätigkeit mit dem Klären der Aufgabenstellung in einem 1-2-stündigen Gespräch mit B. Danach macht er eine Ortsbesichtigung. Dabei stellt sich heraus, dass das Baugrundstück außerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegt. Ein Bebauungsplan existiert nicht, daher findet § 35 BauGB Anwendung, wonach eine Wohnnutzung ausgeschlossen und eine Baugenehmigung für das vereinbarte Bauprojekt nicht erteilt wird. Es besteht ein Zielkonflikt.

### I. Unmöglichkeit

Sicher ist keiner der beiden Vertragsparteien "schuld", dass sich der Bauwunsch (Wohnen auf dem Grundstück im Außenbereich) nicht realisieren lässt, jedoch stellt sich die Frage nach den vertraglichen Leistungen und den Ansprüchen. Zu Recht hat der Bundesgerichtshof geurteilt, dass der Besteller im Falle einer Unmöglichkeit der Planungsaufgabe nicht verpflichtet ist, seine Wünsche so zu ändern, dass er die Vertragsdurchführung möglich macht.¹ Im Ergebnis kann A von B also nicht verlangen,

dass Planungsgegenstand anstelle eines Wohnhauses nun ein Hochsitz, ein Schweinemastbetrieb oder eine Windkraftanlage sei. Andersherum kann B von A nicht verlangen, dass er eine "dauerhaft genehmigungsfähige Planung" eines Wohnhauses ermöglicht.<sup>2</sup>

Anstelle eines Mangels der Architektenleistung liegt ein Fall der Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) vor.3 Demnach muss der Architekt nicht mehr leisten, der Anspruch auf die vertragliche Hauptleistung ist ausgeschlossen. Was ist mit der Gegenleistung? Hierzu besagt § 326 Absatz 1 Satz 1 HS. 1 BGB dem Grundsatz nach, dass auch dieser Anspruch entfällt. Bei einer Teilleistung gilt jedoch § 441 Abs. 3 BGB entsprechend. Dies ist die kaufrechtliche Regelung zur Berechnung der Minderung, die in Architektenhonorarfällen Schwierigkeiten bereitet. Passender ist die Vergütungsregelung des Werkvertragsrechts § 645 BGB, wonach der Architekt einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz, der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen kann. Problematisch ist, dass im Falle einer anfänglichen Unmöglichkeit dem Besteller Rechte nach § 311a Abs. 2 BGB zustehen und er insbesondere Schadensersatz verlangen kann, wobei das Verschulden wie bei § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB bei nachträglicher Unmöglichkeit vermutet wird und der Unternehmer bzw. Architekt einen Entlastungsbeweis führen müsste. Was ist Inhalt eines Entlastungsbeweises?

### II. Aufdecken von Zielkonflikten

Legt man den Fokus auf die vertragsmäßig pflichtgemäße Tätigkeit, anstelle auf das (unmögliche) vertragsmäßige Tätigkeitsergebnis, ist festzustellen, dass zumindest eine Teilkomponente der vielschichtigen Architektenleistung sehr wohl erfüllt werden konnte und wurde. Das Aufdecken von Zielkonflikten ist möglich. Im Beispielsfall hat A fast mustergültig frühzeitig den wesentlichen Zielkonflikt des Projekts aufgedeckt. Er hat B daher davor bewahrt, weitere unnütze Aufwendungen zu haben (z. B. Kosten für Baugrundgutachten, Fachingenieurhonorare usw.). Man könnte A allenfalls zum Vorwurf machen, den Zielkonflikt nicht noch früher und ohne eigenen Aufwand einer Ortsbesichtigung im Rahmen einer Onlinerecherche anhand von Satellitenbildern aufgedeckt zu haben. Ca. 1 Stunde Arbeitsaufwand und Fahrtkosten wären dann erspart geblieben.

### III. Aufdecken von Zielkonflikten: Hauptleistungspflicht oder Nebenleistungspflicht?

Die Aufdeckung von Zielkonflikten ist eher tätigkeits-, als erfolgs- bzw. zielerreichungsbezogen. Nach der gesetzlichen Definition der werkvertragsähnlichen Architektenleistung in § 650p Abs. 1 BGB, besteht die Hauptleistung nur in der Erreichung der Planungsziele (genehmigungsfähige Planung eines Wohnhauses), also eher erfolgsbezogen. Daher besteht im rechtzeitigen<sup>4</sup> Aufdecken des Zielkonflikts die Erfüllung einer Nebenleistungspflicht. Diese Bewertung kehrt sich, trotz des Vorliegens eines Problems für das Bauprojekt, vom Mangel<sup>5</sup> der Architektenleistung ab.<sup>6</sup> <sup>7</sup>

### IV. Entlastungsbeweis

Auch ohne Mangel kann die Verletzung einer Nebenpflicht bestehen. In jedem Falle liegt eine Unmöglichkeit vor, was nach der Geltung des § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB (und im Übrigen auch nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) zum Schadensersatzanspruch des Bestellers führen würde, wenn sich der Architekt nicht aus einem gesetzlich vermuteten Verschulden entlasten kann.

Im vorliegenden Beispielsfall geht zur

BGB8 der entsprechenden Anwendung des § 441 Absatz 3 BGB vor. Nach § 645 BGB ist das auf das Baugrundstück anzuwendende öffentliche Baurecht, ein Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder die Benennung dieses Grundstücks als das Baugrundstück für sein Wohnbauprojekt, eine für die Ausführung erteilte Anweisung.9 Rechtsfolge ist ein Honoraranspruch in Höhe eines der geleisteten Arbeit entsprechenden Teils der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen. Die Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften des BGB ist dadurch zwar nicht ausgeschlossen, jedoch bedingt die Feststellung, dass die bestellerseits erteilte Anweisung die Unausführbarkeit verursacht hat zugleich das Entschulden im Rahmen der unmöglichkeitsbezogenen Schadensersatzanspruchsprüfung (Entlastungsbeweis).10 Ein eigenes Verschulden des Bestellers, in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, muss der Architekt für den Entlastungsbeweis nicht darlegen. Würde dem Architekten ein solcher Beweis einer bewussten, bestellerseitigen anfänglichen Unmöglichkeit gelingen, hätte er einen Schadensersatzanspruch entsprechend § 648 S. 2 BGB gegen den Besteller. Ein Schadenersatzanspruch des Bestellers gegen den Architekten - wenn auch auf anderer Grundlage – bleibt ebenfalls möglich: Eine verspätete Aufdeckung des Zielkonflikts ist eine Nebenleistungspflichtverletzung des Architekten, die nach Darlegung und Beweis durch den Besteller zu einem an dieses Zeitmoment anknüpfenden kausalen Schaden führen kann (§ 280 Abs. 1 BGB). Im Beispielsfall sind daher, die durch Onlinerecherche vermeidbaren Kosten der Ortsbesichtigung - obwohl für A als Aufwand angefallen - nicht von B zu zahlen. Diese Überlegungen lassen sich auf Baukostenvorgaben übertragen.

Vergütung die Anwendung des § 645 Abs. 1

### Kostenvorgaben nach § 645 BGB

Auch hier gilt dasselbe, wie im Beispielsfall zum Zielkonflikt zwischen Baugrundstück und öffentlichem Bauplanungsrecht. Es kann eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung eintreten, auch ohne Mangel der Architektenleistung und ohne sonstige Pflichtverletzung. Die Unmöglichkeit kann allein auf einer Vorgabe des Bestellers beruhen, ohne dass den Besteller oder den Architekten ein Verschulden trifft und ohne, dass der Besteller verpflichtet ist, seine Vorgaben nach Aufdeckung des Zielkonflikts zu ändern.

Auch eine Kostenvorgabe bzw. Bau-

kostenobergrenze als Planungszielvorga-

be (§ 650p Abs. 1 BGB) kann hinsichtlich

Baukörpervorgaben einen Zielkonflikt und letztlich Unmöglichkeit hervorrufen. Denn die Kostenvorgabe kann ebenso in Konflikt stehen mit dem Ziel, das spezifische Baugrundstück zu bebauen (z. B. wenn dies eine komplizierte und teure Gründung, Altlastensanierung und/oder Kampfmittelräumung bedarf.) Die Kostenvorgabe kann aber auch in Konflikt stehen mit den unbedingten und später im Detail geforderten Anforderungen, bzw. Bauherrenentscheidungen und Vorgaben zur Qualität und Quantität der baulichen Nutzung, insbesondere der Größe des Baukörpers. Auch in diesem Fall kann die Erkenntnis über die Unmöglichkeit sich erst im Zuge der Vertragsdurchführung zeigen, z.B. nach Vorliegen des Baugrundgutachtens, oder nach Voranschreiten des dynamischen Planungsprozesses, mit Varianten der Vorplanung und letztlich der Entwurfsplanung mit detaillierter Kostenberechnung nach BKI oder gewerkebezogen. Auch in diesem Fall ist denkbar, dass der Architekt den Zielkonflikt mustergültig früh aufgedeckt hat und der Bauherr nicht dazu bereit ist, seine Vorstellungen zu ändern. Auch in diesem Fall ist denkbar, dass der Architekt mangels sorgfältiger Kostenermittlungen den Zielkonflikt zu spät aufdeckt und daher aufgrund Nebenpflichtverletzung Schadensersatz schuldet. Der Unterschied besteht darin, dass der Bauherr die Vorgaben des öffentlichen Baurechts nicht ändern kann, seine Kostenvorgaben hingegen schon. Ansprüche des Architekten auf Vertragsfortführung oder "Kündigungsvergütung" entsprechend § 648 Satz 2 BGB bestehen dennoch nicht und zwar aus folgenden Gründen: Wenn wesentlicher Leistungsinhalt - und sei es auch als Nebenleistungs-



Baukosten: nach wie vor Gegenstand gerichtlicher Streitigkeiten zwischen Bauherren und Architekten.

pflicht - das Aufdecken von Zielkonflikten im Rahmen des dynamischen Planungsprozesses ist, der in seiner Prozesshaftigkeit seinerseits eine schrittweise Kenntniserlangung über das Projekt bewirkt, so liegt es doch in der Natur der Sache, dass Sachverhalte erst später auftauchen, die vorher nicht bedacht wurden. Ebenso liegt es in der Natur der Sache, allein dem Bauherrn die Berechtigung zuzusprechen, über diese Sachverhalte entscheiden zu dürfen. Letztlich vereinbaren nicht die Architektenvertragsparteien den Bauwunsch und die Vorstellungen des Bauherrn über das Bauvorhaben, sondern der Besteller gibt dies vor. Bei den Planungszielen geht es nicht darum, was die Parteien (Besteller und Unternehmer) gewollt oder vereinbart hätten, sondern um den Bauwunsch des Bestellers. Dies gibt dem Besteller zwar viel Macht über den Inhalt und Zustand des Vertrages, sowie das weitere Prozedere und Fortkommen des Vertrages. Dies ist aber umso

unbedenklicher, je weniger das Damoklesschwert eines Architektenmangels oder eines Schadensersatzanspruchs wegen Unmöglichkeit hiermit verbunden ist, und je eher ein Teil der Vergütung nach § 645 BGB für geleistete Arbeit nebst Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen auch dann verlangt werden kann, wenn die Weiterbearbeitung des Architektenauftrages deswegen zwangsläufig ein Ende findet. Im Ergebnis ist daher auch eine Kostenvorgabe11 eine von dem Besteller für die Ausführung erteilte Anweisung nach § 645 BGB. Eine weitere für die Ausführung erteilte Anweisung ist die Entscheidung des Bauherrn über Vorplanungsvarianten, die nach den Gesetzen der Markwirtschaft zu Kosten führen, die oberhalb der Vorgaben liegen.Das Aufdecken dieses kostenbezogenen Zielkonflikts allein reicht noch nicht. Kritisch hierzu ist wiederum das Zeitmoment. Zum Zeitpunkt der Grundlagenermittlung mag der Bauherr zwar bereits eine

sichere Kenntnis über sein Budget haben und diese auch mitteilen, weswegen insofern auch kein (in diesem Beitrag einleitend erwähnter) diesbezüglicher Wissensvorsprung mehr bestünde, indes sind die kostenauslösenden Faktoren des Bauwunsches, der Gebäudegestaltung und der Bauumstände zu diesem Zeitpunkt typischerweise nur vage bekannt oder jedenfalls vom Bauherrn nur unvollständig an den Architekten mitgeteilt. Ein Aufdecken auf Basis einer gesicherten Faktenlage bzw. Kenntnis, ist daher erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich, es sei denn, dass der Zielkonflikt einem durchschnittlich erfahrenen Architekten "ins Auge springen" würde.

### Eraebnis

Die Vorgaben des Bauherrn zu Baukosten sind für den Architekten nicht verhandelbar und werden daher auch nicht vereinbart. Sie sind keine eigenständige Beschaffenheitsvereinbarung, jedoch gleichwohl

vom Architekten zu beachten im Rahmen der von ihm geschuldeten Beschaffenheit zur Entwicklung eines in sich stimmigen Konzepts, das dem Bauherrn die bauliche Umsetzung seiner Vorstellungen ermöglicht. Hierbei kann sich eine Unmöglichkeit und Unausführbarkeit der Architektenleistung herausstellen. Dies rechtzeitig aufzudecken, ist eine typische und wichtige Nebenleistungspflicht des Architekten, deren Verletzung keinen (Werk) Mangel darstellt, jedoch zu einem Schadensersatzanspruch führen kann. Bei Unmöglichkeit gilt die Vergütungsfolge des § 645 BGB, wonach der auf die bereits geleistete Arbeit anfallende Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen geschuldet ist. Zugleich ist der Entlastungsbeweis zum Verschulden der Unmöglichkeitshaftung geführt ggf. nach dem Rechtsgedanken des § 162 Abs. 1 BGB analog. Der Schadensersatzanspruch einer Nebenleistungspflichtverletzung, wegen zu späten Aufdeckens des kostenbezogenen Zielkonflikts, kürzt die Vergütung für die entsprechend unnötige zu viel geleistete Arbeit und die entsprechenden Auslagen.

- 1 BGH, Urt. v. 26.09.2002 VII ZR 290/01, BauR 2002, 1872. 2 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v.
- 26.09.2002 VII 7R 290/01 und Urt. v. 10.02.2011 VII 7R 8/10, BauR 2011, 869) wonach ein Mangel der Architektenleistung vorliege, erschließt sich für diesen Fall nicht, vgl zum Mangel unten C. IV.
- 3 In weniger offensichtlichen Fällen würde man ggf. über eine Anpassung des Vertrages wegen Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 2 BGB oder nach den Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung nachdenken wollen, einen Anspruch auf Fortführung des Vertrages bis zu einem Bauantrag hat der Architekt iedoch nicht. Zur Befassung des Bearbeiters mit BGH, Urt, v. 21,12,2000 - VII ZR 17/99, BauR 2001, 785, vgl. J.Jochem, in: FS Oppler 2020.
- 4 Das Zeitmoment ist wichtig, worauf unten noch näher eingegangen werden wird.
- 5 Vgl. hierzu näher: Der Bearbeiter J. Jochem, in: FS Oppler
- 6 Es ist ähnlich, wie bei der Bauüberwachung, der LPH 8 wo ebenfalls der Begriff "Baumangel" hier vermieden werden soll, da es erst im Zeitpunkt des Leistungsaustauschs zwischen Bauunternehmer und Bauherr bei Abnahme auf die Mangelfreiheit des Werkes ankäme.
- 7 Je nach den Umständen des Einzelfalls so wohl auch es Zahn, in: BauR 2019, 1513 (1519 f.) Kostenobergrenze - Doch Beschaffenheit des Architektenwerks! der das Vorliegen eines Mangels hei Einflussnahmemöglichkeit des Architekten anerkennt, bei Nichtursächlichkeit des Verhaltens des Architekten hingegen nicht.
- 8 Was wohl auch der Bundesgerichtshof erkennen würde. Vgl. BGH, Urt. v. 16.12.2004 - VII ZR 16/03, BauR 2005, 735. 9 Val. Preussner, in: BauR 2001, 697. Das Risiko bauplanungsrechtlicher Änderungen nach Einreichung des Bau-
- 10 Althaus, in: BauR 2014, 1369, Funktion und Unmöglichkeit im Bauvertragsrecht (zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v 08 05 2014 - VII 7R 203/11 BauR 2014 1291) bringt den Gedanken des § 162 Abs. 1 BGB analog ins Spiel, wonach der Auftraggeber, wenn er die Durchführbarkeit des Vertrages selbst vereitelt, keine Ansprüche wegen Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB geltend machen kann.
- 11 Zum Begriff "Baukostenvorgabe" anstelle von "Baukostenvereinbarung", einem Begriff, den auch der BGH verwendet, vgl. der Bearbeiter J. Jochem in FS Oppler 2020.



Johannes Jochem ist Fachanwalt für Bauund Architektenrecht.

Welche Energieeffizienz muss ein Architekt bei der Sanierung einer WEG planen, auch wenn erhebliche Baukosten sich nicht durch Energieeinsparung amortisieren?

von RA und Notar Johannes Jochem, RJ Anwälte Jochem PartGmbB, Wiesbaden

Ein Rechtsstreit, der am 07.02.2020 vor dem LG Flensburg entschieden wurde, erscheint auf den ersten Blick kurios. Denn meistens kritisiert der Bauherr, die Kosten der Baumaßnahme seien aus dem Ruder gelaufen und der Architekt habe dies nicht verhindert. Hier hingegen wird dem Architekten vorgeworfen, die Baumaßnahme sei zu billig gewesen. Nun gut, wenn man als Bauherr feststellt, dass man mit einer Billiglösung am falschen Ende gespart hat und deswegen später nochmal Geld in die Hand nehmen muss, um die Bauaufgabe "nachhaltig" zu lösen, fühlt man sich im Ergebnis schlecht beraten.

Vor diesem Hintergrund nimmt das Gericht auf eine Beratungskomponente der Architektentätigkeit Bezug. Hier wird geprüft, ob der Bauherr (im vorliegenden Fall eine WEG) tatsächlich nochmal Geld in die Hand nehmen muss, obwohl die erfolgte Dachsanierung doch technisch mangelfrei ist. Unter A. werden daher zunächst die Auswirkung der (seinerzeit) EnEV (heute GEG) als Wirtschaftsverwaltungsrecht1 auf die architektenvertraglichen Pflichten angesprochen. Für das nun geltende Gebäudeenergiegesetz GEG gilt das Gleiche. Unter B. wird eine Beratungskomponente als Haftungsgrund behandelt und unter C. was meiner Ansicht nach den Schwerpunkt der Veröffentlichung ausmacht prozessuale Beweiserleichterungen zu einer Kausalität (Vermutung beratungsgerechten Verhaltens).

A. Beratung durch den Architekten, Haftungsgrund: Im Urteil EnEV, heute GEG Die Pflichten des Architekten sind so vielschichtig, wie die rechtswissenschaftlichen

Versuche, prägnant zu formulieren, was in einem Architektenvertrag geschuldet ist.2 Beliebtes Schlagwort ist dabei die "dauerhaft genehmigungsfähige Planung" was lediglich Thematiken des öffentlichen Baurechts betrifft und keine technischen Baumängel (z.B. Zurückbleiben hinter den allgemein anerkannten Regeln der Technik) und Bauschäden (z.B. Wassereintritte und Feuchtigkeitsschäden). Das Schlagwort stammt vermutlich noch aus einer Zeit, als die Bauaufsichtsämter der Kommunen und Landkreise als Baugenehmigungsbehörden noch umfangreich die Aspekte des materiellen Bauplanungsrecht und Bauordnungsrechts mitgeprüft haben. Heute sind viele Baumaßnahmen ohne behördliches Verwaltungsverfahren oder nach Durchführung eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens zulässig, das heißt genehmigungsrechtlich zulässig. Damit ist indes noch keine Aussage darüber getroffen, ob das Bauvorhaben auch materiell baurechtmäßig ist. Im vorliegenden Fall ging es um die Sanierung im Bestand, das "kaputte Dach (war) zu sanieren, nachdem es in einigen Wohnungen Durchfeuchtungen"3 gegeben hatte. Es kann davon ausgegangen werden, dass die in der Sanierung bestehende "Änderung von Baulichen Anlagen" (im bauordnungsrechtlichen Terminus des § 62 LBauO-SH) ein sog. Verfahrensfreies Bauvorhaben nach § 63 Abs. 1 Nummer 11. lit. d. LBauO-SH darstellt.4 Insofern dürfte die Anforderung an die Architektentätigkeit als dauerhaft genehmigungsfähige Planung erfüllt sein. Baugenehmigungsrechtlich besteht kein Problem. Auch in technischer Hinsicht besteht kein Problem, da die Architektentätigkeit und die darauf beruhende Bauausführung fachgerecht ist, was ein gerichtlich bestellter Sachverständi-

ger im Sachverständigenbeweis nach Buch 2 Abschnitt 1 Titel 8 der ZPO bewiesen hat. Gleichwohl stellt das Gericht an der Architektentätigkeit einen Sachmangel nach § 633 BGB fest, der darin bestehe, dass die Vorgaben der Energieeinsparverordnung (jetzt GEG) nicht eingehalten seien. Das Gericht bezieht sich auf den danach einzuhaltenden Wärmedurchgangskoeffizienten von 0,20 W/m2K, der nach Durchführung der Baumaßnahme überschritten ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass auch das vorherige Bestandsdach diesen Wert überschritten hatte. Zur Beurteilung der Rechtsfrage eines Sachmangels hinsichtlich des Abweichens der Istbeschaffenheit der Planung von der Sollbeschaffenheit der Planung finden sich im Urteil keine umfangreichen Ausführungen, sondern ledig der Hinweis, dass die Nichteinhaltung der Vorgaben der EnEV dazu führe, dass die Sanierung unter Berücksichtigung der Vorgaben "neu ausgeführt werden muss". Auch zu dieser Beurteilung finden sich keine Ausführungen, weswegen dieser Schluss kritisch zu hinterfragen ist. Wer muss wann was wie tun? Und was passiert, wenn er es nicht tut? Wie selbstverständlich geht das Urteil davon aus, dass in der EnEV-Thematik ein Sachmangel vorliege. § 9 der EnEV<sup>5</sup> bestimmte iVm Anlage 3 Ziffer 4, dass bei mehr als 10%igen Änderungen am Dach diese so auszuführen sind, dass die in der EnEV geregelten Wärmedurchgangskoeffizienten nicht überschritten werden. (Entsprechendes findet sich im heutigen Gebäudeenergiegesetz in § 48 GEG). § 25 EnEV gab die Möglichkeit, Befreiungen zu diesen öffentlich-rechtlichen Vorgaben zu beantragen, wenn eine unbillige Härte vorliegt, zum Beispiel wenn die erforderlichen Aufwendungen innerhalb der üblichen

16 BAURECHT AKTUELL AUSGABE 2021 BAURECHT AKTUELL AUSGABE 2021 17



Energieeffizienz: nicht nur für Architekten und Ingenieure ein zentraleres Thema. Auch Baujuristen werden sich zukünftig intensiv damit beschäftigen müssen.

