

Bauvertragsrecht

Peter Klum

Rechtsanwalt

Pietschmann Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Vorsitzender Richter am Kammergericht a. D.

Gliederung

Kapitel 1	Einführung
Kapitel 2	Allgemeine Regelungen zum Werkvertrag (§§ 631 bis 650 ¹)
Kapitel 3	Regelungen zum Bauvertrag (§§ 650 a bis 650 h)
Kapitel 4	Verbraucherbauvertrag (§§ 650 i bis 650 o)
Kapitel 5	Bauträgervertrag (§§ 650 u 650 v)
Kapitel 6	Architektenvertrag und Ingenieurvertrag (§§ 650 p bis 650 s)
Kapitel 7	Ansprüche bei Bauzeitverzögerung
Kapitel 8	Haftung der Architekten und Ingenieure
Kapitel 9	Verfahrensrecht (§§ 71, 72 a, 119 a GVG)
Kapitel 10	Aktuelle Rechtsprechung

¹ §§ ohne Angaben des Gesetzes betreffen das BGB.

Kapitel 1

Einführung

Das Bauvertragsrecht regelt die rechtlichen Beziehungen zwischen Bauherrn, Architekten, Ingenieuren und Bauunternehmern. Es umfasst insbesondere die vertraglichen Pflichten und Rechte der Parteien, angefangen bei der Planung über die Ausführung bis hin zur Abnahme des Bauwerks. Zentrale Bestandteile sind die Regelungen zur Vergütung, Haftung, Gewährleistung und den Umgang mit Planungsänderungen oder Bauverzögerungen. Ein fundiertes Verständnis des Bauvertragsrechts ist entscheidend, um rechtliche Konflikte zu vermeiden und Bauprojekte erfolgreich umzusetzen.

Das Bauvertragsrecht hat für Architekten eine besondere Bedeutung, da sie häufig als Bindeglied zwischen Bauherren und ausführenden Unternehmen fungieren. Sie müssen nicht nur die vertraglichen Anforderungen und Leistungspflichten genau kennen, sondern auch die Haftungsrisiken und Gewährleistungsfristen im Blick behalten. Zudem spielen Architekten eine wesentliche Rolle bei der Koordination und Dokumentation von Bauleistungen, was sie in ein komplexes Geflecht aus Verantwortlichkeiten einbindet. Ein tiefes Verständnis des Bauvertragsrechts hilft Architekten, ihre Projekte rechtssicher zu steuern und ihre Rolle als Treuhänder des Bauherrn optimal auszuführen.

I. Gesetzliche Grundlage

Der Bundestag hat am 09. März 2017 das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufvertraglichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren verabschiedet. Es wurde am 04. April 2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht² und gilt seit dem 01. Januar 2018.

II. Hintergrund und Regelungsanlass

1. Frühere Rechtslage

Das frühere Werkvertragsrecht des BGB bestand aus einer überschaubaren Anzahl von Vorschriften (§§ 631 bis 651). Diese waren für einfache werkvertragliche Rechtsverhältnisse ausreichend, etwa für die neue Besohlung eines Schuhs oder die Fertigung eines Maßanzuges, jedoch nicht für den Bau von Hochhäusern, Autobahnbrücken oder Kraftwerken. Dieses Defizit hatte für Bauverträge häufig die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) geschlossen, die jedoch keine gesetzliche Regelung darstellt, sondern für die Praxis vorformulierte Allgemeine Vertragsbedingungen (AGBs). Auch die

² BGBl. I 2017, S. 969 ff.

Honorarordnung für Architekten- und Ingenieure (HOAI) konnte diese Lücke nicht schließen. Denn deren Vorschriften stellen keine schuldrechtlichen Regelungen dar, nicht einmal normative Leitbilder, sondern lediglich Gebührentatbestände für die Berechnung des Honorars.

Nach der früheren Rechtslage fehlte es an einer eigenständigen gesetzlichen Regelung des besonderen Vertragstyps „Bauvertrag“, des „Architekten- und Ingenieurvertrags“, des „Verbraucherbauvertrags“ und des „Bauträgervertrages“. Angesichts des Umstandes, dass die Baubranche eine der größten und wichtigsten Wirtschaftszweige der Bundesrepublik Deutschland ist, hat der Gesetzgeber erkannt, dass dies ein nicht mehr hinnehmbarer Zustand ist. Dies gilt nach wie vor, auch wenn hohe Baustoffpreise, teilweise knappes Baumaterial und anhaltender Fachkräftemangel der Bauwirtschaft seit geraumer Zeit zu schaffen machen.

2. Besonderheiten bei größeren Bauvorhaben

Die Besonderheiten bei größeren Bauvorhaben lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- a.** Bei einem Bauvorhaben handelt es sich um einen dynamischen Prozess, der über einen längeren Zeitraum andauert und bei dem häufig akuter Handlungsbedarf besteht.
- b.** Regelmäßig sind bei einem Bauvorhaben zahlreiche Personen bzw. Unternehmen beteiligt (Bauherr, Bauunternehmer, Nachunternehmer, Architekt, Projektplaner, Fachplaner, Projektüberwacher, Projektsteuerer, Projektfinanzierer usw.). Von daher ergeben sich naturgemäß immer wieder Schnittstellen und Probleme bei der Kompetenzabgrenzung und Zuweisung der Verantwortlichkeiten.
- c.** Bei Bauvorhaben treten häufig technische Probleme auf, die bei Abschluss des Bauvertrages nicht erkennbar waren (Beispiel: Bauen im Bestand). Diese müssen rasch geklärt werden, um erhebliche weitere Nachteile zu vermeiden.
- d.** Die im Zusammenhang mit Bauvorhaben auftretende Rechtsfragen wie etwa die Verantwortung für eine Bauzeitverzögerung, für eine Kündigung oder die Vergütung von Mehrleistungen, sind nicht immer leicht zu lösen, zumal die umfangreiche, teilweise auch unübersichtliche Rechtsprechung ständig im Fluss ist.
- e.** Nicht selten sind private Bauherren bei ihrem Bauvorhaben an die Grenze der wirtschaftlichen Möglichkeiten gelangt. Mangels ausreichender Rücklagen scheitern daher zahlreiche Bauvorhaben, wenn die projektierten Kosten deutlich über-

schritten werden. Weitere Risiken für den Bauherrn bestehen auch bei unzureichenden oder irreführenden Leistungsbeschreibungen oder Bauinsolvenzen.

3. Fazit

Für den Gesetzgeber bestand Handlungsbedarf, da die bisherigen gesetzlichen Regelungen im Bereich des Bauvertragsrechts unzureichend waren.

III. Exkurs Entwicklung³

1. Baugerichtstag

Der Deutsche Baugerichtstag e.V. ist ein Verein, der von dem Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof a. D. Prof. Dr. Rolf Kniffka initiiert und als Präsident seit dem Jahr 2006 geleitet wurde. Im Mai 2012 folgte ihm der ehemalige Richter am Bundesgerichtshof Prof. Stefan Leupertz nach, der bis heute Präsident des Vereins ist. Der Deutsche Baugerichtstag stellt das wichtigste Sprachrohr der Baujustiz und der Baujuristen sowie Baupraktiker gegenüber der Gesetzgebung dar. In einem Turnus von zwei Jahren treffen sich alle maßgeblichen Repräsentanten des Deutschen Baurechts, um in mehreren Arbeitskreisen Thesen zu sammeln, die diskutiert und zu einer Abstimmung geführt werden. Die so gewonnenen Ergebnisse werden dann mit entsprechenden Begründungen als konkrete Empfehlungen an die zuständigen Ministerien weitergeleitet.

Der Deutsche Baugerichtstag war und ist maßgeblich an der Entwicklung des Bauvertragsrechts beteiligt. So findet am 23. und 24. Mai 2025 der 10. Deutsche Baugerichtstag in Hamm statt, wo die einzelnen Arbeitskreise tagen werden.

2. Arbeitskreis Bauvertragsrecht

Das Bundesministerium der Justiz hat die Initiative des Deutschen Baugerichtstages zur Modernisierung des Bauvertragsrechts aufgegriffen und im Jahre 2010 einen Arbeitskreis Bauvertragsrecht gegründet. In über 40 Sitzungen wurden grundlegende Fragen und Probleme der bisherigen Bauvertragsabwicklung diskutiert und Lösungsvorschläge erarbeitet. Die Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurrechts wurden in einer Unterarbeitsgruppe eingehend beraten. Am 18. Juni 2013 hat dieser Arbeitskreis seinen Abschlussbericht vorgelegt und ein Bauvertragsgesetz empfohlen.

³ Dazu näheres in Kniffka, Das neue Recht nach dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrecht, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung und zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes, BauR 2017, 1747 ff.

3. Referentenentwurf

Am 10. September 2015 legte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen sogenannten „Referentenentwurf“ vor, der auf den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht aufbaute. Darin wurden zahlreiche Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages umgesetzt.

4. Regierungsentwurf

Dem Referentenentwurf folgte am 02. März 2016 ein modifizierter Regierungsentwurf.

5. Rechtsausschuss

Nach Beteiligung des Bundesrates und der Bundesregierung fand am 18. Mai 2016 im Bundestag die erste Lesung statt. Es erfolgte eine Überweisung an den Rechtsausschuss, der die Vorgaben am 08. März 2017 abschließend beraten und eine modifizierte Empfehlung ausgesprochen hat.

6. Gesetzesbeschluss

Mit den Änderungen des Rechtsausschusses wurde das Gesetz am 09. März 2017 in dritter Lesung vom Deutschen Bundestag mit Wirkung ab dem 01. Januar 2018 beschlossen. Diese Reform brachte viele Neuerungen mit sich, wie das Widerrufsrecht für Verbraucherbauverträge, das Anordnungsrecht des Bauherrn und detailliertere Regelungen zu Abschlagszahlungen und Vergütungen.

7. Aktuelle Entwicklung seit Inkrafttreten

In den Jahren danach gab es keine grundlegenden Änderungen, aber es wurden in der Rechtsprechung und durch kleinere Gesetzesanpassungen immer wieder Konkretisierungen und Klarstellungen vorgenommen. Die wesentlichen Änderungen aus 2018 bilden weiterhin die Grundlage des aktuellen Bauvertragsrechts.

IV. Geänderte Vorschriften

1. Überblick

Das neue Werkvertragsrecht enthält Änderungen/Ergänzungen bei folgenden Vorschriften des bisherigen Werkvertragsrechts:

§ 632 a	Abschlagszahlungen
§ 640	Abnahme
§ 648	Sicherungshypothek des Bauunternehmers (jetzt unter § 650 e)
§ 648 a	Bauhandwerkersicherung (jetzt neu gefasst als § 650 f)
§ 649	Kündigungsrecht des Bestellers (entspricht § 648 n.F.)