Nutzungsdauer, bei Anforderungen an bestehende Gebäude innerhalb angemessener Frist durch die eintretenden Einsparungen nicht erwirtschaftet werden können. (In § 102 GEG findet sich entsprechendes.) § 27 Abs. 1 Nr. 3 EnEV bestimmte, dass der Bauherr, wenn er "vorsätzlich oder leichtfertig" entgegen den Anforderungen ausführen lässt, eine Ordnungswidrigkeit gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 EnEG begeht, die mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € geahndet werden kann.6 (Dieses Prinzip ist im heutigen Gebäudeenergiegesetz in § 108 GEG geregelt.) Der Tatbestand des Urteils gibt nicht zu erkennen, dass die Bauaufsichtsbehörde gegen die Wohnungseigentümer ein Bußgeld erlassen hätte. Ob die Bauaufsichtsbehörden zudem eine abweichende Bauausführung verlangen - und notfalls im Wege der Ersatzvornahme zwangsweise durchsetzen - können, ist vor den Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zudem fraglich. Die EnEV sah die Ersatzvornahme nicht vor. (Das gleiche gilt für das GEG, dort ist lediglich die Möglichkeit für einen Anschluss- und Benutzungszwang an ein öffentliches Fernwärmenetz und dergleichen angesprochen.) Es müsste dafür auf das allgemeine Landesverwaltungsgesetz zurückgegriffen werden. Zu Androhung eines Zwangsgeldes, Festsetzung eines solchen, Androhung einer Ersatzvornahme

und weiteren Zwangsmaßnahmen findet sich im Urteil ebenfalls kein Anhaltspunkt. Das LG Flensburg kommt gleichwohl ohne weitere Begründung zu dem Schluss, dass "die Sanierung unter Berücksichtigung dieser Vorgaben neu ausgeführt werden muss". Dies ist mangels Befassung zu Vorstehendem ebenso wenig nachvollziehbar, wie die Befassung mit der Frage der üblichen Beschaffenheit einer Architektenleistung (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) in solchen Fällen. Meines Erachtens kann ein Bauherr erwarten, dass ein Architekt (aber auch eine sich selbst beplanende Baufirma) bei Bestandssanierungen auf die Regelungen der EnEV bzw. des GEG inklusive der Befreiungsmöglichkeit und der Bußgeldvorschrift hinweist und die Entscheidung des Bauherrn über sein Bauprojekt abwartet.7 Insofern würde meiner Meinung nach an dieser Stelle eher über eine in den redaktionellen Leitsätzen angegebene Beratungskomponente zu sprechen sein, als über einen Sachmangel (der geistigen<sup>8</sup> werkvertragsähnlichen<sup>9</sup> Architektenleistung). Zündstoff erlangt dieser Aspekt insofern, als das LG Flensburg an anderer Stelle feststellt, dass der Bauherr, eine vernünftige Motivation haben könne, nur das "technische Minimum" zu erhalten. Der Bauherr ist im vorliegenden Fall eine Wohnungseigentümergemeinschaft, die sich nach einer

Zeugenaussage immer für die günstigste Variante entschieden habe und daher für verbessernde Änderungen auch der streitgegenständlichen Entwässerung einen Betrag in Höhe von 25.000 € scheute, da diese technisch fachgerecht sei. Ob eine positive Beschlussfassung zu einer (seinerzeit) EnEV-gerechten Dachsanierung zu Mehrkosten von 40.000 € gefallen wäre, ist daher fraglich. Da das Gericht vor diesem Hintergrund den zweiten Teil der Zahlungsklage (Dachentwässerung) abwies, hätten diese Aspekte meiner Meinung nach auch zur Abweisung des ersten Teils in Betracht gezogen werden können.

### B. Beratung durch den Architekten, Haftungsgrund: Varianten einer Sanierung

Sachmangel, Beratungsfehler und Mängelrechte und Schadensersatz statt und neben der Leistung bilden im Architektenvertragsrecht eine skurrile Gemengelage. Obwohl sich die Architektenaufgaben in ihrem Kern in den letzten 100 Jahren nicht wesentlich verändert haben, 10 änderte sich die jahrzehntelange ständige Oberste Rechtsprechung von Dienstvertrag zu Werkvertrag 11 und seit 2018 kraft Überschrift im Gesetz (vor § 631 BGB) zum werkähnlichen Vertrag. Eigene für den Architekten- und Ingenieurvertrag spezielle

vertragsrecht ist der Vorrang der Nacherfüllung, der bei Architektenmängeln in der Regel ausscheidet. Zudem ist man nach wie vor in Versuchung geführt, die Preisberechnungsvorschriften der HOAI als Architektenvertragsrecht zweckentfremdend zur Leistungsbestimmung und Mangeldefinition heranzuziehen, zumindest was die normierten Leistungsbilder (Grundleistungen) betrifft. All dies zeigt auf, wie schwer sich die Rechtspraxis in Gesetzgebung und Anwendung darin tut, den alltäglichen Lebenssachverhalt der Architektentätigkeit zu erfassen und zu behandeln. Man kann dem LG Flensburg daher auch keinen Vorwurf darin machen, in einer Thematik einen technischen Sachmangel zu erkennen, wo man selbst allenfalls eine Pflichtverletzung anderer Art, ob Hauptleistungspflicht oder Nebenleistungspflicht oder Nebenpflicht erkennt. Zu der vorstehenden EnEV-Thematik<sup>12</sup> hat der Sachverständige des Gerichts wohl festgestellt, dass das Dach technisch mangelfrei (also dicht) war. Womöglich war es auch technisch bauphysikalisch mangelfrei, sodass sich kein Kondensat und Schimmel bildet. Indes hat der Dämmwert nicht den Tabellen der seinerzeitigen Verordnung der EnEV entsprochen. Ein solcher Dämmwert wäre bei einem (intaktem, also dichtem) Bestandsdach technisch zweifelsfrei ebenfalls mangelfrei. Dies führt für meiner Ansicht nach zu der unter A. vorstehenden Überlegung. Der erste Leitsatz der Redaktion betrifft die zweite Thematik der Klageforderung hinsichtlich der Entwässerung. Auch diese war als Altbestand technisch fachgerecht. obwohl ein niedriges Gefälle und eine innenliegende Entwässerung mit Nachteilen verbunden sind und heute bei einer Neukonstruktion nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen würden. Vor diesem Hintergrund erkennt das Landgericht auch keinen technischen Sachmangel der Architektenleistung darin, dass das Entwässerungskonzept so geblieben ist, wie es seit jeher im Altbestand war. Stattdessen erkennt das Gericht einen Sachmangel an der geistigen Architektenleistung darin, dass der Architekt nicht von sich aus eine anderweitige Ausführung als "Sanierungsalternative" vorgeschlagen hat. Zu einem Planungsauftrag zur Sanierung eines Bestandes gehört für das Gericht offenbar auch die Frage des auftragnehmenden Architekten an den Besteller bzw. das Infragestellen, ob er anstelle der Instandsetzung des Bestandes (Reparatur) ein geändertes neues Konzept wünsche. Das Unterbleiben dieser Frage bzw. dieser Infragestellung bewertet das Gericht als Sach-

Vorschriften zur Mangeldefinition und zu Mängelrechten hat der Gesetzgeber dabei nicht geschaffen. Oberster Grundsatz der Gewährleistungsrechte in Kauf- und Werk-



Energieeffizienz: Klimapolitisches Kernthema der 2020er Jahre, das immer auch im Zusammenhang mit den Themen Baukosten, Wirtschaftlichkeit sowie staatliche Förderung zu betrachten ist.

mangel. Es kommt zu dieser Auffassung in Anwendung des Leistungsbildes der Anlage zur HOAI und dort zur Leistungsphase 2 Vorplanung, wonach das HOAI-Honorar die Erarbeitung des Planungskonzepts einschließlich der Untersuchung von alternativen Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen mit zeichnerischer Darstellung erfasst. Es meint, diese Pflicht habe der Unternehmer verletzt, weswegen er dem Grunde nach Schadensersatz schulden würde, der im Ergebnis nur wegen fehlender Kausalität ausgeschlossen sei. Ziel der HOAI war nicht, Leistungspflichten als Haftungsgrundlagen zu definieren, sondern im Bereich der Vergütung zu regeln, dass die zur Ermittlung des Planungswunsches notwendigen Varianten nicht zusätzlich zu vergüten seien. Es sollten so Teilpauschalhonorare beziffert werden können, die einen typischen Arbeitsablauf einer Neubauerrichtung abbilden. Es handelt sich daher um die vergütungsrechtliche Behandlung des kommunikativen Prozesses, der insbesondere bei Neubauvorhaben notwendig ist. Dies wird im Urteil des Gerichts schadensrechtlich zweckentfremdet. Es drängt sich die Frage auf, ob man innerhalb eines Sanierungsauftrages bei einer Änderung der Bestandsentwässerung überhaupt von alternativen Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen sprechen kann. Diese Frage stellte sich das Gericht auch

und meint, der Bauherr habe unstreitig keine konkreten Vorgaben gemacht, weswegen dies nicht von vornherein ausgeschlossen werden könne. Unklarheiten hierzu würden eher zu einer Schlechtleistung aus dem Vergütungsbereich der Leistungsphase 1 passen, wonach die Aufgabenstellung zu klären wäre und über den gesamten Untersuchungsbedarf zu beraten wäre.13 Aber auch diese Überlegung ist verfehlt, indem sie versucht, den honorarrechtlichen Verordnungstext zum Schadensrecht heranzuziehen. Letztlich stützt sich das Gericht ohnehin auf eine Meinung des OLG Düsseldorf, wonach zusätzlich zum Aufzeigen von Varianten der Unternehmer eines Architektenvertrages auch Vor- und Nachteile erläutern müsse. Gegen eine solche Pflicht habe der Architekt verstoßen, was hingegen im Ergebnis mangels Kausalität ohne Sanktion oder sonstige Rechtsfolge blieb. Im Bereich dieser Gemengelage stellt sich immer wieder die Frage, wie tiefgreifend bei Architektenverträgen (§ 650p BGB) zur Reparatur oder Instandsetzung Hinweise erfolgen müssen zu anderweitigen Lösungsansätzen, kurzfristigen (Sanierungskosten) und längerfristigen (Instandhaltungskosten, Wartungsintervalle) wirtschaftlichen Auswirkungen oder energetischen Aspekten (s.o.). Die Rechtswissenschaft kann hierzu wohl nur an solch schwammige Aspekte wie "das Übliche" anknüpfen, wie zum

Beispiel bei einer Gattungsschuld (§ 243 BGB) oder der Beschaffenheit insoweit als sie nicht vereinbart ist (§ 633 Abs. 2 Satz 2 BGB). Beweisbeschlüsse allein zum Mikrokosmos, was üblich ist, sind selten. Zudem beantworten gerichtlich bestellte Sachverständige diese (Rechts-)Frage was geschuldet ist, häufig begleitend zu ihren eigentlichen Beweisfragen von sich aus. Man kann sich als Jurist in Fällen von Architektenverträgen zur Reparatur oder zur Sanierung vielleicht die Probe stellen, ob man von einem sich selbst beplanenden Bauunternehmer (§ 650a BGB) oder Werkunternehmer (§ 631 BGB) ähnlich weitgehende Transferleistungen zum Infragestellen des Bestandes erwarten würde. Hätte die Wohnungseigentümergemeinschaft anstelle des Architekten über ihre Hausverwaltung drei Dachdeckerangebote eingeholt, die ihrerseits womöglich unterschiedliche Lösungen im Detail kalkuliert haben, was mehr oder weniger aus den Angeboten erkennbar gewesen wäre, und hätte die Wohnungseigentümergemeinschaft dann über eines dieser Angebote den Beschluss zur Beauftragung gefasst, würde sie dann im Nachhinein denselben Rechtstreit gegen den Dachdecker geführt haben? Sicher wäre hier die Klage bereits an dem Prüfungspunkt einer Beratungspflichtverletzung gescheitert und über einen Sachmangel hätte man gar nicht erst nachgedacht, da das Bauergebnis ja technisch in Ordnung ist. Ob eine solche unterschiedliche Behandlung dem Architekten und der Wohnungseigentümerversammlung zu Beginn bewusst gewesen wäre, mag bezweifelt werden. Häufig regen Verwalter von Wohnungseigentum anstelle der Einholung von Handwerkerangeboten die Beauftragung von Architekten an, wenn sie den Verwaltungsaufwand zum Einholen von Angeboten aber auch die Bauüberwachung und (technische) Abnahmeempfehlung scheuen. Ein solcher Architekt wäre dann eher baukoordinierender Dienstleister als konzeptentwickelnder Varianten-Planer. In diesem Sinne müsste der Architekt im eigenen Interesse dann darauf achten, dass seine funktionale Ausschreibung dem Bauherrn nicht den Genuss des § 650c Abs. 1Satz 2 BGB zu Nichte macht.

### C. Kausalität: Keine "Vermutung beratungsgerechten Verhaltens"

Das Gericht geht davon aus, dass ein Architekt bei Sanierungen mögliche Varianten aufzeigen muss und die hiermit verbundenen Vor- und Nachteile erläutern muss. Dies mag man sprachlich als "Beratung" bezeichnen. Ein typischer Beratervertrag (Finanzberater, Steuerberater, Rechtsberater, etc.) ist der Architektenvertag deswegen noch lange nicht. Das Architektenvertragsrecht knüpft an den durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg

an (§ 631 Abs. 2 BGB) und/oder an dasjenige, was erforderlich ist, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen (§ 650p BGB). Die Tätigkeit, die man als Beratung bezeichnen möchte, ist in Wahrheit zu einem Großteil der Notwendigkeit geschuldet, dass das "Soll" eines Architektenvertrages vor Allem beim Neubau erst in mühsamer Abstimmungsarbeit im kommunikativen Wechselspiel zwischen Besteller und Unternehmer (=Architekt, § 650p) ermittelt werden muss. Beim Bauvertrag geht es um das "Bausoll" das - schwierig genug - meist durch Auslegung verschiedenster Vertragsdokumente und technischer Regelwerke (z.B. VOB/C) ermittelt werden muss. Ein "Architektenvertragssoll" kann zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses allenfalls dahingehend ermittelt werden, dass Inhalt dieses "Solls" ist, dass zum Ende des Planungsprozesses das gewünschte Bau(!)soll an die Baufirmen vermittelt werden kann und die Baukosten zutreffend prognostiziert sind.14 Vollkommen zu Recht arbeitet das Landgericht Flensburg daher sehr nachvollziehbar und deutlich heraus, dass die aus dem Bankrecht stammenden Grundsätze zu dort unterbliebenen Beratungen zu den (zumeist eigenen !) Finanzprodukten nicht übertragbar sind. Weder eine Beweislastumkehr noch ein Anscheinsbeweis kann daher im Architektenvertrag per se angenommen werden. Beweiserleichterungen könnten hier nur erfolgen, wenn ein spezifisches Verhalten nach einer hypothetischen Beratung ins Auge sticht. Dies ist der Fall, wenn vernünftigerweise nur eine Entscheidung in Betracht kommt. Hierfür müssten objektive Anhaltspunkte bestehen. Eine solche Konstellation ist im Bereich des kommunikativen Wechselspiels zur Ermittlung des Bauherrenwunsches nie zu erkennen. Eingangs habe ich die "Billiglösung" angesprochen, die es nicht vermag, ein bautechnisches Problem nachhaltig zu lösen. In diesen Fällen kann man von technischen Planungsfehlern sprechen, eines Beratungsfehlers bedarf es hierzu nicht. Ein solcher technischer Planungsfehler lag hier jedoch nicht vor. Die Frage nach einer günstigen Sanierung mit ggf. höheren Folgekosten bei Wartung und Instandsetzung kann man jedoch nicht sich aufdrängend nur in eine Richtung beantworten. Vor diesem Hintergrund hat das Gericht versucht, den konkreten Willen des Bauherrn zu ermitteln. Da es sich hierbei um eine Wohnungseigentümergemeinschaft handelt, die ihren Willen im Kollektivgremium der Versammlung der Wohnungseigentümer durch Beschlussfassung bildet, mag diese Ermittlung schwierig sein. Auch wenn die Beweisaufnahme fast den Negativbeweis geführt hat, hat das Gericht vollkommen zur Recht lediglich festgestellt, dass die

Klägerin den Beweis einer anderen Entscheidung nach hypothetischer Darstellung einer Dachentwässerungsalternative nicht geführt hat. Die Anwendung der Grundsätze der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens liegen noch ferner, als in der Ermittlung des Bauherrenwillens anhand von Varianten eine Beratung im echten Wortsinne erkennen zu wollen.

1 Das Wirtschaftsverwaltungsrecht ist ein Teilbereich des besonderen Verwaltungsrechts. Es umfasst diejenigen öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen, die staatliche Einheiten zur Einwirkung auf die Wirtschaft berechtigen oder verpflichten oder diese Einheiten zur Einwirkung, Überwachung usw. der Wirtschaft organisieren. [Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/Wirtschaftsverwaltungsrecht\_[Deutschland]).

Die Energieeinsparverordnung stellt ein wichtiges Instrument der deutschen Energie- und Klimaschutzpolitik dar. Die EnEV soll "dazu beitragen, dass die energiepolitischen Ziele der Bundesregierung, insbesondere ein nahezu klimaneutraler Gebäudebestand bis zum Jahr 2050, erreicht werden". (Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/Energieeinsparverordnung). Auch das Gebäudeenergiegesetz (GEG), dass die EnEV ablöste, verfolgt entsprechende Ziele.

2 Vgl. zB Rath FS Thode, S. 487 (491f) "Der Architekt schuldet das Entstehenlassen eines mangelfreien Bauwerks – Kritische Anmerkungen zu einer gängigen Behauptung Überlegungen zu einer Neubestimmung – S. 487-496.

3 So der Tatbestand des Urteils zum Inhalt des Architektenvertrages. Besteller war eine Wohnungseigentümergemeinschaft, die gemäß Tatbestand des Urteils einen Beschluss gefasst hatte "zur Durchführung von Sanierungsarbeiten Dachkonstruktion". Zu beiden Formulierungen, der wohnungseigentumsrechtlichen Beschlussfasung der Verwaltungsmaßnahme einerseits als auch der architektenvertragsrechtlichen Erfolgsdefinition andererseits stellt sich die Frage nach deren jeweiligen konkreten Inhalten und ob hierbei bereits kein inhaltlicher Gleichlauf vorliegt. Das Gericht brauchte sich hiermit offenbar nicht zu befassen.

4 "Verfahrensfrei sind (...) 11. folgende tragende und nichttragende Bauteile: (...) d. Bedachung einschließlich Maßnahmen der Wärmedämmung ausgenommen bei oberirdischen Gebäuden der Gebäudeklassen 4 und 5 sowie Hochhäusern".

5 Im vorliegenden Fall wohl: EnEV 2009.

6 Nach § 26 Abs. 2 EnEV sind auch die im Auftrag des Bauherrn bei der Änderung von Gebäuden Tätigen für die Einhaltung verantwortlich.

7 Ggf. wäre die Vereinbarung einer Freistellungsverpflichtung zu etwaigen den Architekten treffenden Bußgeldern, die aufgrund der Bauherrenentscheidung erlassen werden ratsam.

ratsam. 8 st. Rspr.

**9** Untertitel 2 zu Titel 9 der einzelnen Schuldverhältnisse im 2. Buch des BGB.

10 (auch wenn mit BIM und älteren computerbasierten Darstellungsmethoden in 2D und 3D und wachsenden Anforderungen an technische Ausrüstung Schnittstellen und Planungsaspekte doch vielseitiger geworden sind)

11 Vgl. hierzu R. Jochem, "Brauchen wir ein Planungsrecht für Architekten und Ingenieure?" in: Festschrift Koeble, S. 347 (349f).

12 Für das GEG würde sicher das Gleiches gelten.

13 Zur damaligen Zeit hieß in der HOAI 2009 jedoch noch "Beratung zum gesamten Leistungsbedarf" der Passus "und Untersuchungsbedarf" findet sich erst in der HOAI 2013

**14** Im vorliegenden Fall kam es aufgrund der Bestandsdachsanierung auf öffentliches Baugenehmigungsrecht nicht an.



Das übermächtige Deutsche Institut für Normung (DIN): In der Bauwirtschaft dürfte sein Einfluss größer sein als der des Bundestages.

### Anwendung von mittelbaren und unmittelbaren Herstellerrichtlinien

von RA Dr. Werner Amelsberg und RA Christoph Born, Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte, Staufen

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass Sachverständige bei einer Vielzahl von Regelwerken oder fast ohne detaillierte Regelwerke eine Entscheidung über die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und Baukunst treffen müssen. Dabei ist jeweils Vorsicht geboten. Häufig bieten verschiedene Kreise eigene technische Merkblätter, Richtlinien oder andere Regelwerke an. Beispielhaft sind hier nur die Regelungen der RAL Gütegemeinschaften oder des Bundesverbands Flachglas e.V. genannt. In einer solchen Konstellation müssen Sachverständige stets überprüfen, ob diese Richtlinien tatsächlich die allgemein anerkannten Regeln der Technik und Baukunst treffend wiedergeben.

### Nicht jedes geschriebene Regelwerk ist eine allgemein anerkannte Regel der Technik

Grundsätzlicher Ansatzpunkt ist dabei immer die Bestimmung der a.a.R.d.T.. Nach Auffassung des BVerwG sind darunter Prinzipien und Lösungen zu verstehen, die wissenschaftlich als richtig anerkannt seien und in der Praxis erprobt und bewährt seien. Weiterhin müssen sich die Prinzipien und Lösungen bei der Mehrheit von Praktikern durchgesetzt haben.<sup>1</sup>

Unrichtig ist dabei die landläufige Meinung, dass eine Kodifizierung von Regelwerken zugleich eine tatsächliche Vermutung für die Darstellung der a.a.R.d.T. in dem Regelwerk begründet. Diese Auffassung geht auf die zitierte Entscheidung des

BVerwG zurück. In dieser Entscheidung bezog sich das BVerwG allerdings explizit auf die in besonderen Verfahren erstellten DIN-Normen. Zu andere Regelwerke wurde darin keine Aussage getroffen.<sup>2</sup> Die Entscheidung beschränkt die tatsächliche Vermutung zu Recht auf die DIN-Normen. Zu Recht muss allerdings angemerkt werden, dass neben den DIN-Normen auch andere Regelwerke gleichrangig berücksichtigt werden können. Hier ist allerdings zu fordern, dass der Erstellungsprozess, dem der Normentstehung von DIN-Normen gleichwertig sein muss.