Ferner wurden folgende Neuregelungen getroffen:

§ 648 a	Kündigung aus wichtigem Grund
§§ 650 a bis 650 v	Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag, Unabdingbarkeit, Architektenvertrag und Ingenieurvertrag, Bauträgervertrag

2. Aufbau

Das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. gliedert sich nunmehr wie folgt:

<i>Untertitel 1</i>	<i>Werkvertrag</i>
	<i>Kapitel 1 Allgemeine Vorschriften (§§ 631 bis 650)</i>
	<i>Kapitel 2 Bauvertrag (§§ 650 a bis 650 h)</i>
	<i>Kapitel 3 Verbraucherbauvertrag (§§ 650 i bis 650 n)</i>
	<i>Kapitel 4 Unabdingbarkeit (§ 650 o)</i>
<i>Untertitel 2</i>	<i>Architekten- und Ingenieurvertrag (§ 650 p bis 650 t)</i>
<i>Untertitel 3</i>	<i>Bauträgervertrag (§ 650 u bis 650 v)</i>

Die Allgemeinen Vorschriften in Kapitel 1 (§§ 631 bis 650) haben nur geringe Änderungen erfahren, nämlich

Abschlagszahlungen § 632 a
Abnahme § 640
Kündigung aus wichtigem Grund § 648 a

Neu sind die Vorschriften im Kapitel 2 bis 4 (§§ 650 a bis 650 v). Die Allgemeinen Vorschriften in Kapitel 1 sind vor die Klammer gezogen und gelten für sämtliche Verträge in den Kapiteln 2 bis 4, sofern dort nicht ausdrücklich eine Geltungseinschränkung festgelegt ist (§ 650 u Abs. 2 Bauträgervertrag).

Die wichtigste Neuregelung im Bauvertrag betrifft das Änderungsrecht (Anordnungsrecht) des Bestellers sowie dessen Folgen für die Vergütung verbunden mit Erleichterungen für die Erlangung von Entscheidungen hierzu im einstweiligen Rechtsschutz. Daneben werden die Zustandsfeststellungen bei Verweigerung der Abnahme und das Schriftformerfordernis für eine Kündigung des Bauvertrages fixiert. In den Allgemeinen Vorschriften erfahren die Abschlagszahlungen sowie die fiktive Abnahme eine Neuregelung. Zudem wird die Kündigung aus wichtigem Grund für den Werkvertrag normiert.

V. Geltung

Das Gesetz gilt für alle Verträge, die ab dem 01. Januar 2018 geschlossen werden. Für Altverträge gilt das frühere Werkvertragsrecht (Art. 229 § 39 EGBGB). Diese, klar erscheinende Regelung kann bei einer sogenannten „stufenweisen Beauftragung“ des Architekten Fragen aufwerfen. Der BGH hatte dazu ausgeführt, dass es nach der dortigen Überleitungsvorschrift auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages über die jeweiligen Leistungen ankommt⁴. Dies dürfte auch bei der Frage der Geltung des neuen Bauvertragsrechts der Anknüpfungspunkt sein. Auch wenn die Parteien für den Fall der späteren Beauftragung bereits konkrete Festlegungen zu den beabsichtigten Leistungen und dem hierfür geschuldeten Honorar getroffen haben, kommt es nicht auf den Zeitpunkt des Ausgangsvertrages an, sondern darauf, wann der Vertrag über die weiteren Leistungen letztlich geschlossen wird (so BGH). Vor der tatsächlichen Beauftragung der weiteren Leistungen liegt lediglich eine einseitige Bindung des Architekten bezüglich der weiteren Leistungen vor. Insoweit hat der Architekt in dem Ausgangsvertrag der Gegenseite ein bindendes Angebot hinsichtlich der weiteren Leistungen abgegeben. Die Gegenseite hat sich jedoch die freie Entscheidung über dessen Annahme vorbehalten. Damit ist eine vertragliche Vereinbarung der weiteren Leistungen im Ausgangsvertrag gerade noch nicht erfolgt. Diese tritt erst bei Abruf der weiteren Leistungen ein. Die Vertragsparteien müssen dann Sorge tragen, dass die Anforderungen des neuen Werkvertragsrechts eingehalten werden.

⁴ Urteil vom 18. Dezember 2014 (VII ZR 350/13)

Nach anderer Auffassung knüpfen die Parteien an bereits bestehende vertragliche Vereinbarungen an, so dass der wesentliche Kerngehalt entsprechend dem gemeinsamen Willen der Parteien fortgeführt wird⁵.

Die dogmatisch überzeugendere Lösung ist diejenige des BGH, auch wenn diese zur Folge hat, dass einzelne Stufen rechtlich unterschiedlich behandelt werden müssen. Denn nach Art. 229 § 39 kommt es auf die Entstehung des Schuldverhältnisses an. Maßgebend ist dabei jeweils die konkrete Vertragsgestaltung (Abgrenzung zum Rahmenvertrag und zu bloßen Vertragsänderungen).

Kapitel 2

Allgemeine Regelungen zum Werkvertrag

§§ 631 bis 650

I. Geltungsbereich

Die Allgemeinen Vorschriften gelten für sämtliche Werkverträge, also für kleinere Werkverträge ebenso wie für den Bauvertrag und den Verbraucherbauvertrag, sowie durch entsprechende Verweise teilweise auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag. In den Allgemeinen Vorschriften werden die Abschlagszahlungen sowie die fiktive Abnahme neu geregelt. Außerdem wird die Kündigung aus wichtigem Grund für den Werkvertrag normiert.

II. Regelungen im Einzelnen

1. Abschlagszahlungen § 632 a BGB

Die Bestimmung lautet in Absatz 1:

„Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe des Wertes der von ihm erbrachten Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend⁶. Die Leis-

⁵ Dressel in Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2018, Seite 482

⁶ § 641 Abs.3 lautet: „Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.“

tungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 5 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigten bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahleigenschaft an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.“

a. § 632 a Abs.1 Satz 1

Nach der bisherigen Regelung konnte der Unternehmer von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertzuwachses verlangen. Nachdem die Anknüpfung an den Wertzuwachs beim Besteller vielfach kritisiert wurde, ist dieser Teil des Gesetzes grundlegend geändert worden. Der Deutsche Baugerichtstag hatte bereits im Jahre 2010 empfohlen, die Vorschrift dahingehend abzuändern, dass der Unternehmer Abschlagszahlungen in Höhe des anteiligen Vertragswertes der erbrachten Teilleistungen verlangen kann. Diesem Vorschlag ist der Gesetzgeber mit der Neufassung gefolgt. Die bisherige Anknüpfung an den Wertzuwachs war in der Praxis schwer zu ermitteln, und bot erheblichen Anlass zu Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Damit wirkte sie entgegen dem eigentlichen Zweck der Vorschrift, nämlich dem Unternehmer die Möglichkeit einer zeitnahen Abschlagszahlung einzuräumen. Nach der neuen Fassung kommt es allein darauf an, welchen Wert die von dem Unternehmer erbrachten Leistungen gehabt haben.

Einfach ausgedrückt: Die Abschlagszahlung wird nicht für den Wertzuwachs, sondern für den Wert der nach dem Vertrag geschuldeten und von dem Unternehmer bisher erbrachten Teilleistungen gezahlt. Das lässt sich bei Einheitspreisverträgen leichter ermitteln als bei Pauschalverträgen. Im letzteren Fall werden sich Konflikte nicht immer vermeiden lassen. Im Übrigen wird durch die Regelung ein Gleichklang zu der VOB-Regelung in § 16 Abs. 1 Ziff. 1 VOB/B erzielt, wonach Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen verlangt werden können.

b. § 632 a Abs.1 Satz 2

Die zweite Änderung des § 632 a Abs. 1 ist ungleich schwerwiegender. Nach der bisher geltenden Regelung konnten Abschlagszahlungen verweigert werden, wenn an der Bauleistung wesentliche Mängel vorlagen. Wegen unwesentlicher Mängel konnte der Auftraggeber die Abschlagszahlung generell nicht verweigern (§ 632 a Abs.1 Satz 2 a.F.); allerdings räumte das Gesetz in diesem Fall dem Auftraggeber ein Leistungs-

verweigerungsrecht in Höhe des doppelten Betrages der Mängelbeseitigungskosten (§§ 632 a Abs.1 Satz 3, 641 Abs.3 a.F.) ein.

Nach der neuen Regelung darf der Besteller unabhängig davon, ob ein wesentlicher oder unwesentlicher Mangel vorliegt, die Abschlagszahlung nicht verweigern. Allerdings kann er bei Mängeln („nicht vertragsgemäß erbrachte Leistungen“) in der Regel das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten zurückhalten (§ 641 Abs. 3). In der Praxis kann Streit darüber bestehen, wie die Mängelbeseitigungskosten zu bewerten sind. Insoweit trägt der Unternehmer nach allgemeinen Grundsätzen bis zur Abnahme die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Werk wegen einer zahlreichen Mängel insgesamt als nicht mehr vertragsgemäß anzusehen ist. In diesem Ausnahmefall hat der Unternehmer auch keinen Anspruch auf Erhalt einer Abschlagszahlung.

Streiten die Parteien über die Höhe des Zurückbehaltungsrechts, trifft den Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast, dass die Beseitigungskosten geringer sind, als der verlangte Abschlag.

2. Abnahme § 640

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßige Stellwerk abzunehmen, sofern ich nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

(2)

Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher⁷, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nichterklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

(3)

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte

⁷ § 13 BGB: „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.“

*nur zu, wenn es sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbe-
hält.“*

Die Änderung betrifft allein die in Absatz 2 geregelte „fiktive Abnahme“.

Zunächst sollen die unverändert gebliebenen Regelungen und Grundsätze im Zusammen-
hang mit der Abnahme kurz in Erinnerung gerufen werden.

- Mit der Abnahme des Werkes ist das Erfüllungsstadium des Vertrages beendet.
- Mit der Abnahme wird der Werklohn fällig (§ 641 Abs. 1).
- Mit der Abnahme ist der Übergang der Gefahr verbunden (§ 644 Abs. 1 S. 1).
- Es findet eine Umkehr der Beweislast für die Mängelfreiheit bzw. für die Mängel
statt (§§ 363, 632 a Abs. 1 S. 3).
- Mit der Abnahme beginnt die Verjährungsfrist von Mängelansprüchen zu laufen
(§ 634 a Abs. 2).

Bei zu Unrecht verweigerter Abnahme treten die Abnahmewirkungen nach ständiger
Rechtsprechung gleichwohl ein⁸.

Mit der Neufassung in § 640 Abs.2 will der Gesetzgeber eine effektivere Ausgestaltung
der fiktiven Annahme schaffen. Die Fiktion der Abnahme bleibt nach Ablauf einer vom
Unternehmer gesetzten angemessenen Frist zur Abnahme im Grundsatz bestehen. Sie
greift jedoch nur dann ein, wenn der Besteller die Abnahme nicht unter Angabe von min-
destens einem Mangel verweigert. Dabei ist nach der Symptomtheorie die Angabe der
Mängelercheinung ausreichend. Ist dies unterblieben, ist die Abnahme nicht mehr an-
greifbar und es steht – anders als nach der alten Fassung – nunmehr frühzeitig fest,
wann die Abnahmewirkungen eingetreten sind. In ihrer Konsequenz führt die Regelung
auch dann zu einer fiktiven Abnahme, wenn ein Unternehmer ein Abnahmeverlangen
trotz wesentlicher Mängel stellt, in der Hoffnung, der Besteller werde sich in der gesetz-
ten Frist nicht rühren und dies ist dann tatsächlich dann auch der Fall. Lagen aus Sicht
des Unternehmers wesentliche Mängel vor, müssen diese einer fiktiven Abnahme nach
§ 640 Abs. 2 entgegenstehen.

Eine fiktive Abnahme nach § 640 Abs.2 kommt nur in Betracht, wenn das Werk im Zeit-
punkt des Abnahmeverlangens fertiggestellt worden ist. Fertiggestellt ist das Werk nach
dem Willen des Gesetzgebers, wenn es abgearbeitet ist.