Herstellerrichtlinien sind davon jedoch nicht erfasst. Herstellerrichtlinien sind letztlich eine Art der Produktbeschreibung, die häufig eine Beschaffenheitsvereinba



Eine Glasfassade aus siebbedruckten Gläsern eines repräsentativen Firmensitzes weist selbst bei geringem Lichteinfall insbesondere im Konferenzraum trompetenförmige Schleierstellen auf. Aus Laiensicht eine klare Sache. Scheiben müssen transparent und schleierfrei sein. Anders sieht dies die Richtlinie zur Beurteilung der visuellen Qualität von emaillierten und siebbedruckten Gläsern (2002) des Bundesverbands Flachglas Großhandel, Isolierglasherstellung, Veredlung e.V. und des Fachverbands Konstruktiver Glasbau e. V. vor. Danach sind geringe Schleierbildungen hinzunehmen.

mente enthalten. Eine Herstellerrichtlinie kann daher die a.a.R.d.T. wiedergeben, dahinter zurückbleiben oder darüber hinausgehen.3 Aufgrund der Einseitigkeit des Erstellungsprozesses kommt diesen Richtlinien keine tatsächliche Vermutungswirkung für die Abbildung der a.a.R.d.T. zu.4 Die gegenteilige Auffassung des OLG Jena überzeugt nicht.5 Danach soll sich auch aus dem Verstoß gegen Herstellerrichtlinien in Abwesenheit sonstiger a.a.R.d.T. eine Vermutung für einen Mangel ergeben. Dies wird mit der tatsächlichen Risikoungewissheit begründet, weil Herstellervorgaben grundsätzlich einzuhalten seien. Zunächst überzeugt die Vermutung eines Mangels bereits systematisch nicht, weil die Frage der Mangelhaftigkeit von der technischen Frage zur Einhaltung der a.a.R.d.T. zu trennen ist.6 Die Entscheidung verkennt auch, dass Herstellerrichtlinien im Eigeninteresse des Herstellers auf das Absatzverhältnis gegenüber dem Auftragnehmer ausgelegt sind. Auf die Beziehung des Auftragnehmers zum Auftraggeber sind diese Regelungen nicht abgestimmt.7 Die teilweise Vertretene Auffassung, Herstellerrichtlinien seien nur bei fehlender DIN-Normung heranzuziehen, ist inkonsequent.8 Die fehlende Gleichwertigkeit der Herstellerrichtlinien mit technischen Regelwerken wird nämlich offen eingeräumt.9 Irgendwelche schriftlichen Regelwerke sind nicht besser als eine umfassende Darstellung des Standes der Technik durch den Sachverständigen. Die gegenteiligen Auffassungen setzen überdies einen Fehlanreiz hin zu immer mehr Herstellerrichtlinien. Der Hersteller kann durch solche Richtlinien die Haftung im eigenen Verhältnis vermeiden. Gleichzeitig erweist er dem Auftragnehmer einen Bärendienst.

rung oder haftungsbeschränkende Ele-

Darüber hinaus konterkariert die Annahme einer tatsächlichen Vermutung eines Mangels oder eines Verstoßes gegen die a.a.R.d.T. die grundsätzlichen beweisrechtlichen Wertungen des Werkrechts zur Mangelfreiheit. Sofern keine anerkannte Regel der Technik ermittelt werden kann und das Werk nicht aus sonstigen Gründen mangelhaft ist, ergeht eine Beweislastentscheidung.

#### Mittelbare Herstellerrichtlinien

Bestimmte Branchen gehen zur Vermeidung des Anscheins einer Herstellerrichtlinie noch einen Schritt weiter. Dort werden Herstellervereine als Herausgeber für Merkblätter, Richtlinien oder Regelwerke tätig. Zum Teil wurden die Vereine mit dem erklärten Zweck der Einflussnahme auf die technische Normung und die Interessenswahrnehmung gegründet. Dabei geben die Vereine selbst intern offen zu, dass eine entsprechende Neutralität dort zur Einflussnahme genutzt werden soll, wo eine Tätigkeit der Hersteller selbst nicht auf gleiche Weise möglich sei. Derartige Versuche können professionell orchestriert sein. In der Sache unterscheiden sich diese Veröffentlichungen regelmäßig nicht von Herstellerrichtlinien. Für den Sachverständigen sind derartige Regelwerke allerdings noch schwieriger zu erkennen. Hier hilft häufig nur eine Recherche über die Herausgeber der Regelwerke.

### Feststellung der a.a.R.d.T. ohne Regelwerk

Besteht keine tatsächliche Vermutung für die Beschreibung der a.a.R.d.T. durch ein Regelwerk, sind die ungeschriebenen a.a.R.d.T. zu untersuchen. 10 Als Methoden zur Bestimmung der ungeschriebenen a.a.R.d.T. ist insbesondere die Auseinandersetzung mit der Fachliteratur geboten. 11 Ebenso wurde die Übertragung der Regeln der Technik aus anderen verwandten Bereichen erwogen. 12 Gleichzeitig können selbstverständlich auch praktische Erfahrungen und Erfahrungen anderer Sachverständiger verwertet werden. 13

### Abgleich der ermittelten a.a.R.d.T. mit den bestehenden Herstellerrichtlinien

Bleibt eine Herstellerrichtlinie hinter den anerkannten Regeln der Technik zurück, ist diese für den Sachverständigen grundsätzlich nicht mehr beachtlich.<sup>14</sup> Die Herstellerrichtlinien sind nur noch relevant, wenn die Einhaltung dieser Richtlinie ausdrücklich zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber vereinbart worden ist. Es besteht im Übrigen keine Vermutung, dass die Ein-

haltung von Herstellerangaben (auch nicht stillschweigend) beauftragt worden ist.15 Eine hinter den a.a.R.d.T. zurückbleibende Beschaffenheit möchte der Auftraggeber nämlich in der Regel nicht vereinbaren. Entsprechend sind für die Wirksamkeit derartiger Beschaffenheitsvereinbarungen auch umfangreiche Aufklärungspflichten einzuhalten. Rechtlich schließt sich in einem solchen Fall die Frage an, ob die Regelungen aus der Herstellerrichtlinie tatsächlich Beschaffenheitsvereinbarungen oder doch eher unwirksame Haftungsausschlüsse darstellen. Dies ist allerdings für die Begutachtung des Sachverständigen unbeachtlich.

Sofern die Herstellerrichtlinien über die Anforderungen der anerkannten Regeln der Technik hinausgehen, sind diese Vorgaben nur bei einer Beschaffenheitsvereinbarung oder für einen vertraglich vorausgesetzten Verwendungszweck beachtlich.<sup>17</sup>

FAZIT: Es existiert eine Vielzahl technischer Regelwerke. Die Ermittlung der anerkannten Regeln der Technik kann dabei durchaus Probleme bereiten. Abzuraten ist in jedem Fall davon, alle schriftlichen Regelwerke kritiklos mit den a.a.R.d.T. gleichzusetzen. Gerade Herstellerrichtlinien geben dabei häufig keine umfassende Darstellung der anerkannten Regeln der Technik wieder, weil diese auf das Absatzverhältnis zwischen Hersteller und Auftragnehmer und nicht auf das meist entscheidungsrelevante Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ausgelegt sind.

- **1** BVerwG, Beschluss vom 30.09.1996 4 B 175/96, NVwZ-RR 1997, 214
- **2** BVerwG, Beschluss vom 30.09.1996 4 B 175/96, NVwZ-RR 1997. 214
- 3 Völkel, IBR 2009, 134
- 4 Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil
- Rn. 26; Vygen/Joussen, BauvertragsR, Rn. 1264 f.; Manteufel, in: Kniffka, VOB, Teil B  $\S$  13
- Rn. 82; Langen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil B & 13 Rn. 49
- **5** OLG Jena, Urteil vom 27.07.2006 1 U 897/04, BauR 2009,
- 6 Seibel, BauR 2012, 1025 ff.
- 7 BGH, Urteil vom 21.04.2011 VII ZR 130/10, NJW-RR 2011, 1240
- 8 Seibel, BauR 2012, 1025 ff.
- 9 Crombach, MDR 2006, 728, 729
- 10 BGH, Urteil vom 21.11.2013 VII ZR 275/12, NJW 2014, 620
- **11** OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.12.1982 21 U 116/82, BauR 1984, 178
- 12 BGH, Urteil vom 21.11.2013 VII ZR 275/12, NJW 2014, 620
- 13 Seibel, in: Staudt/Seibel, Handbuch für den Bausachverständigen, 3. Aufl. 2014, 14. Kap.
- 14 Seibel, BauR 2012, 1025 ff.
- **15** OLG Jena, Urteil vom 27.07.2006 1 U 897/04, BauR 2009. 669
- **16** BGH, Urteil vom 4.6.2009 VII ZR 54/07, MittBayNot 2009 460
- **17** BGH, Urteil vom 21.11.2013 VII ZR 275/12, NJW 2014, 620; Manteufel, in: Kniffka, VOB, Teil B § 13 Rn. 82 f.



Dr. Werner Amelsberg ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.



Christoph Born ist Rechtsanwalt.

# Die Überwachungspflichten des Architekten

von RAin Natalie Hahn, DEUBNER & KIRCHBERG Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Karlsruhe

Die Objektüberwachung ist eine der haftungsträchtigsten Tätigkeiten eines Architekten. Zu beinahe jedem Gewerk findet sich Rechtsprechung, die sich mit den Überwachungspflichten des Architekten und dessen Haftung beschäftigen. Eine aktuell in Fachmedien präsente Entscheidung hat den Inhalt, dass sich die Überwachungspflicht des Architekten sogar auf die Überwachungstätigkeit anderer Sonderfachleute erstreckt.1 Den vielfach verbreiteten Eindruck, dass die Überwachungspflichten des Architekten maßlos überdehnt werden, mag das ggfs. noch schüren. Demgegenüber verifiziert ein näherer Blick auf die Überwachungspflichten eines Architekten zwar ein hohes Haftungspotential, zeigt aber auch, dass die Materie etwas diffiziler ist als die Mär vom stets haftenden Architekten glauben macht. Nachfolgend wird aufgezeigt, wann der Architekt in welchem Umfang eine Bauüberwachung zu erbringen hat, unter welchen Voraussetzungen er bei Fehlern haftet und welche Verjährungsregelungen gelten.

### Wann schuldet der Architekt die Überwachung?

Der Architekt schuldet die Objektüberwachung, wenn er mit ihr beauftragt ist. Das kann z.B. in Verbindung mit einer Vollarchitektur, der Beauftragung eines Leistungsphasen-Pakets (z.B. LP 5 bis LP 8) oder auch komplett isoliert geschehen. Maßgeblich für die Bauüberwachungspflicht des Architekten ist allein der mit ihm vereinbarte Beauftragungsumfang. So

schmälert es die Bauüberwachungspflicht des Architekten nicht etwa, wenn die Objektüberwachung neben ihm auch noch weiteren Baubeteiligten (z.B. dem Generalunternehmer) übertragen ist.2

Was genau der Architekt zu tun hat,

wenn er die Objektüberwachung schuldet, wird regelmäßig nicht näher zwischen Bauherrn und Architekt besprochen. Gibt es einen schriftlichen Architektenvertrag, findet sich dort in der Regel ebenfalls keine nähere Leistungsbeschreibung der Überwachung und auch der HOAI-Grundleistungskatalog zur Leistungsphase 8 liefert keine Auslegungshilfe dazu, wie eine Objektüberwachung konkret zu praktizieren ist. Dass sich Umfang und Ausgestaltung der Objektüberwachung aber nicht etwa von selbst verstehen, zeigt die Fülle an Rechtsprechung. Im Duden wird "überwachen" definiert als "beobachtend und kontrollierend für den richtigen Ablauf einer Sache sorgen; darauf achten, dass in einem bestimmten Bereich alles mit rechten Dingen zugeht" (www.duden.de). Davon wird auf der Baustelle insbesondere dann ausgegangen, wenn das Bauwerk mit den Planunterlagen übereinstimmt und keine Mängel aufweist. Der BGH hat es wie folgt präzisiert: "Wer vertraglich die Bauaufsicht übernimmt, hat schon während der Ausführung dafür zu sorgen, dass der Bau plangerecht und frei von Mängeln errichtet wird".3

### Mangelvermeidung als oberste Pflicht Die oberste Pflicht des überwachenden

Architekten besteht mithin darin, bereits die Entstehung des Mangels zu verhindern

und dafür zu sorgen, dass das Bauwerk in Übereinstimmung mit den geschlossenen Verträgen, der Planung und den öffentlichrechtlichen Vorgaben errichtet wird.4 Dafür gilt es für den überwachenden Architekten umfassend an den unterschiedlichsten Keimpunkten eines möglichen Mangels anzusetzen: bei der Planung, der Ausführung und dem sonstigen Agieren der Baubetei-

### Überwachung der Planung

Zwar hat der bauüberwachende Architekt grundsätzlich keine planende Funktion, er hat aber gleichwohl in zumutbarem Rahmen zu prüfen, inwieweit ggfs. durch die vorhandene Objekt- und Fachplanung schon Defizite angelegt sind, die in Mängel münden können. Er hat die Planungsunterlagen auf ihre tatsächliche Richtigkeit, das heißt dahingehend zu prüfen, ob sie geeignet sind, ein funktionsfähiges Bauwerk entstehen zu lassen.5 Ob die jeweilige Planung vom bauüberwachenden Architekten selbst oder einem Dritten stammt, spielt insoweit eine Rolle, dass die Anforderungen an die Überwachungspflichten sogar in besonderem Maße gelten, wenn die Pläne nicht vom bauüberwachenden Architekten stammen.6 Dabei ist allerdings im Einzelfall zu berücksichtigen, um welche Art von Planung es sich handelt. Denn eine Pflicht zur Überprüfung der Planung anderer Beteiligter wird regelmäßig nur in der Tiefe angenommen, in der der betroffene Fachbereich dem allgemeinen Wissensstand des Architekten zugeordnet werden kann und es sich



um offensichtliche Fehler handelt, die für ihn als Architekt auch ohne Spezialkenntnisse erkennbar sind.7 Ganz grundsätzlich hat der Architekt über die Kenntnisse zu verfügen, die es zur Durchführung seiner Aufgaben bedarf. Er kann sich z.B. nicht damit entlasten, dass ihm im Rahmen seines Architekturstudiums die notwendigen Kenntnisse nicht vermittelt worden seien.8

Stellt sich heraus, dass die Planung nicht funktionieren kann, so hat der Architekt dies dem Bauherrn mitzuteilen und dafür zu sorgen, dass sich die Planungsdefizite nicht im Bauwerk verwirklichen.9 Entsprechendes gilt, wenn er Unstimmigkeiten zwischen der ihm vorgelegten Architektenplanung und den Bauunternehmerverträgen entdeckt.10

### Überwachung der Bauausführung

Was die Bauausführung betrifft, so hat sich der Architekt nicht zwingend permanent auf der Baustelle aufzuhalten. Er muss die Arbeiten aber in angemessener und zumutbarer Weise überwachen und sich durch häufige Kontrollen vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt wer-

Seine Überwachungspflicht erstreckt sich dabei grundsätzlich auf die gesamte

Bauausführung, insbesondere auch dann, wenn es sich um Eigenleistungen des Bauherrn handelt.12 Wie jeder andere Baubeteiligte muss auch der Bauherr bei wichtigen und kritischen Eigenleistungen intensiv überwacht werden. Entsprechendes gilt, wenn der Bauherr die ausgeschriebenen Arbeiten selbst vergeben hat; auch dann sind die Sorgfaltspflichten des überwachenden Architekten keineswegs gemindert, sondern bestehen sogar in erhöhtem Maße.13 Das trifft auch und gerade dann zu, wenn der Bauherr bei der Beauftragung des ausführenden Unternehmers eine schlechte Wahl getroffen hat. Bei schlechten Unternehmern ist der Architekt umso mehr gehalten, diese besonders achtsam zu überwachen und durch Aufklärung des Bauherrn dafür zu sorgen, dass etwaigen Missständen abgeholfen wird.14

Die Bauüberwachung hat der Architekt grundsätzlich vor Ort vorzunehmen. Nicht ausreichend ist, dass er die jeweiligen Arbeiten nach deren Ausführung prüft. Denn er schuldet keine nachträgliche Prüfung, sondern - früher ansetzend - die Überwachung.15 Nur dann, wenn es sich um untergeordnete, routinehafte Tätigkeiten ohne besonderes Gefährdungspotential handelt und sich der Architekt darauf ver-

lassen kann, dass sie mängelfrei durchgeführt wird, muss er keine Bauüberwachung vor Ort durchführen und kann sich darauf beschränken, deren ordnungsgemäße Ausführung hinterher zu überprüfen.16 In der Rechtsprechung wird dies regelmäßig für sog. handwerkliche Selbstverständlichkeiten angenommen, worunter allgemein gängige und einfache Bauarbeiten verstanden werden, deren Beherrschung durch den jeweiligen Unternehmer vorausgesetzt werden kann.<sup>17</sup> Das können je nach Einzelfall z.B. Gewerke wie Malerarbeiten, übliche Putzarbeiten, unkomplizierte Holzarbeiten oder einfache Erdarbeiten sein.

Den Gegenpol zu handwerklichen Selbstverständlichkeiten bilden schwierige oder gefahrträchtige Arbeiten, von denen ein hohes Mängelrisiko ausgeht und für die in der Rechtsprechung deshalb gesteigerte Überwachungspflichten mit erhöhter Aufmerksamkeit festgehalten werden. Das betrifft regelmäßig Abdichtungsarbeiten, Dämmungs- und Dachdeckerarbeiten, Betonierungs- und Bewehrungsarbeiten, Sanierungsarbeiten an Altbauten, die Ausführung von Glasfassadenkonstruktionen usw.

Dazwischen liegen Tätigkeiten, bei denen es ausreicht, vor Beginn der Arbeiten in diese einzuweisen, eine stichprobenhafte

74 BAURECHT AKTUELL AUSGABE 2021 BAURECHT AKTUELL AUSGABE 2021 75 Überprüfung und eine Endkontrolle durchzuführen.<sup>19</sup> Fortwährend hat sich der Architekt allerdings durch Baustellenbesuche ein zuverlässiges Bild vom Baufortschritt zu machen und sich zu vergewissern, dass die planerischen Vorgaben umgesetzt werden und seinen Weisungen nachgekommen wird.20 Demgegenüber wird die häufige Praxis, Stichproben nach festen Stichtagen durchzuführen, ohne Rücksicht auf die spezielle Bauphase zu nehmen, der Aufgabe des überwachenden Architekten nicht gerecht.21

Die Bauüberwachungspflicht tritt (nur) im Einzelfall gegenüber einem besonders fachkundigen Unternehmer hinsichtlich dessen Spezialkenntnisse, die der Architekt nicht haben muss, zurück. Auch dann bleibt der Architekt allerdings zur Überwachung der Leistungsausführung verpflichtet, es wird ihm aber z.B. keine tiefergehende Überprüfung abverlangt, ob ein Spezialunternehmen die eigenverantwortlich durchzuführenden Untersuchungen von Bodenproben korrekt durchführt.<sup>22</sup>

In der Gesamtschau wird die konkret erforderliche Intensität der Überwachung durch viele Parameter bestimmt. Der Architekt hat sich immer auf den konkreten Bauablauf einzustellen und die Überwachung so auszuführen, wie es die konkrete Konstellation, die technischen Anforderungen der einzelnen Gewerke, die Verlässlichkeit der Baubeteiligten etc. gebieten. Auch wenn sich aus der Rechtsprechung zu bestimmten Gewerken gewisse Tendenzen zum Umfang der Überwachungspflichten ableiten lassen, so können diese für den konkreten Einzelfall immer nur als Orientierungswerte herangezogen werden. Eine allgemeingültige trennscharfe Definition der Überwachungspflicht nach Gewerken ist nicht möglich.

### Überwachung des Agierens der Baubeteiligten

Neben der Planung und der Bauausführung erstreckt sich die Überwachungspflicht des Architekten auch auf andere Projektbeteiligte und Abläufe. Denn mit der Bauüberwachungspflicht geht regelmäßig die Verpflichtung des Architekten einher, das

Agieren aller am Bau beteiligter Fachingenieure zu koordinieren. Unter dieser Koordinierungsstätigkeit ist eine ordnende, den planungs- und termingerechten Ablauf aller Leistungsbereiche überwachende Tätigkeit zu verstehen.23 Dazu gehört insbesondere, dafür Sorge zu tragen, dass die Handwerker durch dafür zuständige Sonderfachleute überwacht werden und die handwerkliche Leistung eine technische Überprüfung erfährt. Der Umstand, dass spezielle Sonderfachleute die Handwerker zu überwachen haben, entlastet den überwachenden Architekten nicht.24 Vielmehr geht die Objektüberwachungspflicht, wie jüngst das OLG Hamm festgehalten hat, so weit, dass der Architekt nachzuprüfen hat, ob der Fachplaner den seinerseits bestehenden Pflichten zur Bauüberwachung nachkommt.25 Ferner hat der Architekt im Rahmen der geschuldeten Objektüberwachung auch darauf zu achten, dass niemand auf der Baustelle zu Schaden kommt und er nicht etwa wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten haftbar gemacht wird.<sup>26</sup>

In letzter Konsequenz hat der überwachende Architekt, überspitzt gesagt, auch sich selbst bei seiner Überwachung zu überwachen. Führt er seine Überwachungstätigkeit jedenfalls unzureichend aus, so hat er den Bauherrn darauf hinzuweisen. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Architekt bei anspruchsvollen Trockenbauarbeiten nur Stichproben gemacht hat, obwohl er die Bedeutung der Arbeiten kennt und ihm bewusst gewesen sein muss, dass seine Stichproben-Kontrollen nicht ausreichend waren, um Mängel frühzeitig zu erkennen.27

### Haftung

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch gegen den überwachenden Architekten ist a) ein vom ihm zu vertretender Überwachungsfehler, der b) zu einem kausalen Schaden geführt hat (§§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB). Ein Überwachungsfehler liegt vor, wenn der Architekt die ihm im Einzelfall obliegende Aufgabe, die Arbeiten der Bauunternehmer und der übrigen am Bau Beteiligten so zu leiten und zu überwachen, dass das Bauwerk plangerecht und

mängelfrei erstellt wird, verletzt hat.28 Dabei kann nach Art, Schwere und Erkennbarkeit des betreffenden Mangels ein Anscheinsbeweis dafürsprechen, dass die Überwachung durch den Architekten mangelhaft gewesen ist. In diesem Sinne hat das OLG Saarbrücken konstatiert, dass grobe Mängel bei kritischen Arbeiten den Anschein einer Pflichtverletzung des bauüberwachenden Architekten begründen.<sup>29</sup> Der Architekt hat dann die Möglichkeit, den Anschein seiner Mangelverantwortlichkeit zu erschüttern, indem er z.B. dartut, dass er hinreichende Überwachungsleistungen erbracht hat.30 Dabei kann insbesondere eine ordentlich geführtes Bautagebuch oder eine sonstige Dokumentation eine Unterstützung darstellen. Der Architekt kann ferner eine Haftungsentlastung erreichen, indem er sich ggfs. auf die fehlende Ursächlichkeit seines Überwachungsfehler für den betreffenden Schaden beruft und darlegt, dass dieser auch bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung entstanden wäre.31 Es entlastet den Architekten aber z.B. nicht, wenn er argumentiert, er habe die Bauüberwachung lediglich unentgeltlich als Freundschaftsdienst für den Bauherrn übernommen.32 Entsprechendes gilt, wenn sich der Architekt - ohne dass er dazu beauftragt ist - in die Rolle des "faktischen Bauüberwachers" begeben hat, indem er entsprechende Anweisungen erteilt und wie ein bauüberwachender Architekt in das Baugeschehen

Auch wenn diese Haftung streng anmutet, ist es gleichwohl nicht so, dass der überwachende Architekt automatisch stets für sämtliche Mängel des Bauwerks einstehen muss, sondern nur für solche, die durch eine fehlerhafte Bauüberwachung verursacht sind.33 Dem Umstand, dass er das Gesamtbauwerk zusammen mit anderen Baubeteiligten schuldet, wird auf der Haftungsebene durch eine gesamtschuldnerische Haftung - regelmäßig mit dem bauausführenden Unternehmen - Rechnung getragen. Seit dem 01.01.2018 ist in diesem Zusammenhang § 650t BGB zu beachten, der die Wahlfreiheit des Bauherrn bei der Inanspruchnahme seiner Gesamtschuldner einschränkt. Um gegenüber dem Architekten eine schadensersatzrechtliche Inanspruchnahme durchsetzen zu können, hat sich der Bauherr zunächst an den ausführenden Unternehmer zu halten und eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen.

Eine vielfache Fehlvorstellung auf Bau-

herrenseite besteht darin, dass davon ausgegangen wird, dem Architekten könne - direkt und unabhängig davon, ob Mängel vorliegen - die Vergütung gekürzt werden, wenn er die Bauüberwachung nicht in ausreichender Taktung und Intensität durchgeführt hat. Das trifft gerade nicht zu. Der Vergütungsanspruch bleibt von einer zu selten ausgefallenen Bauüberwachung grundsätzlich erst einmal unberührt. Das ist darauf zurück zu führen, dass der vom Architekten geschuldete Werkerfolg in der mangelfreien Errichtung des Bauwerks liegt und gerade nicht in den dorthin führenden Einzeltätigkeiten. Dementsprechend ist der Honoraranspruch des Architekten objekt- und nicht tätigkeitsbezogen.34 Wenn und soweit Architektenleistungen teilweise nicht erbracht werden, entfällt der Honoraranspruch des Architekten (im Ergebnis) ganz oder teilweise ausschließlich dann, wenn dem ein Tatbestand des Allgemeinen Leistungsstörungsrecht entgegengehalten werden kann.35

### Verjährung

Die Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Bauüberwachungsfehlern beträgt gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB fünf Jahre und beginnt mit der Abnahme. Ist dem Architekten vorzuwerfen, dass er dem Bauherrn nicht mitgeteilt hat, dass er überwachungspflichtige Leistungen vertragswidrig nicht kontrolliert hat, kann eine Arglisthaftung in Betracht kommen, die im Einzelfall zu einem späteren Verjährungseintritt führen kann, weil die dafür einschlägige (dreijährige) Verjährungsfrist eine Kenntnis des Bauherrn insbesondere bzgl. der Arglistumstände voraussetzt. Daneben ist verjährungstechnisch die sog. Sekundärhaftung des Architekten zu erwähnen: versäumt es der Architekt, auf eigene Planungs- oder Überwachungsfehler hinzuweisen und verjähren deshalb (eigentlich) die Schadensersatzansprüche gegen ihn,

hat die Rechtsprechung einen eigenständigen Schadensersatzanspruch des Bauherrn herausgebildet, der darauf gerichtet ist, den Bauherrn so zu stellen als sei keine Verjährung eingetreten.36 Mögliche Ansprüche des Bauherrn gegen den Architekten wegen dieser sogenannten Sekundärhaftung verjähren in der dreijährigen Regelverjährungsfrist des § 195 BGB und können ebenfalls zu einer weitreichenden "Verlängerung" führen, weil der Fristbeginn wiederum Kenntnis des Bauherrn von den Versäumnissen des Architekten voraus-

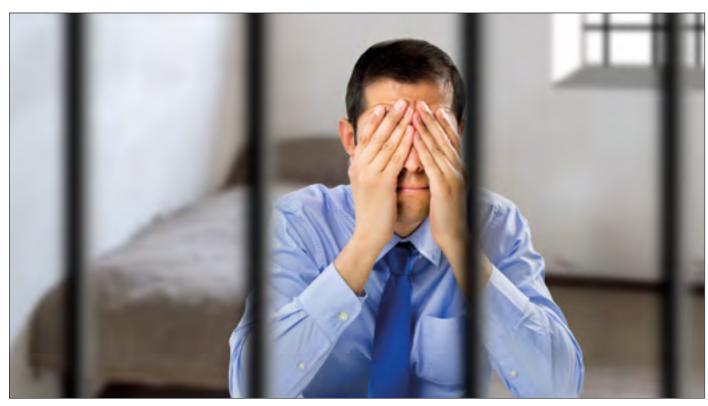
FAZIT: In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass bei Architekten Fehlvorstellungen dazu existieren, wo die Rechtsprechung sie in welchem Ausmaß haftbar macht. Die Schwierigkeit bei der Bauüberwachung liegt für den Architekten vor allem darin, in den zahlreichen Einzelfallsituationen des Bauablaufs abzuschätzen, welche Überwachungsintensität jeweils erforderlich ist. Ob dem hohen Haftungspotential der Bauüberwachung immer ein ausreichend bemessenes Honorar gegenübersteht, sei einmal dahingestellt. Nachdem die HOAI 2021 für die Vergütungshöhe nur noch Orientierungswerte (statt des vorherigen zwingenden Preisrahmens) bereithält, sollte der überwachende Architekt im Wege der Vertragsverhandlungen jedenfalls wachsam sein, dass sein Honorar an dieser haftungsträchtigen Stelle (gegenüber den früheren Mindestsätzen) nicht etwa noch eine Kürzung erfährt.

- 1 OLG Hamm, Beschluss vom 16.03.2021 24 U 101/20
- 2 OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.01.2004 7 U 440/03-89
- 3 BGH, Urteil vom 06.07.2000 VII 7R 82/98
- 4 Zahn, in: Prof. Dr. Rolf Kniffka, Kommentar Bauvertrags recht 2021, § 650p Rn. 176, 180
- 5 OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.08.2003 17 U 188/02
- 6 BGH, Urteil vom 06.07.2000 VII ZR 82/98
- 7 OLG Köln, Beschluss vom 17.06.2020 19 U 223/19
- 8 BGH, Urteil vom 10.07.2003 VII ZR 329/02
- 9 Zahn a.a.O., Rn. 178
- **10** BGH, Urteil vom 11.03.1999 VII ZR 465/97
- 11 BGH, Urteil vom 15.06.1978 VII ZR 15/78: BGH, Urteil vom 10 02 1994 - VII 7R 20/93
- 12 OLG Hamm, Urteil vom 11.02.1998 12 U 4/97
- 13 BGH, Urteil vom 09.11.2000 VII ZR 362/99
- 14 BGH, Urteil vom 10.03.1977 VII ZR 278/75
- 15 Zahn a.a.O.
- 16 OLG Frankfurt. Urteil vom 27.11.2013 23 U 203/12
- 17 OLG Saarbrücken, Urteil vom 24.06.2003 7 U 930/01
- 18 BGH, Urteil vom 10.03.1977 VII ZR 278/75
- 19 OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.11.2012 I-23 U 156/11
- 20 BGH NJW 2001, 965
- 21 BGH, Urteil vom 09.11.2000 VII ZR 362/99
- **22** OLG Schleswig, Urteil vom 10.10.2014 1 U 88/11
- 23 vgl. OLG Düsseldorf, und vom 17. 11.2011 I-5 U 8/11
- 24 OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.11.2011 5 U 8/11
- 25 OLG Hamm, Beschluss vom 16 03 2021 24 U 101/20
- 26 BGH. Urteil vom 13.03.2007 VI ZR 178/05
- 27 OLG München, Urteil vom 31.07.2015 13 U 1818/13 Bau 28 val. BGH. Urteil vom 22. Oktober 1981 - 24 U 101/20
- 29 OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.12.2006 8 U 274/01
- 30 OLG Köln, Beschluss vom 20 01 2014 11 U 116/13
- 31 OLG Rostock, Urteil vom 27.09.2005 4 U 82/03
- **32** OLG Celle, Urteil vom 19.06.2001 16 U 260/00
- 33 so schon BGH, Urteil vom 22.10.1981 VII ZR 310/79
- 34 (BGH, Urteil vom 11.03.1982 VII ZR 128/81
- 35 OLG Hamm. Urteil vom 28.01.2021 21 U 68/14
- 36 BGH. Urteil vom 26.10.2006 VII ZR 133/04: BGH. Urteil vom 16.03.1978 - VII ZR 145/76



Natalie Hahn ist Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

76 BAURECHT AKTUELL AUSGABE 2021 BAURECHT AKTUELL AUSGABE 2021 77



Schützt Unwissenheit vor Strafe? Diese Frage könnten sich in Zukunft viele Bauleiter stellen.

# "Bauaushubüberwachung" und "Baggerwache": der sichere Weg in die JVA!

von RA Dr. iur. Florian Englert, prof englert + partner Rechtsanwälte PartGmbB, Schrobenhausen

### I. Einführung – Orientierung

Das Thema "Kampfmittel" ist mittlerweile im Bewusstsein der Baubranche angekommen. Es gibt technische Regelwerke und sehr viele Erkenntnisse. Gesichertes Wissen ist, dass auch nach über 74 Jahren das Thema und die Kampfmittel selbst immer noch explosiv und hochgefährlich sind. Methoden der Sondierung werden immer besser, scheitern aber am Medium "Baugrund", welches sich eben trotz aller Technik nicht 100%ig beherrschen und durchdringen lässt: "Vor der Hacke ist es dunkel" hat nach wie vor seine Gültigkeit und hieran wird sich auch so schnell nichts ändern.

Seit 2012 ist die ATV DIN 18323 "Kampfmittelräumarbeiten" in der VOB/C zu finden, in den allgemeinen Normen zum Thema Erdbau findet sich auch der Hinweis an den Auftraggeber in Abschnitt 0.1.18., dass die Kampfmittelfreiheit bescheinigt werden muss, und zwar von der jeweilig zuständigen Institution (je nach Bundesland).

Über die Methoden der Kampfmittelräumung an sich gibt es durch die Baufachlichen Richtlinien Kampfmittelräumung (BFR KMR) eine detaillierte Handlungsanweisung unter Benennung der allgemein anerkannten Methoden und notwendigen Maßnahmen der Kampfmittelräumung. Hier ist im Zusammenhang mit der Bau-

begleitenden Kampfmittelräumung der Abschnitt A-9.4.3 (S. 523) mit seinen allgemeinen Verfahrensgrundsätzen zu beachten. Die wohl wichtigste lautet: "Der Verantwortlichen Person obliegt bei allen Eingriffen in den kampfmittelverdächtigen Untergrund die verantwortliche Steuerung und Koordination (Weisungsbefugnis nach SprengG)".

Verwunderlich ist aber, dass es immer noch private Auftraggeber und Behörden (!) als Auftraggeber gibt, die angesichts dieser Erkenntnisse immer noch nach einer "Bauaushubüberwachung" verlangen<sup>1</sup>.

Zur Klarstellung: Die Bauaushubüberwachung verlangt hierbei, dass eine Verant-

wortliche Person und Befähigungsscheininhaber (§§ 19 Abs. 1 Nr. 3, 20 SprengG) neben der Baggerschaufel steht ("Baggerwache"), und eventuell aufgenommene Kampfmittel "entdeckt" um dann sogleich die nötigen Maßnahmen zu ergreifen. Es werden keine Vorgaben zu den Schurfen seitens der Verantwortlichen Person gemacht.

Hierbei wird in den - meist an den Erdbauunternehmer gerichteten - Ausschreibungen meist keine Differenzierung bei der Aushubleistung gemacht. Der Kampfmittelräumer ist sogar zusätzlich einzukalkulieren und hat den gelösten Aushub zu überwachen und nicht - wie bei der "Baubegleitenden Kampfmittelräumung"<sup>2</sup> - die Aushubarbeiten, da hier die Tiefe der einzelnen Schurfe durch die Verantwortliche Person je nach Sondierbarkeit oder sonstigen Umständen vorgegeben werden. Im Falle der Bauaushubüberwachung ist der Kampfmittelräumer "schmückendes Beiwerk", bei der baubegleitenden Kampfmittelräumung gibt er den Ton an und bestimmt die Abläufe auf der Räumstelle. Oder anders formuliert: im ersten Fall gibt zuerst die Erdbaufirma die Geschwindigkeit des Aushubs vor, im letzteren die Verantwortliche Person. Technisch gesehen ist es bei der Bauaushubüberwachung oder Baggerwache unmöglich vorauszuahnen, wann und wie ein Kampfmittel in der Baggerschaufel angetroffen wird. Die Gefahr, dass die Baggerschaufel den Zünder berührt ist hierbei immer gegeben, was es zu einer Art "russisch Roulette" für alle Beteiligten macht. Man stelle sich den psychischen Druck des Fachkundigen, welcher neben der Schaufel positioniert wird, vor.

### II. Rechtliche Bewertung

Vorweg: wenn diese Methode also schon technisch keine Stütze in den allgemein anerkannten Regeln der Technik findet, so kann diese auch nicht in der juristischen Untersuchung gefunden werden.

### 1. Geschützte Rechtsgüter

Die Schutzgüter, welche unser Grundgesetz schützt, sind vielfältig. Der Schutz ist auch nicht immer gleich stark ausgebildet. Ein absolutes Schutzgut ist jedoch das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Menschen, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Damit ist es dem Staat vorgeschrieben, diese Grundrechte zu achten und zu schützen, was in der Regel durch Gesetze zu geschehen hat.

In der Kampfmittelräumung sind genau diese Rechtsgüter gefährdet, was allgemein bekannt ist und von Auftraggebern billigend in Kauf genommen wird.

### Schutz der Rechtsgüter: ArbSchG, BaustellenVO und SprengG

Der Staat hat daher auch eine Reihe von Schutzgesetzen geschaffen, die es ermöglichen, den Bürger vor Beeinträchtigungen dieser Grundrechte zu schützen. So schreibt z.B. § 4 Arbeitsschutzgesetz vor:

"Der Arbeitgeber hat bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes von folgenden allgemeinen Grundsätzen auszugehen:

1. Die Arbeit ist so zu gestalten, daß eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und die psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird; ..."

Die Norm richtet sich hierbei an den Arbeitgeber. Man beachte auch, dass nunmehr auch die psychische Gesundheit mit geschützt wird und lese hierzu nochmals die Einleitung des Aufsatzes.

Der Auftraggeber ist dadurch noch nicht aus dem Schneider. Die BaustellenVO adressiert die Pflicht zum Schutz der oben beschriebenen Rechtsgüter auch an ihn, § 2 Abs. 1 BaustellenVO:

"Bei der Planung der Ausführung eines Bauvorhabens, insbesondere bei der Einteilung der Arbeiten, die gleichzeitig oder nacheinander durchgeführt werden, und bei der Bemessung der Ausführungszeiten für diese Arbeiten, sind die allgemeinen Grundsätze nach § 4 des Arbeitsschutzgesetzes zu berücksichtigen."

Die Planung der Ausführung obliegt zumeist dem Bauherren, also dem Auftraggeber. Dieser kann die Planung an den Architekten oder Fachplaner übertragen, welcher zu Beginn der Planung das Thema Kampfmittel berücksichtigen sollte.

Die Vorschrift stellt zudem ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar<sup>3</sup>.

Ein Verstoß löst daher eine deliktische Haftung im Rahmen des Zivilrechts aus. Dies hat die Folge, dass die anordnende Person persönlich haftbar gemacht werden kann, der Schutz einer haftungsbegrenzenden juristischen Person (z.B. GmbH) entfällt.

Mit dem SprengG hat der Gesetzgeber ein umfangreiches Regelwerk geschaffen, um den Umgang mit explosionsgefährlichen Stoffen zu regeln und auch personell den Umgang mit Sprengstoff zu beschränken. Die Pflichten der Verantwortlichen Personen sind hierbei explizit genannt und ebenso drittwirkend. Auf die Kampfmittelräumung ist das SprengG anzuwenden (§ 1b Abs. 1 Nr. 3d SprengG).

Über § 24 SprengG gelangen auch (unter anderem!) die DGUV Information 201-027 in das Pflichtenheft der Verantwortlichen Personen. Somit sind die DGUV Informationen damit zu berücksichtigen und zu

### 3. Strafrecht: Baugefährdung und co.: §§ 319, 308 StGB

Neben den Vorschriften aus dem SprengG, Arbeitsschutzgesetz und der Baustellenverordnung findet sich noch eine Schutznorm im Kernstrafrecht, § 319 StGB: Baugefährdung.

Der Text der Vorschrift lautet wie folgt: "(1)Wer bei der Planung, Leitung oder Ausführung eines Baues oder des Abbruchs eines Bauwerks gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer in Ausübung eines Berufs oder Gewerbes bei der Planung, Leitung oder Ausführung eines Vorhabens, technische Einrichtungen in ein Bauwerk einzubauen oder eingebaute Einrichtungen dieser Art zu ändern, gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen gefährdet."

Die Vorschrift richtet sich an die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Personen, wobei insbesondere keine Rücksicht genommen wird, ob die den Bau leitenden

Personen Angehörige von Behörden sind oder nicht<sup>4</sup>.

In der Kampfmittelräumung ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Verantwortliche Person, also der Fachkundige, die Entscheidungskompetenz auf der Räumstelle innehat. Diese Kompetenz ergibt sich aus dem Sprenggesetz sowie aus den verschiedenen Allgemeinen technischen Vertragsbedingungen, es sei hier auf Abschnitt 3.1.1 der ATV DIN 18323 VOB/C verwiesen. Die Durchsetzung der Maßnahmen, welche gemäß § 24 SprengG geboten sind, um die Risiken so weit wie möglich zu minimieren, sind auf jeden Fall von der gemäß § 19 SprengG Verantwortlichen Person durchzusetzen.

Ein Verstoß hiergegen würde den Tatbestand des § 319 StGB verwirklichen. Damit wären sowohl die Verantwortliche Person als auch der Auftraggeber/Planer schon im Bereich einer Straftat!

Kommt es zur Umsetzung des Kampfmittels, so steht hier die Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes des § 308 StGB "Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion" im Raum, da es sich bei der Baggerwache eben nicht um ein genehmigtes Verfahren handelt, welches den Tatbestand ausschließen oder aber rechtfertigen könnte.

Allgemein bekannt ist, dass bei der Umsetzung eines Kampfmittels Menschen ums Leben kommen können, so dass die Qualifikation des § 308 Abs. 3 StGB leicht eintritt, was eine lebenslange Freiheitsstrafe (mindestens jedoch 10 Jahre Freiheitsstrafe) nach sich ziehen kann.

Ein Berufen auf Fahrlässigkeit ist aufgrund der bekannten Folgen einer Umsetzung von Sprengstoff möglich, dürfte jedoch sinnlos sein, so dass die vorgenannten Delikte stets mit mindestens bedingtem Vorsatz (Dolus Eventualis) verwirklicht werden!

### 4. Bauvertragliche Auswirkung

Nach all dem oben genannten und unter der Prämisse, dass es keine Anerkennung für die Baggerwache geben kann, ist auf bauvertraglicher Seite folgendes festzuhalten: Erhält ein Unternehmer den Auftrag, die Erdarbeiten unter bei Beistellung eines Fachkundigen durchzuführen, so darf dieser die Leistung wie beschrieben nicht ausführen, da hier gesetzliche Verbote im Wege stehen (siehe oben). Er ist somit in der Ausführung der Leistung behindert, da auch ein gesetzliches Verbot entsprechende Unmöglichkeiten der Ausführung verursachen kann, ebenso wie ein ungeeigneter Baugrund oder ungeeignete Vorleistungen.

Somit ist eine Behinderungsanzeige gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B zu stellen.

Jedoch ist der Auftragnehmer aus dem Grundsatz der Kooperationspflicht heraus schon verpflichtet eine Anmeldung von Bedenken gemäß § 4 Abs. 3 VOB/ B an den Auftraggeber zu übersenden. Hier soll die Unmöglichkeit der angedachten Maßnahme erläutert werden. In der Regel bedeutet dies in der Folge, dass auf ein geeignetes Räumverfahren auszuweichen ist: ist der Boden nicht sondierbar, so kann die Baubegleitende Kampfmittelräumung angewendet werden, soweit nicht andere, sicherere Methoden zur Verfügung stehen um die Sondierbarkeit herzustellen (z.B. Abschieben des Oberbodens bis die Störschicht beseitigt ist). Hierüber entscheidet in letzter Konsequenz die Verantwortliche Person gemäß § 19 SprengG5.

Da Bedenken und Behinderungen angezeigt worden sind, entstehen für den Auftragnehmer natürlich auch die damit einhergehenden Mehrvergütungsansprüche, welche der Auftraggeber auch zu vergüten hat. Weiter entstehen aus den Bedenken und Behinderungen auch eine Lösung vom bisherigen Bauzeitenplanes, so das der Auftragnehmer nicht in Verzug geraten kann.

Es sei an dieser Stelle auch auf die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 134 BGB) hingewiesen, was ebenso für öffentlich- rechtliche Verträge gilt (§ 59 Abs. 1 VwVfG). Ein gesetzliches Verbot kann durch jede Rechtsnorm im Sinne des § 2 EGBGB angeordnet werden. Nach § 139 BGB ist jedoch nicht das komplette Rechtsgeschäft nichtig, regelmäßig kann davon ausgegangen werden, dass der Auftraggeber sein Bauvorhaben auch umsetzen möchte, selbst wenn die Kampfmittelräumung nicht so einfach geschehen kann, wie

erhofft. Der Auftragnehmer wird jedoch von seinen Leistungspflichten in Bezug auf eventuelle Terminsvereinbarungen frei, soweit die Beräumung nicht in der geplanten Geschwindigkeit geschehen kann, mithin also unmöglich ist. Dies hat nicht zuletzt Auswirkungen auf Vertragsstrafenverlangen des Auftraggebers, die in der Praxis immer ein Mittel zur Drohung gegen den Auftragnehmer angewendet werden.

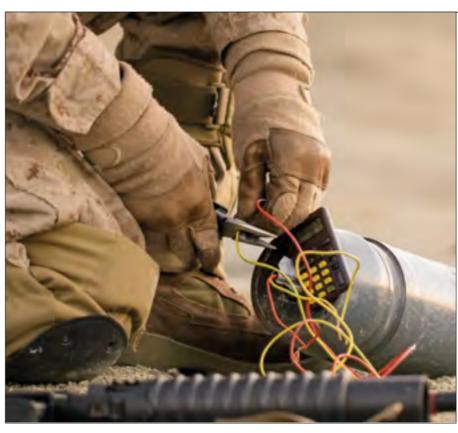
Auch der Versuch des Auftraggebers den Auftragnehmer mit Kündigung zu drohen, wenn dieser als Verantwortliche Person die nötige Sicherheit einfordert, ist unter dieser Regelung als untauglich zu werten: Ein Begehren, welches in letzter Konsequenz gegen Schutzgesetze und damit geltendes Recht verstößt, darf nicht befolgt werden! Dies gilt auch für die Festlegung von Sicherheitsbereichen, welche auch gerne einmal durch den AG vorgegeben werden.

Somit sind sämtliche, die Sicherheit der Räumstelle betreffenden Vorgaben vom Auftragnehmer und dessen Verantwortlicher Person gem. § 19 SprengG zu machen!

#### III. Ausblick

Von Seiten der Auftraggeber wird immer wieder die Baggerwache als vermeintlich wirtschaftliches Mittel der Kampfmittelräumung verwendet. Dass dies mit hohen Gefahren, physischer sowie psychischer Natur, verbunden ist, sollte bereits aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung und mithilfe des gesunden Menschenverstandes erkannt werden können.

Daneben sind auch die Strafverfolgungsbehörden berufen dem nachzugehen, da bereits durch diese Art der Planung der Grundstein für eine konkrete Gefährdung für Leib und Leben sowie für Sachen von bedeutendem Wert gelegt wird. Der Rückzug auf die Überlegungen der Wirtschaftlichkeit ist hierbei kein Argument, die Arbeiter auf der Baustelle sowie sämtliche in der Umgebung (Kampfmittel kennen keine Grenzen) befindlichen Personen zu gefährden. Ebenso wenig kann als Entschuldigung auf eine Kampfmittelverordnung verwiesen werden, da diese Länderregelung nicht das SprengG sowie die physikalischen Eigenschaften von Sprengstoff aushebeln



Baggerwache: Ein Thema mit enormer Sprengwirkung, nicht nur für den "Sprengmeister"

können (Bundesrecht bricht Landesrecht; man beachte auch die Ermächtigungsregelungen in § 25 SprengG).