⁸ BGH, Urteil vom 08.11.2007, VII ZR 183/05

Handelt es sich bei dem Besteller um einen Verbraucher muss ihn der Unternehmer über die Möglichkeiten der fiktiven Abnahme schriftlich informieren (§ 640 Abs. 2 S. 2). Von einem Verbraucher kann nicht erwartet werden, dass er sich über die Rechtsfolgen im Klaren ist, wenn er sich auf die Fristsetzung des Unternehmers, mit der dieser eine fiktive Abnahme erreichen will, nicht erklärt oder die Abnahme ohne Angabe von Mängeln verweigert. Dabei handelt es sich um eine nicht abdingbare Regelung (§ 650 o).

Die Bedeutung der Neufassung ist verhältnismäßig gering, weil der Auftraggeber bei Vorliegen von Mängeln regelmäßig entsprechende Beanstandungen erheben wird.

3. Kündigung aus wichtigem Grund, § 648 a

Die Bestimmung lautet:

„(1)

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

(2)

Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werkes beziehen.

(3)

§ 314 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.

(4) *Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.*

(5)

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

(6)

Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“

a. Hintergrund

In § 648a wird das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Bauvertrages erstmals gesetzlich normiert. Die Regelung in § 314 (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) ist auf Werkverträge nicht direkt anwendbar, weil es sich dabei nicht um Dauerschuldverhältnisse handelt. Unabhängig davon hat die Rechtsprechung das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Bauvertrages anerkannt und sich dabei an der Regelung in § 314 orientiert. Von daher konnte auch ein Bauvertrag außerordentlich aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn einer Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unter Abwägung der der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar war. Die Übernahme eines allgemeinen Kündigungstatbestandes in das Gesetz beruht auf der Anregung des 3. Deutschen Baurechtstages, um auch insoweit eine höhere Rechtssicherheit zu erreichen, da bisher Gründe für eine außerordentliche Kündigung allein auf Richterrecht beruhten. Gleichwohl wird auch in Zukunft auf die umfangreiche Rechtsprechung zurückgegriffen werden müssen.

b. Wichtiger Grund

Ein wichtiger Grund liegt nach der Generalklausel des Gesetzes vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werkes nicht zugemutet werden kann (§ 648 a Abs.1 Satz 2). Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, besondere Kündigungstatbestände zu normieren wie es in § 8 und § 9 VOB/B geschehen ist. So kann ein bestimmtes Verhalten des Auftragnehmers bei der Vergabe einen Kündigungsgrund für den Auftraggeber darstellen; die unterbliebene Bezahlung einer fälligen Rechnung durch den Auftraggeber kann wiederum einen Kündigungsgrund für den Auftragnehmer darstellen.

Ob jeweils ein wichtiger Grund vorliegt, werden die Gerichte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles prüfen (z.B. Insolvenz des Unternehmers).

c. Fristsetzung

Über § 648 a Abs. 3 gilt § 314 Abs. 2 und 3 entsprechend. Dies bedeutet, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig ist. Die

Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss für den Gläubiger wesentlich ist.

d. Kündigungserklärung

Die Kündigung gemäß § 648 a ist formfrei. Für die Kündigung eines Bauvertrages ist die Einhaltung der Schriftform erforderlich (§ 650).

e. Feststellung des Leistungsstandes

Nach § 648 a Abs. 4 S. 1 sind beide Vertragsparteien nach der Kündigung des Werkvertrages verpflichtet, eine gemeinsame Leistungsstandfeststellung vorzunehmen, sofern mindestens eine Partei dies verlangt. Diese Regelung greift die Bestimmung in § 8 Abs. 7 VOB/B und die hierzu ergangene Rechtsprechung auf⁹. Die Leistungsstandfeststellung gemäß § 648 a Abs. 4 hat keine Abnahmewirkung, sondern die Wirkung eines beweiserleichternden Anerkenntnisses („deklaratorische Wirkung“), was im Regelfall zur Umkehr der Beweislast führt. Bleibt eine Partei einem vereinbarten oder innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin fern, geht der Gesetzgeber davon aus, dass die anwesende Partei eine einseitige Dokumentation erstellt. Dies ist wegen der Beweiswirkung zu empfehlen. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung.

Beruft sich ein Unternehmer auf ein einseitiges Aufmaß, das er genommen hat, weil der Besteller nicht zum vereinbarten Termin erschienen ist, verhält sich die Beweislast wie folgt:

- Der Unternehmer muss beweisen, dass ein Termin vereinbart war oder er eine angemessene Frist gesetzt hat.
- Der Unternehmer muss beweisen, dass der Besteller zu diesem Termin nicht erschienen ist.
- Der Besteller muss beweisen, dass ein Entschuldigungsgrund vorliegt.
- Der Besteller muss beweisen, dass er sich unverzüglich entschuldigt hat.

⁹ BGH, Urteil vom 22. Mai 2003, VII ZR 143/02

f. Rechtsfolgen

§ 648 a Abs. 5 stellt klar, dass der Unternehmer bei einer Kündigung aus wichtigem Grund - anders als bei einer freien Kündigung des Bestellers gemäß § 648 Satz 2 n.F. - nur berechtigt ist, die Vergütung für die von ihm erbrachten Leistungen zu verlangen. Erbracht sind lediglich die Leistungen, die in das Bauwerk eingegangen sind. Lieferungen auf die Baustelle werden also ebenso wenig vergütet, wie Werkstattvorleistungen oder Planungsleistungen oder Planungsleistungen, die dem Besteller nicht zugeflossen sind. Weitergehende Leistungen kann der Unternehmer im Wege des Schadensersatzanspruchs verfolgen (§ 648 a Abs. 6), also auch einen Vergütungsanspruch hinsichtlich der nicht mehr verdienten Vergütung, sofern der Besteller den Kündigungsgrund zu vertreten hat. Der Unternehmer muss sich jedoch seine ersparten Aufwendungen oder einen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung.¹⁰

Kapitel 3 Regelungen zum Bauvertrag §§ 650 a bis 650 h

I. § 650 a Bauvertrag Definition

Die Bestimmung lautet:

„(1)

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

(2)

Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, in das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.“

¹⁰ BGH, Urteil vom 21.12.1995, VII ZR 198/94

Der Bauvertrag war bislang gesetzlich nicht definiert. Vielmehr entwickelte die Rechtsprechung die Auslegung des Begriffs. Für den Bauvertrag wird entsprechend der Gesetzesbegründung eine auf der bisherigen Rechtsprechung aufbauende Definition eingeführt (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 18/8486, 52 f.). Der Gesetzgeber hat sich bei der Definition eines Bauvertrages in Abgrenzung zum „einfachen“ Werkvertrag auf die in § 634 a Abs. 1 Nr. 2 vorhandene Regelung berufen, wonach Ansprüche bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg bei der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen für ein Bauwerk bestehen, in fünf Jahren verjähren. Die Rechtsprechung hat den Begriff des Bauwerks in der genannten Vorschrift als eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache definiert¹¹. Der Bauwerksbegriff umfasst demnach auf und unter der Erdoberfläche errichtete Werke und geht weiter als der des Gebäudes.

Bauwerke können beispielsweise Gleisanlagen, Gasrohrleitungsnetze sowie eine großflächige Photovoltaikanlage sein.

Als Faustregel gilt:

Immer wenn die 5-jährige Mängelverjährung nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 eingreift, liegt ein Bauvertrag vor, aber nicht jeder Bauvertrag weist die 5-jährige Mängelverjährung auf. So liegt ein Bauvertrag auch bei Abrissarbeiten vor, die aber keiner 5-jährigen Verjährung unterliegen¹². Der Bundesgerichtshof hatte in dem Urteil ausgeführt, unter Arbeiten bei Bauwerken seien sämtliche Arbeiten zur Herstellung eines neuen Gebäudes zu verstehen und dies treffe auf bloße Abbrucharbeiten nicht zu. Durch die neue Gesetzeslage werden nunmehr auch Abrissarbeiten ausdrücklich in den Bereich des Bauvertrages hineingenommen („Beseitigung eines Bauwerkes“). Generell gilt, dass kleine Reparaturen (kleinere Malerarbeiten, Heizungsreparaturen, Installationen kleinerer elektrischer Anlagen) nicht von der 5-jährigen Verjährung gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 2 erfasst werden. Verträge über solche Leistungen sind auch nach dem neuen Gesetz keine Bauverträge, sondern allgemeine Werkverträge über Bauleistungen.

Auch ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerkes ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für Konstruktion, Bestand oder Gebrauch des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung ist. Hinsichtlich des Begriffs der Instandhaltung verweist der Regierungsentwurf auf die Definition in § 2 Abs. 9 HOAI. Danach sind Instandhaltungen Maßnahmen zur Erhaltung des Soll-Zustandes eines Objektes. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass

¹¹ BGH-NJW 1983, 567; BauR 2003, 1391

¹² Urteil vom 09.03.2004, X ZR 67/01

ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerkes nur dann ein Bauvertrag ist, wenn das Werk für das Gebäude von wesentlicher Bedeutung ist.

II. § 650 a Bauvertrag Rechtsfolge

Liegt ein Bauvertrag im Sinne von § 650 a vor, gelten neben den allgemeinen Vorschriften (§§ 631 bis 650 BGB) die besonderen Regelungen der §§ 650 b bis 650 h.

Das allgemeine Recht des Werkvertrages wird damit um die folgenden Regelungen ergänzt:

- Leistungsänderungsrecht des Bestellers und Vergütungsanpassung gemäß §§ 650 b und 650 c
- Erleichterter Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Nachtragsstreitigkeiten, § 650 d
- Sicherungsansprüche des Unternehmers, § 650 e und § 650 f
- Modifikation der Gefahrtragung nach § 644 Abs. 1 durch die Zustandsfeststellung gemäß § 650 g Abs. 1 bis 3
- Fälligkeit erst nach prüffähiger Schlussrechnung, § 650 g Abs. 4
- Schriftformgebot für die Kündigung, § 650 h

Nachfolgend soll auf das Anordnungsrecht des Bestellers, die Vergütungsanpassung des Unternehmers und den erleichterten Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Nachtragsstreitigkeiten näher eingegangen werden. Dabei handelt es sich um zentrale Regelungen des neuen Bauvertragsrecht.

III. Anordnungsrecht des Bestellers § 650 b¹³

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Begehrt der Besteller

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

¹³ dazu im Einzelnen: Abel/Schönfeld, Das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650 b BGB, BauR 2017, 1901 ff., 2047 ff; 2018, 1ff.; Retzlaff, BauVG, BauR 2017, 1783 ff.

nehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Abs. 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2)

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

1. Hintergrund

Da sich Bauvorhaben regelmäßig über längere Zeiträume erstrecken, können sich die Umstände ändern, die bei Vertragsschluss vorlagen, etwa wegen unvorhergesehener technischer Schwierigkeiten, geänderter technischer oder rechtlicher Vorgaben oder wegen Sonderwünschen des Bestellers. Diesen geänderten Umständen müssen die Parteien durch eine entsprechende Vertragsänderung Rechnung tragen. Eine einverständliche Vertragsänderung oder eine gesetzliche Anpassung nach § 313 BGB werden jedoch häufig nicht zügig erreichbar sein, wenn die Parteien über die Gründe und Folgen der Anpassung streiten.

Daher wurde in der VOB dem Auftraggeber das Recht eingeräumt, den Bauentwurf einseitig zu ändern (§ 1 Abs.3 VOB/B) wie auch vom Unternehmer die Ausführung nicht vereinbarter, aber erforderlicher Leistungen zu verlangen (§ 1 Abs. 4 VOB/B). Es handelt sich dabei um ein vertraglich vereinbartes Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB. Der sich daraus ergebende Vergütungsanspruch des Unternehmers folgt aus § 2 Abs. 5, 6 und 7 VOB/B. Es gilt hervorzuheben, dass mit der Einbeziehung der VOB in ihr Vertragsverhältnis die Parteien eine einverständliche vertragliche Regelung zur einseitigen Vertragsänderung getroffen haben.