Die Entscheidung über die Methode liegt ausschließlich bei der Verantwortlichen Person im Sinne des § 19 SprengG. Die Weisungen der Person in Bezug auf Methode, Schichtdicke der Schurfe, Sicherungsmaßnahmen, Sicherheitsbereiche etc. sind stets zu beachten. Vertragsrechtliche Anordnungsrechte aus § 1 Abs. 3 oder 4 VOB/B oder auch aus § 650b BGB sind hier nachrangig, die Anwendung auf die Kampfmittelräumung wird schon durch die Vorschriften des SprengG eingeschränkt.

FAZIT: Es gibt wohl – außer dem kompletten Verzicht auf Kampfmittelräumung – keinen schnelleren Weg, sich strafbar zu machen, da die Anordnung der "Baggerwache" für alle Beteiligten ein nicht zu verantwortendes Risiko darstellt.

Auch zivilrechtlich kann hier unter dem Strich keine Ersparnis erhofft werden, da diese Anordnung Bedenken und Behinderungen und damit Mehrkosten und Zeitverzug auslösen: Der Bauzeitenplan ist von vorne herein nicht einzuhalten, die unzulässige Methode ist sowieso durch eine länger dauernde und kostenintensivere Methode zu ersetzen.

Zur Abwendung besonderer Unfall- und Gesundheitsgefahren sind die Aufsichtspersonen der gesetzlichen Unfallversicherung berechtigt, bei Gefahr im Verzug, sofort vollziehbare Anordnungen nach § 19 Abs.1 Satz 2 SGB VII zur Abwendung von arbeitsbedingten Gefahren für Leben und Gesundheit zu treffen.

Es ist daher schon bei der Planung auf eine weniger riskante Methode auszuweichen, denn die Mehrkosten einer ordentlichen Beräumung sind im Vergleich mit den Risiken der unzulässigen Baggerwache immer noch gering.

- 1 vgl. hierzu: Sebald, Bauaushubüberwachung und baubegleitende Kampfmittelräumung, BauPortal 3/2012, S. 34 ff. 2 vgl. hierzu: VOB/C ATV DIN 18323 Abschnitt 3.8
- 3 vgl. MüKoBGB/Wagner, § 823, Rn. 479 ff.; Sprau in Palandt, § 823, Rn. 57; Hebel in Thode/Wirth/Kuffer, § 17, Rn. 80.
- **4** vgl. RG 2.2.1923 IV 659/22, RGSt 57, 205; OLG Hamm 2.7.1969 4 Ss 457/69, NJW 1969, 2211; MüKoStGB/Wieck-Noodt, 3. Aufl. 2019, StGB § 319 Rn. 10-13
- **5** vgl. auch die klare Regelung der VOB/C ATV DIN 18323 Abschnitt 3 1 1



Dr. iur. Florian Englert ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Strafrecht.

# Abschied von der Abnahme als normativer Imperativ

von RA Dr. Joachim Muffler, München

### I. Bedeutung der Abnahme als vertragliche Hauptpflicht

§ 640 Abs. 1 BGB definiert die Abnahme als ausgesprochene Verpflichtung des Bestellers, das "vertragsmäßig hergestellte Werk" abzunehmen. Die Abnahme ist damit neben der Herstellungspflicht und der Zahlungspflicht die dritte vertragliche Hauptpflicht im Werkvertragsrecht (BGH, BauR 1996, 386: als Hauptpflicht kann auch isoliert auf Abnahme geklagt werden). Sie ist gewissermaßen die Bestätigung des Auftraggebers für die erfolgte Vertragserfüllung des Schuldners.

So gesehen geht es also um eine Mitwirkungshandlung des Auftraggebers bei der Erfüllung und Durchführung eines Werkvertrages. Die als Hauptleistung ausgebildete Abnahme ist nicht nur Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung, außerdem ist sie der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche (§ 634 a Abs. 2 BGB) und den Gefahrübergang (§ 644 BGB). Im Gegensatz etwa zum Kaufrecht knüpft das Gesetz in § 641 BGB die Fälligkeit des Werklohns im Werkvertragsrecht nicht an die Übergabe der geschuldeten Leistungen, sondern erfordert mit der Abnahme eine ausgesprochene Billigung des hergestellten Werks durch den Besteller.

Allerdings fragt man sich, warum die ausdrückliche Billigung des Gewerks eine Pflicht des Auftraggebers sein soll. Sie steht am Ende des Produktionsprozesses, ist allenthalben die Bestätigung der "ordnungsgemäßen" Leistungserbringung, hat

aber mit der Herstellung selbst nichts zu tun. Und häufig ist der Auftraggeber auch gar nicht in der Lage, die Ordnungsgemäßheit der Herstellung zu beurteilen. So gesehen würde es aus Sicht des Auftraggebers eigentlich näher liegen, ihn nicht zur ausdrücklichen Billigung des Gewerks zu verpflichten, sondern ihm ein Recht einzuräumen, einer Mitteilung des Auftragnehmers, das Werk vertragsgerecht fertiggestellt zu haben, zu widersprechen.

### II. Die gesetzlichen Regelungen zur Ahnahme

§ 640 Abs. 1 BGB und § 12 Abs. 1 VOB/B sehen die förmliche Abnahme als Regelfall vor. Weil die Parteien eines Bauvertrages aber oft nicht das tun, was sich das Gesetz und Juristen vorstellen, und häufig keine förmliche Abnahme durchführen, hat man sich alle möglichen Hilfskonstruktionen einfallen lassen, um die Abnahmewirkungen eintreten zu lassen.

In diesen Fällen stellen sich die bekannten Fragen nach einer stillschweigenden (konkludenten) oder auch fiktiven Abnahme (§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 12 Abs. 5 VOB/B). Besonders knifflig wird die Angelegenheit, wenn man ausgehend vom zweigliedrigen Abnahmebegriff nach der ganz herrschenden Meinung neben dem tatsächlichen Akt der Hinnahme der Leistung ein rechtsgeschäftliches Erklärungsbewusstsein fordert (vgl. bspw. die Übersicht bei Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB, 21. Auflage, § 12, Rdn. 9ff.). Andererseits verlangen das Gesetz und die VOB/B noch

nicht einmal eine Prüfung des Gewerks, auch keine sofortige Prüfungsmöglichkeit (BGH, BauR 1970, 48: Der Auftraggeber kann ein Gewerk auch abnehmen, ohne überhaupt die Möglichkeit einer Prüfung gehabt zu haben). Die Rechtsprechung behilft sich mit häufig mehr als konstruiert anmutenden Betrachtungen. Dem Besteller wird nicht selten ein Erklärungsbewusstsein unterstellt, das er tatsächlich nicht hat.

So verwundert es nicht, dass die Abnahme in vielen gerichtlichen Verfahren zentraler Streitpunkt ist (hierzu Jansen, NZBau 2020, 283). Mitunter entscheidet sich bei unterbliebener förmlicher Abnahme erst nach jahrelangem Rechtsstreit und einer Vielzahl von Sachverständigengutachten, ob ein Gewerk überhaupt abnahmereif war oder nicht. Liegen Mängel vor, die nach Auffassung des erkennenden Gerichts - gegebenenfalls auch nur in der Summe - zur Verweigerung der Abnahme berechtigen, fehlt es an den Voraussetzungen für die Annahme einer konkludenten Abnahme (BGH, BauR 2004, 337). Folge: die Werklohnklage des Auftragnehmers wird mangels Fälligkeit der Vergütung aus der Schlussrechnung abgewiesen.

### III. Die gesetzliche Forderung einer Unwissenheitserklärung durch den Auftraggeber

Machen wir uns nichts vor, der Auftraggeber ist mit der von ihm erwarteten Beurteilung komplexer Werkleistungen ohne Hinzuziehung eines oder mehrerer Sachverständiger in der Regel völlig überfor-

dert. Und auch Sachverständige streiten sich bekanntlich häufig über die Frage der ordnungsgemäßen Ausführung, von der schieren Unmöglichkeit der Überprüfung verdeckter Teile der Gewerke ganz zu schweigen. Erst recht gilt dies für den Käufer einer Wohnung in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum, mit dessen Herstellung er nichts zu tun hat.

Die Sachverständigen, die (wie so häufig)

erst am Ende des Herstellungsprozesses zur Beurteilung der ordnungsgemäßen Ausführung der Bauleistungen hinzugezogen werden, können diese nur noch "oberflächlich" prüfen, da so gut wie niemand ernsthaft erwägt, Sachverständige "in die Tiefe" blicken und die Bauleistungen teilweise wieder zerstören zu lassen. Vor diesem Hintergrund besagt die "Billigung" des Gewerks durch den Auftraggeber trotz Beratung durch Sachverständige über dessen wahren Zustand und die Ordnungsgemäßheit der Ausführung letztlich nicht das Geringste. Ansonsten müssten sich Anwälte und Gerichte nach einer vom Auftraggeber erklärten Abnahme trotz Beratung durch Sachverständige in Bauprozessen nicht so häufig mit Mängeln beschäftigen. Warum also sollen die Abnahmewirkungen und insbesondere die Fälligkeit der Vergütung des Auftragnehmers davon abhängen, dass der Auftraggeber oft ins Blaue hinein eine derartige Erklärung, oder besser gesagt eine Unwissenheitserklärung abgibt?

Bei einem Blick in die Rechtspraxis der Abnahme stoßen wir auf eine Vielzahl von Ungereimtheiten und Willkürlichkeiten, die die Rechtsanwendung in einem nicht hinnehmbaren Umfang unsicher, ja unkalkulierbar machen. Dies mögen einige wenige, aber besonders praxisrelevante Beispiele verdeutlichen.

### IV. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums und andere Ungereimtheiten

Zu schier unüberwindbaren Problemen führt die Abnahme als vertragliche Hauptpflicht im Bauträgerrecht, wenn es bei größeren Wohnungseigentümergemeinschaften um die Abnahme des Gemeinschaftseigentums geht. Bei einer Vielzahl von Erwerberverträgen steht der Bauträger



Ohne Einschaltung von Privatgutachtern vielfach überfordert: Wonach muss und kann der Auftraggeber bei der Abnahme suchen?

vor dem Problem, von allen Erwerbern jeweils nicht nur die Abnahme des Sondereigentums zu erhalten, sondern auch eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Will er sichergehen, benötigt er hierzu von allen Erwerbern eine förmliche Abnahme (Übersicht bei Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage, Rdn. 504ff.), ein in der Praxis schwieriges bis mitunter aussichtsloses Unterfangen. Und welcher Erwerber ist denn tatsächlich in der Lage, selbst die Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums zu beurteilen? Warum also sollen die Fälligkeit der Vergütung, und damit die Erfüllung des Vertrages davon abhängen, dass einem Käufer die Abgabe einer solchen Unwissenheitserklärung abverlangt wird?

Alle Versuche, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf Dritte zu verlagern, dürfen als gescheitert betrachtet werden. Derartige Klauseln wurden von der Rechtsprechung mit zutreffender Begründung als unwirksam erachtet (OLG München, BauR 2009, 1444 und BauR 2017, 1041; OLG München, IBR 2018, 565 und 628; BGH, BauR 2013, 2020; BGH, IBR 2016, 521; Vogel, NZBau 2016, 351 m.w.N.; Werner/Pastor, Rdn. 1821a). Denn wenn man die Abnahme als Hauptleistungspflicht ausgestaltet, ist sie logischerweise auch allein Sache des Auftraggebers bzw. Käufers. Die Verlagerung auf Dritte in einem Bauträgervertrag mittels einer vom Bauträger (über den Notar) vorgegebenen Klausel weicht gravierend vom gesetzlichen

Leitbild ab und stellt zudem eine unangemessene Benachteiligung des Käufers dar.

Infolge Unwirksamkeit der Abnahmeklausel kommt auch eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Erwerber nicht in Betracht. Geht der Erwerber davon aus, dass die Abnahme bereits durch den vertraglich bestimmten Dritten erfolgt ist, fehlt ihm gewissermaßen das rechtsgeschäftliche Erklärungsbewusstsein, durch Übernahme und Einzug oder Vermietung der Wohnung eine Abnahme zu erklären (OLG München, BauR 2009, 1444; Werner/Pastor, Rdn. 1821a).

Man mag mit guten Gründen bezweifeln, ob derart verwinkelte dogmatische Überlegungen noch irgendetwas mit den Gedanken eines Käufers zu tun haben, der sich nur in seltenen Fällen wirklich überlegen wird, oder sich gar bewusst sein wird, welche höchst komplexen rechtlichen Deutungen mit dem einfachen Umstand seines Einzuges und der Übernahme der Wohnung verbunden sein können.

Jedenfalls ist es alles andere als selbstverständlich, wenn einer WEG selbst nach vielen Jahren der (häufig unbeeinträchtigten) Nutzung des Objekts noch die Möglichkeit der Geltendmachung von Mängelansprüchen wegen Unwirksamkeit der Abnahmeklausel zustehen soll. So hat beispielsweise das OLG München einer WEG nach Ablauf von 13 Jahren nach Fertigstellung des Bauvorhabens mangels Verjährung noch Ansprüche wegen



Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums: Bauträger – insbesondere bei großen Wohnungseigentumseinheiten – vielfach ein kaum lösbares Problem.

Schallmängeln des Aufzugs zugesprochen und auch keinen Ansatz für eine Verwirkung gesehen (OLG München, BauR 2019, 530).

Im Gegensatz dazu kann sich derjenige, der einen Mangel bei der Abnahme arglistig verschweigt, gemäß § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB nach Ablauf von 10 Jahren auf die Einrede der Verjährung berufen. In den Genuss dieser Annehmlichkeit kommt der Bauträger bei aus AGB-rechtlichen Gründen unwirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums hingegen nicht. Das mag man nicht unbedingt für ausgewogen erachten.

Im Zusammenhang mit der Abnahme gibt es andere Ungereimtheiten. So ist nur schwer einzusehen, warum dem Werkunternehmer bei Vorliegen eines wesentlichen Mangels gemäß § 632 a BGB ein Anspruch auf Abschlagszahlung zusteht, er aber im Falle der Schlussrechnungsstellung bei Vorliegen desselben Mangels wegen fehlender Fälligkeit vollkommen leer ausgehen soll. Nehmen wir z.B. den Fall einer Fassade, die nur in einem kleinen Bereich von 5 % der Fläche einen wesentlichen, aber die

Nutzung nicht beeinträchtigenden Mangel aufweist. Klagt dieser Werkunternehmer während der Ausführung auf Zahlung des Werklohns aus einer Abschlagsrechnung und bewahrheitet sich im Prozess dieser Mangel, erhält der Auftragnehmer die Vergütung abzüglich eines Betrages in Höhe der (in der Regel) zweifachen Mängelbeseitigungskosten. Klagt derselbe Auftragnehmer nach Fertigstellung aus der Schlussrechnung, erhält er bei zu Recht verweigerter Abnahme nichts.

An dieser Stelle kann man natürlich die Meinung vertreten, ein aus der Schlussrechnung klagender Auftragnehmer habe es nicht besser verdient, wenn er einen wesentlichen Mangel trotz Mängelrüge nicht beseitigt. Andererseits bleibt der wohl kaum zu bestreitende Widerspruch zu der Regelung in § 632 a BGB. Und im Übrigen lehrt die Erfahrung, dass man hinterher immer schlauer ist, und die Frage, ob ein Mangel tatsächlich vorliegt und wesentlich ist, oft genug höchst kontrovers diskutiert und nur mithilfe von Sachverständigen geklärt werden kann. Dabei hinterlässt die

Begründung mit dem "überzeugenden und widerspruchsfreien Gutachten des dem Gericht seit langem als besonders sachkundig bekannten Sachverständigen" in Urteilen im Zusammenhang mit der Beurteilung der Abnahmereife gleichwohl häufig einen fragwürdigen und schalen Beigeschmack.

### V. Die aktuelle Diskussion um eine Lösung für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums?

Die Probleme mit der Abnahme haben auch die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz beschäftigt. Auslöser hierfür war insbesondere das Thema der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe vom 18.06.2013 wurde zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung zur fiktiven Abnahme in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB überarbeitet werden soll. Außerdem solle eine Pflicht zu einer gemeinsamen Zustandsfeststellung eingeführt werden. Es werde als unzureichend empfunden, dass der Besteller durch Schweigen das Fälligwerden der

Werklohnforderung hinausschieben kann und dann häufig erst nach Ablauf einer längeren Zeit im Gerichtsverfahren geklärt wird, ob im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens keine wesentlichen Mängel vorlagen und der Besteller daher zur Abnahme verpflichtet war.

Von der Arbeitsgruppe wurden Eckdaten für Regelungen aufgelistet. So richtig weitergekommen ist man mit dem Thema bisher aber nicht. Kritisch hat sich auch Leupertz (Mitglied der Arbeitsgruppe) bei den Freiburger Baurechtstagen 2019 in einem Vortrag geäußert und die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als Störfaktor bei der Abwicklung von Bauträgerverträgen bezeichnet (BauR 2020, 380). Jüngst hat sich auch der Deutsche Baugerichtstag am 21./22.05.2021 mit dem Thema beschäftigt. Man konnte sich aber nur auf eine mit denkbar knapper Mehrheit beschlossene Empfehlung verständigen, dass zukünftig nicht mehr die gegebenenfalls vielzähligen Erwerber für die Erklärung der Abnahme zuständig sein sollen, sondern die WEG.

Hand aufs Herz: die Abnahme ist nicht nur im Bauträgervertrag mit größten Problemen behaftet, sondern im Bau- bzw. Werkvertragsrecht insgesamt. Es wäre deshalb wünschenswert, die Abnahme als gesetzlich vorgeschriebene vertragliche Hauptpflicht des Auftraggebers, mithin als gesetzlichen Imperativ, abzuschaffen.

### VI. Abschaffung der Abnahme als normativer Imperativ

Aufgrund der aufgezeigten Ungereimtheiten stellt sich die Frage, ob man nur für den Bereich des Bauträgerrechts besondere Vorschriften schaffen oder dem Übel nicht von Grund auf an die Wurzel gehen will. Letzteres scheint bisher daran zu scheitern, dass allgemein die Abnahme als zeitliche Zäsur im Werkvertragsrecht für unentbehrlich gehalten wird. Dem ist aber nicht so. Eine praktikable Lösung unter Vermeidung der vorstehend geschilderten Ungereimtheiten ist sehr wohl möglich.

Interessanterweise hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren teilweise schon selbst das Handwerkszeug für eine Lösung der Probleme um die Abnahme geschaffen. Nehmen wir z.B. § 640 Abs. 2 BGB und die Möglichkeit für den Auftragnehmer, dem Auftraggeber eine Frist zur Abnahme zu setzen. Verweigert der Auftraggeber daraufhin nicht die Abnahme unter Angabe mindestens eines wesentlichen Mangels, gilt das Werk als abgenommen (beim Verbraucher allerdings nur bei sachgerechter Belehrung über die Rechtsfolgen). Ein anderes Beispiel sind die Regelungen zum Widerspruchsrecht im Verbrauchervertrag, die für eine Lösung bestens urbar gemacht werden können.

Von hier ist es nur noch ein Schritt weg von der Abnahme als gesetzlich verankerte Hauptpflicht des Auftraggebers. Die einfache Erkenntnis muss lauten: wer etwas zu sagen hat, soll es tun, wer nicht, soll schweigen dürfen, aber mit klaren Rechtsfolgen!!

Es mag ja sein, dass es im Einzelfall ein durchaus anzuerkennendes Bedürfnis gibt, dass die Parteien im Bauvertrag eine Vereinbarung über die Durchführung einer förmlichen Abnahme zur Herbeiführung der Fertigstellungswirkungen treffen. Das sollte im Sinne der Privatautonomie selbstverständlich zulässig, aber nicht der als vertragliche Hauptpflicht vorgeschriebene gesetzliche Regelfall sein.

Für den gesetzlichen Regelfall gilt es eine praktikable Lösung zu finden, die den Bedürfnissen der Rechtspraxis gerecht wird. Sinnvoll wäre die Verankerung einer Fertigstellungsmitteilung und eines Widerspruchsrechts des Auftraggebers zur Vermeidung der "Abnahmefolgen". Im Folgenden wird der Versuch unternommen, hierfür ein praktikables System zu entwickeln, das sowohl den Anliegen der Parteien, wie auch der Rechtssicherheit Rechnung trägt, und das ohne Rechtsakrobatik beim Auslegen von tatsächlichen oder vermeintlichen (Abnahme-) Erklärungen der Parteien auskommt.

### VII. Lösungsvorschlag

 Aufgrund der Komplexität werkvertraglicher Leistungen und des Wesens der Herstellungsverpflichtung wird dem Werkunternehmer als Hersteller die Befugnis eingeräumt, den Zeitpunkt zu bestimmen, wann das Gewerk fertig-

- gestellt ist. Maßgeblich sind Fertigstellungsmitteilung des Auftragnehmers und Übergabe (beim Bauvertrag ist eine solche häufig nicht erforderlich, weil der Auftraggeber durch Einbau bereits die Verfügungsgewalt über das Gewerk erlangt hat; anders freilich beim Käufer einer Eigentumswohnung). Unterlässt der Auftragnehmer die Fertigstellungsmitteilung und erteilt er Schlussrechnung, steht diese der Fertigstellungsmitteilung gleich.
- 2. Der Auftraggeber erhält ein Widerspruchsrecht. Er kann der Fertigstellungsmitteilung des Auftragnehmers innerhalb einer Frist von 1 Monat mit der Begründung widersprechen, dass wenigstens ein wesentlicher Mangel vorliegt, oder eine solche Anzahl von Mängeln, die einem wesentlichen Mangel gleichkommen.
- 3. Widerspricht der Auftraggeber nicht, gilt das Gewerk als fertiggestellt. Mit Ablauf der Widerspruchsfrist treten die Fertigstellungswirkungen ein: Gefahrübergang, Fälligkeit der Vergütung, Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche.
- 4. Den Parteien sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, den Zeitpunkt des Eintritts der Fertigstellungswirkungen durch Vereinbarung abweichend zu regeln und auf diese Weise z.B. den Eintritt der Fertigstellungswirkungen bereits vor Ablauf der einmonatigen Widerspruchsfrist zu bewirken. Ebenso kann im Einzelfall auch ein Bedürfnis für eine angemessene Verlängerung der Widerspruchsfrist bestehen. Eine solche Vereinbarung sollte nach Zugang der Fertigstellungsmitteilung immer möglich sein, während für Vereinbarungen oder einseitige Vorgaben in AGBs bei Abschluss des Bauvertrages die durch das AGB-Recht gezogenen Grenzen zu beachten sind. Demnach wäre etwa eine Regelung unwirksam, die ohne besonderen sachlichen Grund die Widerspruchsfrist unangemessen abkürzt oder verlängert.

- 5. Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber auf sein Widerspruchsrecht ausdrücklich hinweisen und über die Folgen belehren, jedenfalls wenn es sich um einen Verbraucher handelt. Unterlässt der Auftragnehmer die Belehrung entsprechend § 482 a und § 640 Abs. 2 BGB, beginnt die Widerrufsfrist entsprechend § 356 a Abs. 4 BGB erst mit dem vollständigen Erhalt der Widerrufsbelehrung. Das Widerrufsrecht erlischt nach Ablauf von 1 Jahr und 1 Monat. Spätestens mit Ablauf dieser Frist treten die Fertigstellungswirkungen ein.
- 6. Unterlässt der Auftragnehmer die Fertigstellungsmitteilung und erteilt er Schlussrechnung, steht diese der Fertigstellungsmitteilung gleich. Gegenüber einem Verbraucher beginnt die Widerrufsfrist auch in diesem Fall nur zu laufen, falls die Schlussrechnung eine deutlich erkennbare Widerrufsbelehrung enthält. Ist dies nicht der Fall, erlischt das Widerrufsrecht ebenfalls erst nach Ablauf von 1 Jahr und 1 Monat ab Zugang der Schlussrechnung und treten die Fertigstellungswirkungen ab diesem Zeitpunkt ein.
- 7. Widerspricht der Auftraggeber, ist eine Zustandsfeststellung nach dem Vorbild des § 650 g BGB sinnvoll. Wird in dieser Zustandsfeststellung kein wesentlicher Mangel angegeben, treten die Fertigstellungswirkungen ein. Im Übrigen bleibt es aber entsprechend wie bei der verweigerten Abnahme auch im Falle des Widerspruchs bei der Nachweispflicht des Auftragnehmers, dass das Gewerk fertiggestellt ist und kein wesentlicher Mangel vorliegt. Diese Frage kann wie bei der verweigerten Abnahme entweder im Rahmen der Werklohnklage aus der Schlussrechnung oder in einem Mängelprozess inzidenter geklärt werden. Möglich wäre ggf. auch die Klärung in einem eigenen Rechtsstreit (etwa durch Feststellungsklage), der die Frage der Fertigstellung und Berechtigung des Widerspruchs des Auftraggebers zum Gegenstand hat (falls ein isoliertes Feststellungsinteresse zu bejahen sein sollte).

- 8. Stellt sich der vom Auftraggeber erhobene Widerspruch als unberechtigt heraus, treten die Fertigstellungswirkungen ebenso ein, wie wenn ein Widerspruch nicht erfolgt wäre, also mit Ablauf der Widerspruchsfrist. Im Fall eines unberechtigten Widerspruchs wird der Auftraggeber damit nicht bessergestellt als ohne Widerspruch.
- Widerspricht der Auftraggeber berechtigterweise wegen Vorliegens wenigstens eines wesentlichen Mangels, treten die Fertigstellungswirkungen eben erst nach Mängelbeseitigung und erneuter Fertigstellungsmitteilung ein.
- 10. Mit diesem System lösen sich auch die Probleme mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Der Bauträger hat es in der Hand, allen Erwerbern (ggf. gleichzeitig) die Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums anzuzeigen und damit den Eintritt der Fertigstellungswirkungen zu erreichen. Widerspricht ein Erwerber berechtigterweise, gilt das unter 9. Gesagte.
- 11. Eine Regelung im Sinne von § 640 Abs. 3 BGB ist in Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Lösung nicht sinnvoll. Nach dieser Vorschrift stehen dem Besteller die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte bei Kenntnis eines Mangels nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält. Treten die Fertigstellungswirkungen bei ausbleibendem Widerspruch ein, ist dem Schweigen keine weiterreichende Bedeutung etwa derart beizumessen, dass der Auftraggeber Mängelrechten wegen ihm bekannter Mängel verlustig gehen würde. Damit wäre ein weiteres, mit der Regelung des § 640 Abs. 3 BGB verbundenes Problemfeld Geschichte.
- 12. Es ist zu überlegen, wie man mit der Werklohnforderung des Auftragnehmers bei berechtigtem Widerspruch gegen die Fertigstellungsmitteilung umgehen soll. Wie bereits erwähnt (siehe oben Ziff. IV.), steht dem Werkunternehmer

- bei berechtigterweise abgelehnter Abnahme seiner Leistungen derzeit kein Werklohnanspruch aus der Schlussrechnung zu. Andererseits kann der Auftragnehmer während der Ausführung auch dann Abschlagszahlungen abzgl. Mängeleinbehalt beanspruchen, wenn Mängel (auch wesentliche Mängel) vorliegen. Dies gilt jedenfalls nach dem seit 01.01.2018 geltenden Recht.
- Wenn dem Werkunternehmer während der Ausführung trotz Vorliegens wesentlicher Mängel Werklohnansprüche zustehen können, ist es nur schwer einzusehen, warum ihm wegen - wir unterstellen - denselben Mängeln trotz evtl. mangelfreier Ausführung der weiteren (Rest-)Leistungen bei Widerspruch des Auftraggebers gegen die Fertigstellungsmitteilung überhaupt kein Anspruch zustehen soll (obwohl mit den weiteren Bauleistungen das Vermögen des Auftraggebers vermehrt wurde). Es scheint deshalb angemessen und sinnvoll, die Regelung des § 632 a Abs. 1 BGB sinngemäß auch für die Schlussrechnung im Falle eines berechtigten Widerspruchs vorzusehen. Der Auftragnehmer kann den Werklohn verlangen, dem Auftraggeber steht das Recht zum Einbehalt eines angemessenen Teils der Vergütung entsprechend § 641 Abs. 3 BGB zu. Durch diesen Einbehalt werden die Interessen des Auftraggebers angemessen gewahrt. Ggf. könnte überlegt werden, die Höhe des Einbehalts im Falle eines berechtigten Widerspruchs gegen die Fertigstellungsmitteilung auf den dreifachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten als Regelfall anzuheben, um den Druck auf den Auftragnehmer zu erhöhen.
- 13. Wenn der Auftragnehmer den Zeitpunkt der Fertigstellung und Übergabe
  bestimmen kann, und der Auftraggeber
  hiergegen ein Widerspruchsrecht hat,
  scheint es sinnvoll und ausgewogen,
  dass der Auftragnehmer auch bei ausbleibendem Widerspruch des Auftraggebers, ähnlich wie im Kaufrecht beim
  Verbrauchsgüterkauf gemäß § 477 BGB,
  die Beweislast für die vollständige und

- ordnungsgemäße Leistungserbringung trägt, falls Mängel innerhalb eines Zeitraums von 1 Jahr nach Ablauf der Widerspruchsfrist gerügt werden. Dies sollte auf jeden Fall dann vorgesehen werden, wenn es sich bei dem Auftraggeber um einen Verbraucher handelt. Man könnte überlegen, ob dies nicht generell gelten soll, ebenso wie das gegenwärtig ja auch bei nicht erfolgter Abnahme der Fall ist.
- 14. Daneben scheint es angemessen, dass sich im Hinblick auf das Bestimmungsrecht des Auftragnehmers die gesamte Gewährleistung verlängern sollte, falls an dem Gewerk kurze Zeit nach Eintritt der Fertigstellungswirkungen berechtigterweise wesentliche Mängel gerügt werden. Bestätigen sich wesentliche Mängel, die der Auftraggeber innerhalb von 1 Jahr nach Ablauf der Widerspruchsfrist rügt, sollte sich die gesamte Gewährleistung des Auftragnehmers um den Zeitraum ab Ablauf der Widerspruchsfrist bis zur Beseitigung der wesentlichen Mängel, mindestens aber um 2 Jahre auf 7 Jahre verlängern. Auf diese Weise würde ein Auftraggeber bessergestellt, der sich schon kurz nach Erhalt der Fertigstellungsmitteilung und Eintritt der Fertigstellungswirkungen mit wesentlichen Mängeln herumschlagen muss, zumal bei Bauleistungen eine Gewährleistungszeit von 5 Jahren ohnehin eher kurz bemessen sein dürfte.
- für eine Verlängerung der gesamten Gewährleistung bei wesentlichen Mängeln bleibt es selbstverständlich bei den Regelungen zur Hemmung und dem Neubeginn der Verjährung, sodass sich für Mängel, die innerhalb von 1 Jahr nach Ablauf der Widerspruchsfrist gerügt und beseitigt werden, die Verjährungsfrist auch über den Zeitraum von 5 bzw. 7 Jahren hinaus verlängern kann. Gleiches gilt selbstredend für Mängel, die mehr als 1 Jahr nach Ablauf der Widerspruchsfrist gerügt werden. Ein Streit über die Frage der Verlängerung der gesamten Gewährleistung um 2 Jahre kann ebenso wie im Falle einer Hemmung oder eines

15. Neben der vorgeschlagenen Regelung

Neubeginns der Verjährung entweder im Rahmen eines späteren Mängelprozesses oder auch einer isolierten Feststellungsklage geklärt werden.

16. Bisher hat die Mängelrüge im BGB-

- Vertrag keine rechtlichen Auswirkungen auf die Verjährung, wenn der Auftragnehmer hierauf nicht reagiert. Dies macht nicht selten gerichtliche Maßnahmen erforderlich, die vermeidbar wären, wenn die Mängelrüge auch im BGB-Vertrag Auswirkungen auf die Verjährung hätte. Es empfiehlt sich deshalb m.E. die Schaffung einer § 13 Abs. 5 VOB/B entsprechenden Regelung auch für den BGB-Vertrag, wonach der Auftragnehmer verpflichtet ist, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich von ihm verlangt. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des Verlangens, jedoch nicht vor Ablauf der für den Vertrag geltenden Frist.
- durch die Vereinbarung einer Teilfertigstellung ersetzt werden. Im Hinblick auf die oft unbilligen Risiken zulasten von Auftragnehmern bei einer Gefahrtragung bis zur Gesamtfertigstellung der Leistungen sollte im Gesetz eine Regelung vorgesehen werden, wonach der Auftragnehmer für in sich abgeschlossene Teile der Leistung (wie in § 12 Abs. 2 VOB/B) eine Teilfertigstellungsmitteilung an den Auftraggeber richten und damit den Übergang der Gefahr erwirken kann.

17. Die Rechtsfigur der Teilabnahme kann

18. Bei diesem neuen System kann den Parteien alternativ die Möglichkeit eingeräumt werden, im Vertrag die Durchführung einer förmlichen Abnahme zur Herbeiführung der Fertigstellungswirkungen zu vereinbaren. Wie schon gesagt, sollte dies im Sinne der Privatautonomie selbstverständlich zulässig, aber nicht der als vertragliche Hauptpflicht vorgeschriebene gesetzliche Regelfall sein. Zur Vermeidung bekannter Probleme sollte diese Möglichkeit aber ausschließlich auf eine förmliche Abnahme beschränkt sein. Sollte eine solche nicht innerhalb einer angemessenen Frist (z.B. 12 Werktage) nach Zugang der Fertigstellungsmitteilung von einer Partei beantragt werden, treten die Fertigstellungswirkungen nach den vorgenannten Regelungen ein.

FAZIT: Mit dem vorgeschlagenen System aus Fertigstellungsmitteilung des Auftragnehmers und Widerspruchsrecht des Auftraggebers werden die gegenwärtigen Ungereimtheiten und Friktionen der Abnahme im Werkvertragsrecht gelöst. Die teilweise mehr als unerquicklichen Diskussionen über die Annahme einer konkludenten Willenserklärung im Rahmen der Abnahme und die Frage eines rechtsgeschäftlichen Erklärungsbewusstseins werden vermieden. Die Abnahme wird als zeitliche Zäsur zwischen dem Erfüllungsund dem Gewährleistungsstadium nicht benötigt und kann auf Fälle beschränkt werden, in denen die Parteien eine förmliche Abnahme im Einzelfall für sinnvoll erachten und im Bauvertrag ausdrücklich vereinbaren.

Andere Rechtsordnungen in Europa (z.B. England, Niederlande, Schweiz) kennen übrigens keine Abnahmeverpflichtung und knüpfen Rechtswirkungen an die Fertigstellung des Werks. Vielleicht sollte uns das angesichts unserer vielen Probleme mit der Abnahme zu denken geben!



Dr. Joachim Muffler ist Rechtsanwalt.

# Die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung – oder: die Schärfung eines in der Vergangenheit (meist) stumpfen Schwertes

von RA Marco Röder & Ref. iur. Laura Deichmann, DEUBNER & KIRCHBERG Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Karlsruhe

Die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B sieht vor, dass ein Auftragnehmer mit Nachforderungen ausgeschlossen ist, wenn er die Schlusszahlung des Auftraggebers vorbehaltlos annimmt und zuvor über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung schriftlich hingewiesen wurde. Diesen Ausschluss kann der Auftragnehmer nur durch Erklärung eines Vorbehalts innerhalb von 28 Tagen nach Zugang der Mitteilung des Auftraggebers über die Schlusszahlungen und - kumulativ - Begründung seines Vorbehalts binnen weiterer 28 Tage verhindern. Die Begründung des Vorbehalts kann der Auftragnehmer z.B. durch Einreichung einer prüfbaren Rechnung über die vorbehaltene Forderung vornehmen. Sofern das nicht möglich sein sollte, hat eine "eingehende" Begründung zu erfolgen, § 16 Abs. 3 Nr. 5

Trotz dieser Vorschrift konnten es sich Auftragnehmer öffentlicher Bauaufträge in der Vergangenheit häufig erlauben, etwas "sorglos" mit dem nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B erforderlichen Vorbehalt und seiner Begründung umzugehen. Denn nach der Rechtsprechung des BGH hält § 16 Abs. 3 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nicht stand.¹ Aufträge der öffentlichen Hand und die ihrerseits gestellten Vertragsbedingungen enthielten im Regelfall ein ganzes Bündel von Abweichungen von der

VOB/B – etwa die besonderen Vertragsbedingungen ("BVB"), die weiteren besonderen Vertragsbedingungen ("WBVB") und die zusätzlichen Vertragsbedingungen ("ZVB") – sodass die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B einer AGB-Kontrolle unterlag. Folge dieser Inhaltskontrolle war dann die Nichtigkeit des § 16 Abs. 3 VOB/B, sodass sich der öffentliche Auftraggeber im Regelfall nicht mit Erfolg auf die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung berufen konnte. Nur in seltenen Ausnahmefällen konnte der öffentliche Auftraggeber mit dieser Einrede reüssieren.

Aufgrund dessen wurde in den vergangenen 10 bis 15 Jahren in gerichtlichen Auseinandersetzungen selten inhaltlich darüber debattiert, ob ein Vorbehalt fristgerecht erklärt und entsprechend begründet wurde. Denn über den Verweis auf die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle kam es im Regelfall darauf gar nicht an, da die Einrede schlicht als AGB-widrig und damit nichtig abgetan werden konnte. Soweit das OLG Koblenz in einem - bemerkenswert falschen - Urteil ausgeführt hat, dass sich der Auftragnehmer selbst bei eröffneter Inhaltskontrolle nicht auf die Nichtigkeit berufen könne, wenn er vorsorglich einen Vorbehalt erklärt hat, ist diese - zu Recht - scharf kritisierte Entscheidung singulär geblieben.2 Der öffentliche Auftraggeber konnte sich somit in der Vergangenheit im Regelfall nicht mit

Erfolg auf die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung berufen.

Dennoch wurde seitens des öffentlichen Auftraggebers im Regelfall reflexhaft (und sinnlos) auf die - nicht wirksam vereinbarte - Ausschlusswirkung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hingewiesen, worauf der Auftragnehmer seinerseits ebenso reflexhaft und aus Vorsicht mit Vorbehalt und dessen Begründung reagierte. Bereits in der Stellungnahme des "Netzwerks Bauanwälte" zum Änderungsentwurf der VOB/B 2006 (IBR 2006, 1637) wurde - unter anderem wegen dieser Sinnlosigkeit - vorgeschlagen, an der Schlusszahlungseinrede nicht länger festzuhalten und § 16 Abs. 3 VOB/B komplett entfallen zu lassen. Begründet wurde dies ferner damit, dass die sehr kurzen Fristen in Kombination mit der sehr einschneidenden Rechtsfolge in einer sehr frühen Phase der Auseinandersetzung um die Höhe der Schlussrechnung erheblichen Schriftverkehr unter hohem Zeitdruck generiert, der volks- und betriebswirtschaftlich sinnlos sei. An der Schlusszahlungseinrede des § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B wurde gleichwohl festgehalten und es nicht absehbar, dass sich dies bei einer künftigen Novelle der VOB/B

Der geschilderte Zustand und das bisherige Verhältnis zur Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B könnte sich nun aber umkehren. Denn die öffentliche Hand ist



Kann sich ein Auftraggeber "mit einem Schlag" bzw. mit einer als solchen bezeichneten "Schlusszahlung" etwaigen Nachforderungen des Auftragnehmers entziehen?

in jüngeren Ausschreibungen stark darum bemüht, die VOB/B ohne Abweichungen "als Ganzes" - also quasi "pur" - zu vereinbaren, sodass gemäß § 310 Abs. 1 BGB keine Inhaltskontrolle mehr stattfindet. Hintergrund dessen ist die Sorge der öffentlicher Auftraggeber, dass aufgrund der Reform des Bauvertragsrechts, die zum 01.01.2018 in Kraft getreten ist, die §§ 1 Abs. 3 VOB/B und 1 Abs. 4 VOB/B, die mit § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 6 VOB/B das Kernstück der VOB/B ausmachen, ebenfalls einer isolierten Inhaltskontrolle nicht standhalten könnten. Hierfür haben sich jedenfalls schon eine Vielzahl von namhaften Autoren ausgesprochen.

Auch wenn es erstaunlich ist, dass es öffentliche Auftraggeber bis zur Reform des Bauvertragsrechts schlicht hingenommen haben, dass ihre Abweichungen und Änderungen der VOB/B dazu führten, dass eine Vielzahl von Klauseln der Inhaltskontrollen nicht standgehalten haben, ist nun ein Wandel erkennbar. In aktuellen Ausschrei-

bungen zeigt sich der Wille der öffentlichen Hand, die VOB/B "als Ganzes" und ohne Abweichungen zu vereinbaren, sehr deutlich. Wurde man früher in den BVB, WBVB und ZVB auf der Suche nach Abweichungen von der VOB/B schnell fündig, wird es aktuell immer schwieriger, noch nicht bereinigte Abweichungen zu finden und so die dem Auftragnehmer unliebsamen Regelungen der VOB/B über die Inhaltskontrolle zu kippen.

Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass auch die inhaltlichen (gerichtlichen) Auseinandersetzungen darum, ob eine vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung erfolgt ist oder nicht, zunehmen werden. Der Auftragnehmer kann sich bei Verträgen, in denen die VOB/B "pur" vereinbart ist, nicht mehr auf die aus der Inhaltskontrolle folgende Nichtigkeit der Schlusszahlungseinrede berufen, § 310 Abs. 1 BGB. Vor diesem Hintergrund ist es lohnend, sich noch einmal Mechanismus und Wirkung des § 16 Abs. 3 VOB/B vor Augen zu führen.

### Die Rechtsnatur der Ausschlusswirkung – Parallele zur Verjährung

Der Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B liegt der vom BGH nicht nur gebilligte, sondern hervorgehobene Zweck zugrunde, schnell Klarheit und Rechtsfrieden zu schaffen. Der Auftragnehmer muss sich daher nach der Schlusszahlung alsbald gegenüber dem Auftraggeber erklären und den Vorbehalt gegebenenfalls auch begründen. Unterbleibt die Erklärung und Begründung dieses Vorbehalts innerhalb der kurzen Fristen des § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B, so wird seine Forderung undurchsetzbar.

Undurchsetzbar bedeutet dabei nicht etwa, dass die Forderung erlischt, sondern die Ausschlusswirkung führt "nur" dazu, dass der Auftragnehmer der Forderung selbst nicht mehr erfolgreich geltend machen und einklagen kann, wenn der Auftraggeber die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung im Prozess erhebt. § 16 Abs. 3 VOB/B ist somit in seiner Wirkung mit der Verjährung ver-

gleichbar.<sup>3</sup> Auch die Wirkung der Verjährung führt nämlich nicht zum Erlöschen der Forderung, sondern verhindert deren Durchsetzbarkeit, wenn der Schuldner die Einrede der Verjährung erhebt. Aufgrund dieser Parallele wendet der BGH konsequent eine Vielzahl von verjährungsrechtlichen Vorschriften analog auf die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung an:

- In § 390 S. 2 BGB ist vorgesehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch mit einer verjährten Forderung aufgerechnet werden kann. Entsprechend dieser Vorschrift kann der Auftragnehmer die Aufrechnung auch dann erklären, wenn er die Forderung selbst nicht mehr aktiv einklagen könnte, weil er sie sich nicht rechtzeitig vorbehalten hat.<sup>3</sup>
- Hat der Auftraggeber auf eine eigentlich ausgeschlossene Forderung Zahlungen geleistet, kann er diese nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern. Denn er leistet auf eine bestehende Forderung, § 214 BGB.
- Trotz vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung kann sich der Auftragnehmer aus einer ihm zur Sicherung des Werklohns eingeräumten Hypothek befriedigen.<sup>3</sup>
- Die Vorbehaltsfrist kann wie bei der Verjährung – durch bloße Erhebung der Klage gewahrt werden, ohne dass es auf den späteren Zeitpunkt der Zustellung ankäme. Erforderlich ist lediglich, dass – wie zur Verjährungshemmung auch – die Zustellung der Klage im Amtsbetrieb "demnächst" im Sinne des § 167 ZPO erfolgt.<sup>4</sup>

Dagegen kann der Vorbehalt nicht wirksam mittels einer Streitverkündung erklärt werden. Der BGH begründet das damit, dass nicht jede die Verjährung hemmende Rechtshandlung ihrem Inhalt nach den an einen Vorbehalt zu stellenden Anforderungen genügt.<sup>4</sup> Zwar mag das hier erstaunen, insbesondere weil der BGH in ständiger

Rechtsprechung ausführt, dass an einen Vorbehalt keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Angesichts seiner aktuellen Rechtsprechung erscheint es möglich, dass der BGH hinsichtlich der Anforderungen an einen Vorbehalt heute zu einem anderen Urteil kommen könnte. Es empfiehlt sich dennoch nicht, dies herauszufordern. Hinzukommt, dass die denkbaren Konstellationen, in denen die Erklärung eines Vorbehalts mittels einer Streitverkündung erfolgen könnte, extrem selten sein dürften.

### Schlusszahlungserklärung des Auftraggebers

Nicht die Schlusszahlung des Auftraggebers, sondern nur die vorbehaltlose Annahme eben dieser Schlusszahlung durch den Auftragnehmer führt zu der in § 16 Abs. 3 VOB/B näher geregelten Ausschlusswirkung. Dies setzt voraus, dass der Auftragnehmer über die zu seinen Gunsten geleistete Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und dabei ausdrücklich auf die Ausschlusswirkung der geleisteten Zahlung hingewiesen wird. Dabei genügt der bloße Verweis auf die Vorschriften des § 16 Abs. 3 VOB/B oder aber der Hinweis, dass es sich um eine Schlusszahlung handelt, nicht. Dem Auftragnehmer muss vielmehr eindeutig vor Augen geführt werden, dass außer der Schlusszahlung keine weiteren Zahlungen geleistet werden und er sich seine Ansprüche, die er weiter geltend machen möchte, ausdrücklich vorbehalten muss. Aufgrund des einschneidenden Charakters der Ausschlusswirkung stellt die Rechtsprechung hier sehr strenge Anforderungen.

hier sehr strenge Anforderungen.