Das neue Werkvertragsrecht des BGB greift indessen mit der Einräumung eines gesetzlichen Anordnungsrechts des Bestellers auch gegen den Willen des Unternehmers massiv in die Vertragsfreiheit und in die Vertragsgestaltungsfreiheit ein. Dies bedeutet eine Abkehr von dem bislang im BGB-Bauvertrag geltenden Konsensualprinzip. Es bestand jedoch Einigkeit, dass der geregelte Sachverhalt bei der Ausführung von Bauverträgen häufig auftritt und ein praktisches Bedürfnis nach solchen Regelungen besteht, die eine volkswirtschaftlich erwünschte erleichterte Abwicklung von nachträglichen Änderungen vorsehen.

Die Regelung in § 650 b Abs. 1 begründet damit keine Kontrahierungspflicht, wohl aber eine ebenso regelungsbedürftige Angebots- und Verhandlungspflicht. Der Besteller ist im Falle der Nichteinigung zur einseitigen Anordnung berechtigt (§ 650 b Abs. 2). Allerdings kann dies erst 30 Tage nach Zugang seines Änderungsbegehrens geschehen.

2. Voraussetzungen des Anordnungsrechts

Der Verfahrensablauf bis zur einseitigen Anordnung gestaltet sich wie folgt:

- Änderungsbegehren des Bestellers
- Planung der Änderung durch Besteller (sofern generelle Planungsverantwortung)
- Angebot des Unternehmers
- Einigungsphase (30-Tage-Frist)
- nach gescheiterter Einigungsphase => Anordnung des Bestellers

a. Änderungsbegehren des Bestellers

Dieses Begehren kann entweder auf die Änderung des vereinbarten Werkerfolges gerichtet sein (§ 650 b Abs.1 Nr.1) oder auf eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist (§ 650 b Abs.1 Nr.2).

aa.

Generell als Änderung wird die Mehr-, Minderleistung oder die Änderung einzelner Leistungselemente bezeichnet. Wichtig ist dabei lediglich, dass die Leistung nicht bereits vorher vertraglich geschuldet war. Außerdem darf der Besteller kein anderes Werk verlangen. Diese Grenzen sind je nach Ausmaß der begehrten Änderung nicht ganz einfach zu ziehen. Um nicht als neues Werk bezeichnet zu werden, muss das

Werk in seinem Kern unberührt bleiben, der Charakter, der Ort und seine Funktion müssen gleichbleiben.¹⁴

Eine Verlängerung der Bauzeit fällt nicht unter diesen Begriff der Änderung, es sei denn, sie wurde im Vertrag explizit als Werkerfolg vereinbart.

bb.

Im Rahmen der ersten Variante einer Änderung („gewillkürte Änderung“) kann der Besteller nach Belieben den Werkerfolg ändern, der Unternehmer ist jedoch nur zur Umsetzung verpflichtet, soweit ihm die Änderung zumutbar ist (§ 650 b Abs.1 Satz 2). Eine gewillkürte Änderung liegt vor, wenn der durch Auslegung zu bestimmende vereinbarte Werkerfolg geändert werden soll, ohne dass hierfür eine technische Notwendigkeit besteht.

Beispiel

Der Besteller begehrt die Verwendung anderer Materialien, eine andere Dachform, die Umsetzung eines Grundrisses, ohne dass hierfür eine technische Notwendigkeit besteht.

Die Zumutbarkeit einer Leistungsänderung ist durch Abwägung der Interessen beider Parteien zu klären. Auf Seiten des Unternehmers sind dabei der Leistungsinhalt und seine betriebliche Situation von Bedeutung. Auf Seiten des Bestellers fällt ins Gewicht, dass ein Wechsel des Vertragspartners bei laufendem Vertrag nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden sein kann¹⁵.

cc.

Im zweiten Fall muss eine Änderung erfolgen, damit der Erfolg des Bauvertrages wie ursprünglich vereinbart erbracht werden kann („notwendige Änderung“). Die Funktionstauglichkeit des Werkes soll hergestellt werden. Es gilt der funktionale Leistungsbegriff, wonach der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit des zu erbringenden Werks als Erfolg schuldet. Von daher handelt es sich strenggenommen nicht um eine Vertragsänderung im eigentlichen Sinne¹⁶, weil der Werkerfolg unverändert bleibt. Der Besteller kann im Rahmen seines Rechts auf Nacherfüllung vom Unternehmer auch bereits nach dem bisherigen Recht bestimmte geänderte Leistungen verlangen. Das neue Recht führt zur Beschleunigung dieses Begehrens.

¹⁴ Sprau in Palandt, BGB, 85. Aufl. 2025, § 650 b BGB, Rn. 3

¹⁵ Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/8486, S. 53 f.

¹⁶ Retzlaff a.a.O., S. 1787

b. Planung der Änderung

Sofern der Besteller für die Planung verantwortlich ist, muss er die Änderungsplanung vornehmen und diese dem Unternehmer zur Verfügung stellen (§ 650 b Abs. 1 Satz 4). Damit stellt der Gesetzgeber sicher, dass der Unternehmer ein Angebot nur dann zu erstellen hat, wenn er auch die zu erbringenden Leistungen kennt.¹⁷ Die Planungsverantwortlichkeit des Bestellers sollte weit gefasst werden.

c. Angebot des Unternehmers

Nunmehr hat der Unternehmer ein Nachtragsangebot zu unterbreiten, das insbesondere die Mehr- oder Mindervergütung beinhaltet.

d. Einigungsphase

Über die Änderung und deren Vergütung versuchen sich Besteller und Unternehmer zuerst innerhalb einer 30 Tage Frist zu einigen. Diesen Versuch, eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen, hat der Gesetzgeber im Interesse beider am Vertrag beteiligten Parteien konzipiert. Er geht davon aus, dass eine nicht zustande gekommene Einigung die weitere Zusammenarbeit stark belasten kann.¹⁸

e. Anordnung

Kommt eine Einigung nicht zu Stande steht dem Besteller nach § 650 b Abs. 2 ein Anordnungsrecht zu, dem der Unternehmer in Fällen einer Änderung des Werkerfolges nur nachzukommen hat, wenn ihm dies zumutbar ist. Die Anordnung hat in Textform zu ergehen.