Der BGH hat immer wieder ausgeführt, dass die Regelung des § 16 Abs. 3 VOB/B mit Zurückhaltung auszulegen und anzuwenden ist. Das gelte schon allein deshalb, weil der Auftragnehmer bei der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung auf dem Bauvertrag beruhende Forderungen nicht mehr durchsetzen kann, wenn der Auftraggeber die entsprechende Einrede (wirksam) erhebt. Die einschneidende Rechtsfolge erfordert einen Schutz des Auftraggebers, der nur dann in gebotener Art und Weise gewährleistet ist, wenn hohe Anforderungen an die Klarheit und Ein-

deutigkeit der Schlusszahlungserklärung gestellt werden. Der BGH hat diesbezüglich immer wieder betont, dass die Erklärung des Auftraggebers in ihrer Gesamtheit dem Auftragnehmer deutlich vor Augen führen muss, dass er Nachforderungen nicht mehr durchsetzen kann, wenn er nicht selbst aktiv wird und den Vorbehalt innerhalb der Frist erklärt und gegebenenfalls innerhalb der weiteren Frist begründet.5 Die Unterrichtung des Auftragnehmers hat schriftlich zu erfolgen. Die Einhaltung der Schriftform ist nach der Auffassung des BGH unabdingbare Wirksamkeitsvoraussetzung.5 Darüber hinaus muss die angekündigte Schlusszahlung auch tatsächlich geleistet werden, um die entsprechenden Wirkungen herbeizuführen.

### Aufrechnung statt Zahlung

Nach der Rechtsprechung des BGH steht die Aufrechnungserklärung im Sinne des § 16 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B der Schlusszahlung gleich.<sup>5</sup> Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung bestritten oder anerkannt ist.<sup>6</sup> Auch auf die Berechtigung der Gegenforderung kommt es nicht an.

Offen gelassen hat der BGH bisher, ob die Aufrechnung im Sinne einer Schlusszahlungserklärung auch mit einer Forderung erklärt werden kann, die dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung gar nicht zusteht.7 Es spricht vorliegend aber einiges dafür, dass der BGH auch in einem solchen Fall von einer wirksamen Schlusszahlungserklärung ausgehen würde. Nach der Intention des § 16 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B kommt es auch hier nur darauf an, dass der Auftraggeber zum Ausdruck bringt, keine weiteren Zahlungen mehr leisten zu wollen. Außerdem hat der BGH betont, dass es auch nicht darauf ankomme, ob die zur Aufrechnung gestellte Forderung berechtigt ist. Lediglich soweit zwingende insolvenzrechtliche Vorschriften entgegenstehen, kann § 16 Abs. 3 Nr. 3 bei verständiger Würdigung nicht dahin ausgelegt werden, dass die Wirkungen der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung auch dann eintreten sollen, wenn eine der Schlusszahlung gleichstehende Aufrechnung aufgrund zwingender insolvenzrechtlicher Vorschriften unzulässig ist.<sup>7</sup>

### Umfang des Ausschlusses

Der Ausschluss von Nachforderungen ist umfassend und erstreckt sich auf alle abrechnungsfähigen Ansprüche, die Gegenstand der Schlussrechnung hätten sein können. Es kommt nicht darauf an, dass diese Ansprüche in der Schlussrechnung geltend gemacht werden. Hierzu gehören neben allen Vergütungsansprüchen aus dem Hauptauftrag auch zusätzliche Forderungen und insbesondere auch bauzeitliche Forderungen. Ebenfalls ausgeschlossen sind Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche sowie Ansprüche aus Verzug und Behinderung. Insbesondere bei bauzeitlichen Ansprüchen, die nicht innerhalb der kurzen Fristen der Schlussrechnung geltend gemacht werden können und somit nicht in der Schlussrechnung enthalten sind, ist zu beachten, dass hier trotzdem explizit der Vorbehalt zu erklären ist, da sie ansonsten nicht mehr geltend gemacht werden können.

#### Der Vorbehalt

Die Vorbehaltserklärung selbst ist in § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B nicht mehr definiert. Daher werden an eine Vorbehaltserklärung auch keine besonders strengen Anforderungen gestellt. Der Auftragnehmer muss (lediglich) gegenüber dem Auftraggeber unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er an der weiteren Geltendmachung von Forderungen aus dem Bauvertrag in Ansehung der geleisteten Schlusszahlungen festhält. Auch eine besondere Form für die Vorbehaltserklärung ist nicht erforderlich, es muss auch nicht der Begriff "Vorbehalt" verwendet werden. Selbst eine mündliche Vorbehaltserklärung ist daher ausreichend, aus Nachweisgründen ist jedoch eine schriftliche Absetzung mit einem Empfangsnachweis dringend zu empfehlen. Die bloße Erhebung einer Klage innerhalb der Vorbehaltsfrist, ohne dass diese dem Auftraggeber innerhalb der Vorbehaltsfrist zugestellt sein müsste, ist ebenfalls ausreichend.

Nicht ausreichend ist dagegen eine "weiche" Erklärung, in der zum Beispiel



Nach § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B muss der Auftragnehmer seinen Vorbehalt innerhalb von 28 Tagen nach Zugang der Mitteilung über die Schlusszahlung erklären ...

eine Bitte enthalten ist, die Schlusszahlung nochmals zu überprüfen. Erklärt der Auftragnehmer allerdings ausdrücklich, er halte vorbehaltlich einer näheren Prüfung an seiner Forderung fest, ist das ausreichend.<sup>8</sup>

Die Vorbehaltserklärung ist eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung des Auftragnehmers, sie muss dem Auftraggeber also zugehen. Für den Zugang der Vorbehaltserklärung ist der Auftragnehmer darlegungs- und beweisbelastet. Die Vorbehaltserklärung muss gegenüber dem Auftraggeber als Vertragspartner erklärt werden, Ausnahmen können nur dann gelten, wenn der Auftraggeber ausdrücklich Dritte beauftragt und bevollmächtigt hat, den maßgeblichen Schriftwechsel mit dem Auftragnehmer zu führen. Zur Vermeidung von Streitigkeiten über die Empfangszuständigkeit ist es daher sinnvoll, ein entsprechendes Vorbehaltsschreiben zumindest auch unmittelbar gegenüber dem Auftraggeber abzusetzen.

### Die Begründung des Vorbehalts

Der Vorbehalt wird nach § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B wieder hinfällig, wenn der Auftragnehmer nicht innerhalb von weiteren 28 Kalendertagen eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltene Forderung einreicht bzw. – wenn das nicht möglich ist – den Vorbehalt weiter eingehend begründet.

Hat der Auftragnehmer bereits eine prüffähige Schlussrechnung vorgelegt, bedarf für die Vorbehaltsbegründung keiner wiederholten Vorlage der Schlussrechnung. Ausreichend ist nach der Rechtsprechung des BGH, dass sich die streitige Forderung aus der prüfbaren Schlussrechnung ergibt und der Auftraggeber ihr entnehmen kann, in welchem Umfang der Auftragnehmer noch Ansprüche erhebt.

Hat der Auftragnehmer demgegenüber bislang noch keine prüffähige Schlussrechnung vorgelegt, so ist er verpflichtet, innerhalb der Begründungsfrist seinen Vorbehalt durch eine entsprechend prüffähige Schlussrechnung zu begründen und die zum Nachweis seiner Abrechnung erforderlichen Nachweise mit vorzulegen.



... und innerhalb von weiteren 28 Tagen eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltene Forderung einreichen oder – wenn dies nicht möglich ist – den Vorbehalt weiter eingehend begründen.

Sollte der Auftragnehmer hierzu innerhalb der relativ kurzen Frist von 28 Kalendertagen nicht im Stande – was bei komplizierten Bauzeitansprüchen durchaus der Fall sein kann – so verbleibt ihm die Möglichkeit, seinen Vorbehalt anderweitig zu begründen. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber dann klar zu machen, wie er seine vorbehaltenen Forderungen bzw. Rechnungsposten begründet. Nach der ganz herrschenden Auffassung dürfen an die Vorbehaltsbegründung insgesamt keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden.

Hat der Auftraggeber die Schlussrechnung nach § 14 Abs. 4 VOB/B selbst aufgestellt, dann ist der Auftragnehmer unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen verpflichtet, den ausgesprochenen Vorbehalt im Einzelnen näher zu begründen. Hat der Auftraggeber die von ihm betragsmäßig gekürzte Schlusszahlung mit aufzurechnenden oder zu verrechnenden Gegenforderungen begründet, bedarf es



Marco Röder ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

dagegen einer weiteren Vorbehaltsbegründung seitens des Auftragnehmers nicht. Denn der Auftragnehmer bringt durch Festhalten an seiner Forderung ausreichend zum Ausdruck, dass er die erhobene Gegenforderung und Aufrechnungsklage zurückweist. Gleiches gilt für inhaltlich nicht nachvollziehbare Kürzungen der Schlussrechnungsforderungen.9

Für die Begründung des Vorbehaltes ist, wie bei der Vorbehaltserklärung, keine besondere Form vorgesehen. Auch hier ist aber dringend zu empfehlen, die Begründung nachweisbar zu übergeben. Darüber hinaus wird es im Regelfall notwendig sein, die Begründung des Vorbehaltes mit Unterlagen, also Schriftstücken, zu untermauern, sodass auch hier zumindest faktisch die Textform zu wahren ist.

FAZIT: Auftragnehmer sollten sich darauf einstellen, dass es künftig vermehrt zu Fällen kommen wird, in denen § 16 Abs. 3 VOB/B anwendbar bleibt. Für die Durchsetzung von bestrittenen Werklohnforderungen ist es daher essentiell, dass der Auftragnehmer auf eine Schlusszahlungsmitteilung des Auftraggebers adäquat und fristgerecht mit einer Vorbehaltserklärung und Begründung reagiert. Das in der Vergangenheit im Regelfall stumpfe Schwert der Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung gewinnt durch die Vereinbarung der VOB/B "pur" auf einmal deutlich an Schärfe, die nicht unterschätzt werden sollte!

- 1 BGH, Urt. v. 22.01.2004 VII ZR 419/02
- 2 OLG Koblenz, Beschl. v. 13.12.2011 10 U 1282/11
- 3 BGH, Urt. v. 23.04.1981 VII ZR 207/80
- **4** BGH, Urt. v. 08.11.1979 VII ZR 86/79
- 5 BGH, Urt. v. 17.12.1998 VII ZR 37/98
- 6 BGH, Urt. v. 31.03.1977 VII ZR 51/76
- **7** BGH, Urt. v. 12.07.2007 VII ZR 186/06 **8** BGH, Urt. v. 18 04 2002 - VII ZR 260/21
- 9 OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.06.1988, 7 U 157/87



Laura Deichmann ist Rechtsreferendarin.

# Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Baurecht – eine never ending story?

NETZWERK BAUANWÄLTE-Kritik am Urteil des VI. Zivilsenats des BGH vom 23.02.2021 – VI ZR 21/20 (Teil 1)

von RA Dr. Walter Müller, Anwaltsozietät Leinen & Derichs, Köln/Berlin/Brüssel

Fiktive Mängelbeseitigungskosten kommen dann ins Spiel, wenn ein Bauherr Mängel feststellt (Risse im Außenputz, Aufquellen des Fußbodens, Feuchtigkeitserscheinungen im Keller), für die ein Sachverständiger Behebungskosten in bestimmter Höhe feststellt, der Bauherr aber gar nicht beabsichtigt, den Mangel beseitigen zu lassen. Nach überkommener Rechtsprechung konnte er von den Verantwortlichen (Bauunternehmer, Architekt) gleichwohl die Mängelbeseitigungskosten einklagen, selbst Hotelkosten, die als erforderlich erachtet wurden, weil während des Fußbodenaustausches das Haus nicht bewohnbar sein würde. Ob er den erstrittenen Betrag tatsächlich für die Mängelbeseitigung einsetzte, oblag seinem Gutdünken. Dem hat der für das Baurecht zuständige VII. Senat des Bundesgerichtshofes mit Urteil vom 22.02.2018 ein Ende bereitet. Seither erhält der Bauherr die für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten nur dann, wenn er den Mangel bereits hat beheben lassen, oder als Vorschuss, mit dem er den Mangel beseitigen und über den er abrechnen

Einen Angriff des für das Kaufrecht zuständigen V. Senates, der der geänderten Rechtsprechung nicht folgen, sondern den Großen Senat des Bundesgerichtshofes anrufen wollte, hat der Baurechtssenat unter Hinweis darauf abgewehrt, dass im zur Entscheidung anstehenden Fall beide Senate zu dem gleichen Ergebnis kommen würden, so das keine Divergenz (unterschiedliche Auffassung zweier Senate zu derselben Rechtsfrage) vorliege. Damit schien alles in trockenen Tüchern, der Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Baurecht beerdigt

Nun aber hat der für das Deliktsrecht, also insbesondere für Verkehrsunfälle, bei denen der Schaden immer "nach Gutachten", abgerechnet werden kann, ohne dass das Fahrzeug repariert werden muss, zuständige VI. Senat am 23.02.2021 einen "baurechtlichen" Fall entschieden, wodurch quasi durch die Hintertür der Weg zur Erstattung fiktiver Mängelbeseitigungskosten wiedereröffnet sein könnte.

Der Fall: Im Jahre 2009 wurden im Bereich der Nassräume einer im Jahre 1995 errichteten Sporthalle Leckagen entdeckt, die auf eine unsachgemäße Kürzung der Hahnverlängerungen und eine unzulässige Eindichtung der Rohrverbindungen zurückzuführen waren. Durch das jahrelange Austreten von Leitungswasser, welches sich hinter der Wandabdichtung und dem Fußbodenaufbau verteilte, kam es zu einer Durchfeuchtung solcher Gebäudeteile, die bei Durchführung der Arbeiten des Installateurs bereits errichtet waren. Die Gebäudeversicherung ("Leitungswasserschaden") ließ die Schäden beheben und beanspruch-

te im Anschluss daran von dem seinerzeit tätig gewesenen Installateur € 202.562,11, einen Betrag, den die Behebung der Schäden an den betroffenen Gebäudeteilen gekostet habe. Nachdem Land- und Oberlandesgericht die Klage wegen Verjährung abgewiesen hatten - letztlich gehe es um die Behebung von Baumängeln und deren Folgen, sodass die dafür einschlägige fünfjährige Verjährungsfrist bereits Ende des Jahres 2000 abgelaufen gewesen sei -, gelangt der VI. Senat zu der Einschätzung, dass das nur für die Kosten der Instandsetzung der mangelhaften Installationen gelte, nicht aber für die Kosten der Beseitigung der durch Austreten des Wasser verursachten Schäden an anderen Bauteilen (Bodenplatte, Wände und Fußböden).

Dahinter steckt der Gedanke der "Stoffgleichheit": Errichtet ein Unternehmer für den Bauherren ein Haus, ergibt sich seine Haftung aus dem abgeschlossenen Bauvertrag. Treten Mängel auf, haften diese dem Bauwerk an, und zwar von Anbeginn, sodass nicht von der Beschädigung einer Sache, wie sie für eine deliktische Haftung Voraussetzung, ist gesprochen werden könne. Der VI. Senat definiert die Stoffgleichheit wie folgt: "Stoffgleich mit dem anfänglich bestehenden Mangelunwert ist der wirtschaftliche Niederschlag des schon beim Erwerb enttäuschten Interesses. Deshalb liegt Stoffgleichheit vor, wenn bei wirtschaftlicher

Betrachtungsweise der Fehler von Anfang an die Gesamtsache, für deren Beeinträchtigung Schadensersatz begehrt wird, ergreift, etwa weil die Sache als Ganzes wegen des Mangels von vornherein nicht oder nur in sehr eingeschränktem Masse zum vorgesehenen Zweck verwendbar war. Ist hingegen der Mangel zunächst nur auf einen Teil der Sache beschränkt und grundsätzlich behebbar, führt er aber erst später zu einer Zerstörung der Sache oder zur Beschädigung anderer Teile derselben, dann hat der von dem Fehler nicht erfasste Teil der Sache einen eigenen Wert; der Mangelunwert deckt sich dann nicht mit dem Schaden."

Im weiteren Verlauf der Entscheidungsgründe setzt sich der VI. Senat mit der Rechtsprechung des für das Baurecht zuständigen VII. Senates auseinander, der im Jahre 2005 für eine ganz ähnliche Konstellation entschieden hatte: "Entsteht infolge einer vertraglichen Leistung eines Bauunternehmers oder Architekten ein Schaden am

Bauwerk, besteht kein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, wenn dieser Schaden sich mit dem Mangelunwert der vertraglichen Leistung deckt. Das gilt auch dann, wenn die vertragliche Leistung den Schutz des beschädigten Bauteils bezweckt."

Wendet man diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall an, hätte die Klage der Gebäudeversicherung, auf die die Ansprüche des Bauherrn übergegangen sind, abgewiesen werden müssen, denn es läge Stoffgleichheit vor: Die Ausführung der Rohrinstallation (korrekte Länge, ordnungsgemäße Abdichtung) diente auch dem Zweck, die übrigen Bauteile (Bodenplatte, Wände und Fußböden) vor Feuchtigkeitseintritt durch Leckagen im Leitungswassernetz zu schützen. Der VII. Senat hätte den Fall daher anders entschieden, als ihn der VI. Senat entschieden hat. Also jetzt doch ein Fall für den Großen Senat? Und wie würde der entscheiden?

Ein maßgeblicher Richter des VII. Se-

nates hat die Entscheidung des VI. Senates Mangels nur 5 Jahre. Die Abgrenzung zwischen näheren und entfernteren Mangelfol-

analysiert und kommt zu dem Ergebnis, dass dieser in der Tat von den richtig verstandenen Gründen der Entscheidung des VII. Senats aus dem Jahre 2005 abgewichen sei, wofür es aber keinen Anlass gebe. Die Auffassung des Deliktsrechtssenates führe überdies zu Konsequenzen, die den Absichten des Gesetzgebers zuwiderliefen. Gegenstand und Zielsetzung der großen Schuldrechtsnovellierung aus dem Jahre 2002 sei es u.a. gewesen, die Haftung von Bauunternehmern für bereits angelegte, aber nicht entdeckte Baumängel auf 5 Jahre zu beschränken, und zwar generell. Zuvor hatte die Rechtsprechung danach unterschieden, ob es sich um nähere oder entferntere Mangelfolgeschäden handele. Für die entfernteren Mangelfolgeschäden haftete der Bauunternehmer 30 Jahre, für nähere sowie für die Behebung des eigentlichen

Hinsichtlich der Höhe eines Schadens bzw. deren Berechnung nicht nur bei Feuchtigkeitsschäden von zentraler Bedeutung: Was war/ist der Mangel was der (Mangelfolge-)Schaden? Und was bedeutet in diesem Zusammenhang "Stoffgleichheit"?

geschäden war indes äußerst schwierig und bei Weitem nicht geklärt, sodass für Fälle, die auf der Basis der bis zum Jahre 2002 geltenden Rechtslage entschieden werden mussten, das Ergebnis im Vorhinein oft nicht feststand. Durch die Gesetzesänderung zum 01.01.2002 sollte dem ein Ende bereitet werden.

Dieses Ziel wäre verfehlt, wenn man der aktuellen Rechtsprechung des VI. Senates folgen würde, denn danach haftet der Installateur der im Jahre 1995 den Mangel verursacht hatte, für Schäden, die erst im Jahre 2009 entdeckt worden sind. Nach dem neuen Verjährungsrecht gilt für Schadensersatzansprüche eine dreijährige Verjährungsfrist, die mit der Entdeckung des Schadens und der Erkenntnis der Schadensursächlichkeit und des dafür Verantwortlichen zu laufen beginnt. So konnte der Hausversicherer den Installateur im Falle des VI. Senates durch seine zum 31.12.2012 erhobene Klage noch belangen, obwohl die Klage 17 Jahre nach Abnahme seiner Werkleistungen erhoben wurde. Bliebe es dabei, wäre das für alle Architekten und Bauunternehmer fatal.

Die vom VI. Senat gegebene Begründung für das von ihm gefundene Ergebnis ist indes widersprüchlich, was deutlich wird, wenn man den Fall abwandelt: Wäre der Bau der Sporthalle an einen Generalunternehmer übertragen gewesen, also nicht in Einzelgewerken ausgeführt worden, wären die Arbeiten am Leitungswassernetz ein Teil der für die Errichtung der Sporthalle als Ganzen erforderlichen Leistungen gewesen und daher als Bestandteil der Gesamtleistung anzusehen. Es läge "Stoffgleichheit" vor, gerade auch nach dem Verständnis des VI. Senates. Warum das nicht der Fall sein soll, wenn nach Einzelgewerken gearbeitet wird, erschließt sich nicht, denn auch die Einzelgewerke stehen ja nicht für sich, sondern stellen in ihrer Gesamtheit die Leistungen dar, die für die Errichtung der Sporthalle im Jahre 1995 erforderlich waren. Es bestand ein funktionaler Zusammenhang.

Zudem führte die Auffassung des VI. Senates wie bereits gezeigt zur Wiedereinführung der 30-jährigen Verjährungsfrist

und überdies zur Wiedererweckung der fiktiven Mängelbeseitigungskosten, denn für das Deliktrecht gilt § 249 Satz 2 BGB, der im Werkvertragsrecht nicht anwendbar ist. Zudem müsste der Bauunternehmer haften, selbst wenn ihm zuvor keine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt würde, denn das Deliktsrecht kennt diese vertragliche Haftungsvoraussetzung nicht.

Unter "richtiger" Anwendung der einschlägigen Gesetze wird man daher zu einem anderen Ergebnis kommen müssen, nämlich demjenigen, welches der VII. Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2005 in die Worte gekleidet hat : "Grundsätzlich deckt sich der Mangelunwert der mangelhaften Leistung mit dem erlittenen Schaden am Eigentum, soweit der Mangel selbst der Schaden an der Bauleistung ist und nicht darüber hinausgeht. Das gilt aber auch dann, wenn durch die mangelhafte Leistung ein Schaden an Bauteilen entsteht, die zwar nicht erneuert werden, jedoch derart in die Sanierungsaufgabe integriert sind, dass ohne diese Einbeziehung der vertraglich geschuldete Erfolg nicht erzielt werden kann. Das Interesse des Auftragsgebers besteht dann daran, ein unter Einbeziehung der vorhandenen Bausubstanz funktionstaugliches Bauteil zu erhalten."

So die auf den damaligen Fall einer Haussanierung abgestimmten, vom VII. Senat aufgestellten Leitsätze, die der VI. Senat nicht in ihrer ganzen Tragweite erfasst hat. Er betrachtet aus seinem deliktsrechtlichen Blickwinkel ausschließlich die Beschädigung des Eigentums des Bestellers, blendet aber aus, in welchem Zusammenhang es dazu gekommen ist. Und der zwingt dazu, Sachlagen dieser Art ausschließlich werkvertragsrechtlich zu betrachten. Nochmals der VII. Senat im Originalton: "Das Interesse des Bestellers besteht daran, einen unter Einbeziehung der vorhandenen Bausubstanz funktionstauglichen Bauteil zu erhalten. Dieses Interesse wird durch die Vertragsordnung geschützt. Das gilt unabhängig davon, ob der mit der Bauleistung bezweckte Erfolg darin besteht, auch das Eigentum des Bestellers zu schützen. Ist beispielsweise die nachträgliche Abdichtung eines Bauwerks mangelhaft und kommt es deshalb zum Schaden an den durch die Abdichtung zu schützenden

Bauteilen, so ist auch das ein Schaden, der lediglich den auf der Mangelhaftigkeit der Leistung beruhenden Unwert ausdrückt."

Wenn der VI. Senat dem entgegenhält, die Auffassung des VII. Senats gehe zu weit, weil die deliktische Haftung dann keinen praktischen Anwendungsbereich mehr habe, übersieht er, dass Schäden außerhalb des in Auftrag gegebenen Werkes nach wie vor vom Deliktsrecht erfasst werden. Das Bauwerk ist funktional zu verstehen, zumal die Funktionalität der Grund für die auf fünf Jahre verlängerte Sachmängelhaftung im Bauvertragsrecht ist, während sonst die Verjährungsgrenze ja bei drei Jahren liegt.

Unabhängig davon ist die Entscheidung des VI. Senates aber alleine deshalb fehlerhaft und abzulehnen, weil der Installateur in Anspruch genommen werden kann, während ein Generalunternehmer, der im Rahmen seines Gesamtauftrages auch die Installationsarbeiten hätte erbringen müssen und dem dabei derselbe Fehler unterlaufen wäre, auf der Basis des Gedankenganges des VI. Senates nicht mit Erfolg in Anspruch genommen werden könnte.



Dr Walter Müller ist Fachanwalt für Bau und Architektenrecht

44 BAURECHT AKTUELL AUSGABE 2021 BAURECHT AKTUELL AUSGABE 2021 45

## Verjährungsdissens zwischen dem VI. und VII. Zivilsenat des BGH: "Eigentumsverletzung" oder "Werkmangel"?

NETZWERK BAUANWÄLTE-Kritik am Urteil des VI. Zivilsenats des BGH vom 23.02.2021 - VI ZR 21/20 (Teil 2)

von RA Prof. Dr. Hans Ganten, Bremen

### 1 Bedeutung der Fragestellung

a)

In zentralen Schuldverhältnissen des BGB ist es eher Regel als Ausnahme, dass Schadensersatzansprüche aufgrund von Pflichtverletzungen einer Vertragspartei sowohl auf vertraglicher wie auf deliktischer Grundlage beruhen können, etwa

- im Mietrecht bestehen Ersatzansprüche des Mieters gem. § 536a BGB und des Vermieters gem. § 548 BGB, wenn die Mietsache mangelhaft ist (§§ 536, 536a BGB), beschädigt wird (§ 548 BGB) oder daraus der einen oder anderen Vertragsseite Nachteile entstehen, die sich gleichzeitig als Verletzung absoluter Rechtsgüter (§ 823 Abs. 1 BGB) darstellen können;
- im Kaufrecht ergeben sich Mängel aus fehlerhaften Leistungen und führen zunächst zu vertraglichen Ansprüchen aus §§ 280 f., 437 BGB, gleichzeitig aber zu Eigentumsverletzungen, die auf deliktische Grundlagen verweisen;
- im Werkvertragsrecht können Mängel bzw. Schäden hergestellter Sachen zu Begleit- und/oder Folgebeeinträchtigungen führen, die ebenfalls Ansprüche sowohl aus Vertrag (§ 634 BGB) als auch aus Delikt (§ 823 BGB) begründen können.

Das Konkurrenzverhältnis der erwähnten Anspruchsgrundlagen (Vertrag/Delikt) des Geschädigten gegen den Schädiger bzw. Vertragspartner wird in Rechtsprechung und Schrifttum bei den genannten Vertragsformen unterschiedlich bewertet:

### 2. Streitpositionen in den verschiedenen Schuldverhältnissen

Im Mietrecht dominiert nach herrschender Lehre das Vertragsregime<sup>1</sup>. Soweit Ansprüche des Vermieters gegenüber dem Mieter ihren Grund in der Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache haben, gilt für den Vermieter generell die kurze (sechsmonatige) Verjährung ab Rückgabe der Mietsache, § 548 Abs. 1 BGB.

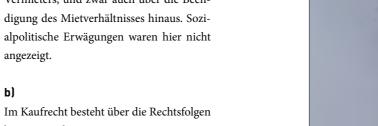
Dagegen verjähren Ansprüche des Mieters in der Regelfrist der §§ 195, 199 BGB, jedoch unter Beachtung der Sonderregel des § 548 BGB. Für Deliktsansprüche Mieters gegen den Vermieter gelten aber die Regeln des allgemeinen Rechtes, also §§ 199 Abs. 2, 3 BGB<sup>2</sup>.

Zweck des § 548 BGB ist der auch sozialpolitisch motivierte Schutz des Mieters vor Folgestreitigkeiten nach Beendigung des Mietverhältnisses. Diese Norm erfasst auch deliktische Ansprüche<sup>3</sup>.

Regelungsgrund des § 536a BGB ist (umgekehrt) der Erhalt der Mieteransprüche bei schuldhafter Pflichtverletzung des Vermieters, und zwar auch über die Beendigung des Mietverhältnisses hinaus. Sozialpolitische Erwägungen waren hier nicht

bei Ansprüchen aus § 437 Nr. 1 - Nr. 3 BGB bzw. aus Delikt (§ 823 BGB) Uneinigkeit. -Die subsidiäre zweijährige Verjährung, soweit nicht Bauwerke (gem. § 438 Nr. 2 BGB) oder dingliche Rechte (§ 438 Nr. 1 BGB) in Rede stehen, gilt nach herrschender Lehre gem. § 437 Abs. 1 Nr. 3 BGB (seit Ablieferung des Kaufgegenstandes) für sämtliche vertraglichen Mängelansprüche des Käufers, auch aus Mängelfolgeschäden4.

Problematisch ist dies insbesondere bei der Handhabung sogenannter "Weiterfressserschäden", also solcher Fälle, in denen eine mangelhafte Kaufsache (oder ein Teil davon) zu einem über den Mangel hinausgehenden Schaden am Eigentum des Käufers führt. Der BGH - nun der VIII Zivilsenat, im Anschluss (beim "Gaszugfall") aber auch der VI. Zivilsenat<sup>5</sup>, bejaht für diese Fälle einen Deliktanspruch, allerdings nur, wenn Mangel und Schaden nicht "stoffgleich" seien. Solche Stoffgleichheit liege insbes. dann nicht vor, wenn der mangelhafte Bauteil nur mit erheblichem Aufwand trennbar oder eine Mängelbeseitigung nur mit unwirtschaftlichem Aufwand möglich sei<sup>6</sup>.



Ein die Deliktshaftung ausschließender "Vertragsschaden" liege vor, wenn nach wirtschafticher Betrachtung nicht der erkennbare Einzelteilmangel, sondern der Unwert der Gesamtsache aufgrund dieses Mangels im Vordergrund stehe. Streit in der Literatur entzündet sich insbesondere an auchan der Frage, ob/inwieweit die Durchsetzung deliktischer Ansprüche des Käufers dem Verkäufer das Recht auf Nacherfüllung (§

439 BGB) nehmen

Seit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 tritt die kaufvertragliche Problematik vergleichbar auch im Werkvertragsrecht auf. Hier ergeben sich neuerdings Unterschiede in der Beurteilung durch den VII. Zivilsenat und den VI. Zivilsenat, auf die jüngst (11.08.2021) der Richter am BGH (VII. Senat, Prof. Dr. Jurgeleit) in einem Online-Vortrag<sup>7</sup> vor der Deutschen Gesellschaft für Baurecht hingewiesen hat.

Ausgangspunkt des Meinungsstreites zwischen den BGH-Senaten waren auf Seiten des VII. Senates die Urteile vom 27.01.20058 sowie im weiteren Anschluss daran die Entscheidungen vom 07.02.20199, in der Idee aber auch schon vom 22.02.201810.



Im Urteil vom 27.01.2005 hatte sich der BGH mit Schäden auseinanderzusetzen, die aufgrund einer Überlastung des Tragwerks durch eine relativ zu schwere Balkendecke entstanden war. Es ging vor allem um die Frage, ob die entstandenen Mangelfolgeschäden vom Deliktsrecht erfasst wurden und dem Auftraggeber deshalb die - im konkreten Fall längere - Verjährung nach § 852 BGB (a. F.) zugutekam. Verdrängte also das Vertragsrecht das Deliktsrecht?

Der BGH bezieht sich in seinem Urteil zunächst auf eine ständige Rechtsprechung des Senates, wonach konkurrierende vertragliche und deliktische Ansprüche im Ausgangspunkt selbständig nebeneinander stehen und unabhängig voneinander nach den je für sie geltenden Voraussetzungen erhoben werden können. Es gebe dazu aber eine Ausnahme

"Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB besteht nicht, wenn der geltend gemachte Schaden lediglich den auf der Mangelhaftigkeit beruhenden Unwert der Sache für das Nutzungs- und Äquivalenzinteresse des Erwerbes ausdrückt. Dagegen kommt ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 in Betracht, wenn das nicht der Fall ist, der geltend gemachte Schaden also nicht stoffgleich mit dem der Sache von Anfang an anhaftenden Mangelunwert ist (Nachweise)... . Ein deliktischer Anspruch besteht nur, soweit das Integritätsinteresse des Bestellers verletzt ist. (...) Es ist nicht Aufgabe des Deliktsrechts, die Erwartung des Bestellers zu schützen, dass der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt und deshalb der mit der Sanierungsmaßnahme bezweckte Erfolg eintritt."



Ist irgendwann auch mal die Zeit abgelaufen? Die Vorstellung davon, wann welche Ansprüche verjähren ist innerhalb der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs nicht einheitlich

Ein mit dem Mangel deckungsgleicher Schaden liegt deshalb nach Ansicht des VII. Zivilsenats in der Regel auch vor, wenn er darin besteht, dass der mit der Bauleistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten sei. Die Herbeiführung dieses Erfolges, z. B. auch der Erhalt eines funktionstauglichen Ganzen (mit allen Bauteilen), sei Gegenstand des vertraglichen Interesses und werde (gerade auch und nur!) durch das Vertragsrecht geschützt. Das gelte unabhängig davon, ob der mangelhafte Bauteil, auch (wie etwa eine Dachfolie zum Schutz der darunterliegenden Gewerke), gerade dazu eingebaut werde, um anderes Eigentum des Auftraggebers vor Schäden zu bewahren. Eine solche (Schutz-) Funktion des mangelhaften Bauteiles könne den Vertragszweck (den angestrebten Erfolg) allerdings verstärken. Abzugrenzen sei der Vertragsbereich jedoch von solchen Schäden, die an von ihm (Vertragszweck) nicht berührten Bauteilen entstehen.

### c3)

Der VI. Zivilsenat ist dieser Rechtsprechung im Grundsatz gefolgt<sup>11</sup>. Obwohl auch hier Mangelfolgeschäden (Durchfeuchtungen wegen fehlerhafter Installationsarbeiten) in Frage standen, bejahte aber der VI. Senat eine Deliktshaftung, die der VII. Senat (so Jurgeleit in seinem o.g. Online-Vortrag) mit der Begründung zu o. lit. c.2. wohl verneint hätte.

Der VI. Zivilsenat hat der Deliktshaftung – "um ihr überhaupt einen effektiven Anwendungsbereich zu erhalten" – weiteren Raum gegeben und die Vertragshaftung eingegrenzt. Die vom VII. Senat postulierte Beschränkung der Deliktshaftung unter dem Aspekt der möglichen "Stoffgleichheit" mit dem Mangelunwert komme nur in Betracht – also nur dann ausschließlich Vertragsrecht! -:

"wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Fehler von Anfang an an die Gesamtsache, für deren Beeinträchtigung Schadensersatz begehrt wird, ergreift, etwa weil die Sache als Ganzes wegen des Mangels von vornherein nicht oder nur in sehr eingeschränktem Maße zum vorgesehenen Zweck verwendbar war."

Die Gesamtsache ist - vertragsrechtlich - nach Ansicht des VI. Senates betroffen, wenn die Beseitigung des Mangels (ggf. auch nur an einem Teil der Leistung) nicht oder nur mit wirtschaftlich unvertretbarem Aufwand möglich sei. Wenn aber nur ein Teil (nicht die Gesamtsache) des herzustellenden Werkes vom Mangel berührt und dieser entsprechend auch mit vertretbarem Aufwand behebbar sei, habe dieser Fehler einen "eigenen Wert", der vom Mangelunwert zu trennen sei. Ob die herzustellende Gesamtsache danach mangelhaft sei (ggf. aufgrund eines Teilmangels werde), hänge davon ab, ob der Mangel objektiv-technisch mit vertretbaren Mitteln aufgespürt werden könne. Nach Auffassung des VI. Zivilsenates decken sich anfänglicher vertraglicher Mangelunwert und geltend gemachter Schaden insbesondere, wenn "die Fehlersuche und die Fehlerbeseitigung Kosten verursachen, die etwa dem Wert der Gesamtsache entsprechen oder ihn sogar übersteigen (Nachweise aus der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats)." - Der Schutzzweck einer Vertragsleistung (hier: Schutz weiterer Bauteile durch eindringendes Wasser bei fehlerhafter Installation) sei für die Anwendbarkeit des § 823 BGB prinzipiell unerheblich.

### 3. Ausblick

Der VI. Zivilsenat gibt der deliktischen Haftung des Unternehmers vom Prinzip her deutlich mehr Raum als VII. Zivilsenat. Er knüpft in der Sache aber an die eigene Rechtsprechung und die des VIII. Zivlsenates zu den kaufrechtlichen "Weiterfresserschäden" an. Im Detail nimmt er darauf in seiner jetzigen Entscheidung (23.02.2021) aber nicht Bezug. Das ist wegen der rechtspolitischen Kritik der Literatur an der kaufrechtlichen Abgrenzung bedauernswert. Jurgeleit hat in seinem Vortrag gerade auch diesen Aspekt herausgestellt und geltend gemacht, dass die Schuldrechsreform 2002 die Ausdehnung der Verjährung (im deliktischen Bereich) gerade vermeiden wollte. Der Einbezug der "Erfolgsorientierung" in die werkvertragliche Zielsetzung entspricht im Übrigen mit dem BHKW-Fall<sup>12</sup> auch der funktionalen Mängeltheorie des VII. Zivilsenates.

Die Abgrenzung der Haftungsbereiche (Vertrag/Delikt) voneinander bleibt schwierig, ist jedoch für die Beratung von Parteien des Bauvertrages – gerade unter Verjährungsgesichtspunkten – von erheblicher Bedeutung. Es wäre wünschenswert, wenn der VII. Zivilsenat – für seinen Zuständigkeitsbereich – ein klares Wort spräche – oder den Großen Senat für Zivilsachen anriefe.

- 1 Ausführliche Nachweise bei BRHP-Wiederhold § 548 BGB, Rn. 2, 4, 7 f.; BGH NJW 2010, 2652; NJW 2011, 2717 2 BRHP-Wiederhold § 536 a BGB, Rn. 52; BGH NJW 1994,
- **3** BGH NJW 2011, 2617; BRHP-Wiederhold § 548, Rn. 8 **4** BRHP-Faust §§ 437 BGB Rn.207 f.; 438 BGB, Rn 9 m.w.N. zum Streitstand
- **5** BGH v. 24.11...1976 [VIII ZR 137/75] BGHZ 67, 359 = NJW 1977, 379; ("Schwimmerschalter"); BGH (VIII ZR 172/77) NJW 1978, 2241 ("Reifen"); BGH v. 12.12. 2000 VI ZR 242/99 BGHZ 86, 256 = NJW 1983, 810 ("Gaszug")
- 6 Dazu ausführlich: Faust in BRHP (wie o. FN 4) und zu 8 437 BGR Rn 207 f
- 7 Online-Seminar der Deutschen Gesellschaft für Baurecht
- 8 VII ZR 158/03, BGHZ 162, 86 ("Geschossdecken") = NJW 2005, 1423, NZBau 2005, 287
- 9 NJW 2019, 1867 ("Kfz.-Wartung") m. Anm. Voit
- 10 BGH v. 22.2.2018 VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 f. ("fiktive Beseitigungskosten") = NJW 2018, 1463 = NZBau 2018, 201 11 VI ZR 21/20 ("Sporthalle, Sanitärarbeiten") BauR 2021, 962 = NZBau 2021, 452 = NJW 2021, 1883
- **12** Urteil v. 8.11.2007 VII ZR-183/05, BauR 2008,344; dazu Ganten in FS Franke 2009, S. 67 ff.



Prof. Dr. Hans Ganten ist Rechtsanwalt

### 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 "BAU-RECHT 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 Erfahrungsund 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.nwba.de** 



Dr. Werner Amelsberg



Dominik Bachmann und Architektenrecht



Finn B. Baumhaus Rechtsanwalt (5)



Matthias Bergmann Dr. Christian Biernoth und Architektenrecht und Architektenrecht



Laura Boecking Andreas Bollig tungsrecht



Christoph Born



für Bau- und Architek-



Fachanwalt für Vergabe-Bau- und Architekten-



recht (11)



Fachanwalt für Bau

(11)

Jennifer Essia



Prof. Dr. Werner Finger Fachanwalt für Verwal



Prof. Dr. Hans Ganten Rechtsanwalt und Fach-Architektenrecht (1)



Fachanwalt für Bau- und anwalt für IT-Recht [4]



Fachanwältin für Bau-

Johannes Jochem

Fachanwalt für Bau-



Fachanwalt für Bau-



Dr. Christoph Halfmann Fach- anwalt für Bau



Dr. Lukas Halfmann



Dr. Dirk Herrmann Fachanwalt für



Dr. Marcus Hirschfelder Fachanwalt für Bau- und recht (4)



Fachanwalt für Bau- und Fachanwalt für Bau





(7)

Prof. Rudolf Jochem Notar Fachanwalt für





Prof. Dr. Andreas Koenen Andreas Krieter Fachanwalt für Bau-Fachanwalt für Bauund Architektenrecht und Architektenrecht Fachanwalt für Ver



und Architekte



Dr. Walter Müller Fachanwalt für Bau-





Marc Müller



Dr. Joachim Muffler



Carsten Nitschke



Philip Pürthner



Katharina Raue Fachanwältin



Marco Röder und Architek

tungsrecht (2)



Christian Romer

Thomas Steiger





Marvin Sakowitz



Gero Schenkenberg





Martijn Stolte und Architektenrecht, Arbeitsrecht



und Architektenrecht

Barbara Tyralla Bau-, Architekten- und





**F@CUS** 

 $\mathsf{TOF}$ 

BAU-UND ARCHITEKTEN RECHT

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".

Von den im FOCUS-Spezial ("Recht & Rat 2021") ausgezeichneten "TOP-Anwälten" in der Kategorie Bauund Architektenrecht gehören 15 der bundesweit ausgezeichneten 42 Kollegen/innen dem Netzwerk Bauanwälte an. Darüber hinaus wurden im Jahre 2021 fünf Mitgliedskanzleien des Netzwerks Bauanwälte als "TOP-Wirtschaftskanzlei" im Bereich Baurecht ausgezeichnet, die damit zu den – nach Auffassung des vom FOCUS beauftragten Recherche-Instituts "FactField" – zu den 44 besten Baurechtskanzleien Deutschlands gehören.

Die Liste der TOP-Anwälte und Top-Wirtschaftskanzleien basiert auf einer Kollegenbefragung von mehr als 23.000 Fachanwälten (von denen rund 15.000 Einzelempfehlungen abgegeben wurden), durchgeführt vom Recherche-Institut "FactField" im Auftrag von FOCUS Spezial. Details zur Methodik hinter der Auszeichnung finden Sie unter www.focus-anwalt.de/rechtsanwaelte/methodik. In der Printausgabe von "Recht & Rat 2021" (diese können Sie bestellen unter www.focus-shop.de/focus-recht-spezial-2021. html) Angaben hierzu auf S. 13.



### **NETZWERK BAUANWÄLTE**

Baurechtskompetenz. Bundesweit.

### 1 Ganten Hünecke Bieniek & Partner mbB Ostertorstraße 32, 28195 Bremen, T 0421 329070

Stau 105, 26122 Oldenburg, T 0441 3509950 www.ghb-recht.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 Bierstadter Str. 9a, 65189 Wiesbaden, T 0611 3081436 www.rj-anwaelte.de

#### 4 GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbB, Saarbrücken

Neumarkt 15, 66117 Saarbrücken, T 0681 936390 Mengstr. 38, 23552 Lübeck T 0451 30437526 www.rechtsanwaelte-gessner.de

### 5 irmler.rechtsanwälte. Schwerin/Lübeck

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 MUFFLER KITTLER KRIEGER HAHNE PartmbB Partnerschaftsgesellschaft

mit beschränkter Berufshaftung Goethestraße 25a, 80336 München, T 089 5508945-0 www.mlk-partner.de

8 Kanzlei Prof. Dr. Jörg Zeller, Koblenz

### Deinhardplatz 5, 56068 Koblenz, T 0261 20178644 www.baurecht-architektenrecht.info

Partnerschaft mbB. Karlsruhe Erzberger Str. 113a, 76133 Karlsruhe, T 0721 98548-0 www.deubnerkirchberg.de

9 Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte |

### 10 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung

Innere Neumatten 15, 79219 Staufen, T 07633 93337-0 www.rae-steiger.de

#### 11 prof englert + partner Rechtsanwälte PartGmbB

T 08252 40722-20 Lenbachstraße 40, 86529 Schrobenhausen www.englert.legal

Nymphenburger Str. 20, 80335 München,



Dr. Andreas Völkel Fachanwalt für Bauund Architektenrecht
(10)



Wolgang Schneiderhan

und Architektenrecht



Christian Siegismund

Dr. Jur.

und Architektenrecht (10)



Wirtsch.-Ing. (FH) Jörg Zeller Fachanwalt

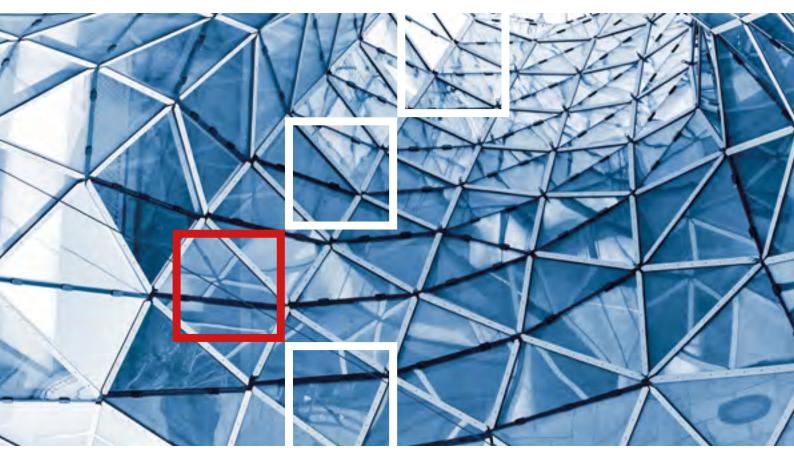


Timo Siemer LL.M.





# Profitieren Sie von einem kompetenten Netzwerk



Networking schafft Erfolg! Der intensive Erfahrungsund 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.nwba.de

GANTEN HÜNECKE BIENIEK & Partner mbB, BREMEN/OLDENBURG
GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbB, SAARBRÜCKEN
IRMLER.RECHTSANWÄLTE, SCHWERIN/LÜBECK
KOENEN BAUANWÄLTE, ESSEN/HANNOVER/MÜNSTER/BIELEFELD
LEINEN & DERICHS ANWALTSOZIETÄT, KÖLN/BERLIN/BRÜSSEL
RJ ANWÄLTE JOCHEM Partnerschaftsgesellschaft mbB, WIESBADEN
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, SCHROBENHAUSEN/MÜNCHEN