3. Folgen einer wirksamen Anordnung

a. Neue Vertragspflichten

Die wirksame Anordnung führt zu einer Vertragsänderung und Umgestaltung. Die Herstellung des Werks entsprechend der Änderung ist nunmehr Vertragspflicht. Die schuldhaft Verletzung dieser Pflicht berechtigt den Besteller zur Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund und zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Der Unternehmer hat auch kein Leistungsverweigerungsrecht hinsicht-

¹⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486, S. 54

¹⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486, S. 54

lich umstrittener Fragen. Gegebenenfalls muss er eine eigene einstweilige Verfügung beantragen.

- b. Die Parteien des Bauvertrags können nach § 650 c eine Anpassung der Vergütung verlangen. Hinsichtlich der Abschlagszahlungen kann eine Pauschale verlangt werden.

IV. Die Vergütungsanpassung gemäß § 650 c

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650 b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlichen erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesen im Fall des § 650 b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

(2)

Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

(3)

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

V. Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650 b Abs.2¹⁹

1. Berechnung

§ 650 c regelt die Vergütungsanpassung für geforderte Leistungen nach § 650 b. Die Norm sieht zwei unterschiedliche Ansätze vor, um die Mehr- oder Mindervergütung des Unternehmers nach einer Leistungsänderung zu ermitteln:

- Preisanpassung nach den tatsächlichen Kosten (§ 650 c Abs.1)
- Preisanpassung unter Rückgriff auf eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation (§ 650 c Abs.2)

a. Tatsächliche Kosten (§ 650 Abs.1)

Maßgeblich für die Differenzberechnung sind die hypothetischen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, die für die Ausführung des ursprünglichen Vertrags angefallen wären und die tatsächlich angefallenen Kosten mit entsprechenden Zuschlägen nach Anpassung. Der ursprünglich kalkulierte Gewinn oder Verlust wird dabei nicht fortgeschrieben. Es findet also keine Berechnung nach dem Vertragspreisniveaufaktor statt.

b. Rückgriff auf Urkalkulation (§ 650 Abs.2)

Statt die Differenz zwischen den hypothetisch und tatsächlich angefallenen Kosten zu errechnen, kann der Unternehmer seine Vergütung zunächst anhand seiner vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation ermitteln. Damit kann der Unternehmer die mitunter aufwändige Ermittlung der tatsächlichen Kosten zurückstellen.

Der Besteller hat dann die Möglichkeit darzulegen, dass die durch die Leistungsänderung veranlasste Kostensteigerung tatsächlich geringer, bzw. eine Kostenminderung tatsächlich größer ist.

2. Abschlagszahlungen (§ 650 c Abs.3)

Bei Streit über die Abschlagszahlung für die vom Unternehmer (vollständig und mangelfrei) erbrachten Leistungen kann dieser in Höhe von 80 % seines Angebotes für seine Mehrvergütung gem. § 650 b Absatz 1 S.2 verlangen.

¹⁹ dazu im Einzelnen: Retzlaff, BauVG, BauR 2017, 1796 ff.

Die Kriterien, die an das Angebot zu richten sind, sind von großer Bedeutung. Damit soll verhindert werden, dass diese Leistungsbestimmung im Wege einer Leistungsverfügung eine ungerechtfertigt hohe Vergütung (vorläufig) ermöglicht. Das Angebot sollte in jedem Fall plausibel unter übersichtlicher Darlegung der Mehr- und Minderkosten (auf Kosten- oder Kalkulationsbasis) den Weg der Ermittlung der Mehrvergütung darstellen.

Dazu gehört auch die Darlegung der Mengenansätze, bei EP- wie beim Pauschalvertrag. Beim Pauschalvertrag sind die die Mengen der Vertragsplanung zu entnehmen. Die Vorlage eines Änderungs-LV wird andererseits auch vom Auftraggeber bei der Planung der Änderung zu erwarten sein. Der Auftraggeber hat es also in der Hand durch eine kohärente Anordnung und Planung des geänderten Leistungsbereiches die Transparenz der Preisbildung des Angebotes zu erhöhen. Ist die Änderung und Planung der Änderung hingegen preislich schwer fassbar, fehlt also ein Leistungsverzeichnis mit hinreichender Detailtiefe, braucht sich der Auftraggeber nicht über die schwer nachvollziehbare Preisbildung zu wundern.

Hier wird zumindest eine Nachvollziehbarkeit des Angebotes wie auch der Preisbildung zu fordern sein. Letzteres ist nicht immer ganz einfach bei komplexes TGA -Nachträgen oder auch im Spezialtiefbau. Nachvollziehbarkeit bestimmt der Auftraggeber im Wesentlichen selbst. Die Preisbildung wird als zusätzliches Tatbestandsmerkmal zumindest glaubhaft zu machen sein. Dies kann durch eine schlüssige kalkulatorische Aufschlüsselung oder durch ein Privatgutachten eines Sachverständigen für Baupreiskalkulation.

VI. Die einstweilige Verfügung gemäß § 650 d

Die Bestimmung lautet:

„Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650 b oder die Vergütungsanpassung gemäß § 650 c ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.“

1. Hintergrund

Dem Interesse der Parteien an einer Vermeidung von Baustillständen und Liquiditätsengpässen soll Rechnung getragen werden. Das neue Werkvertragsrecht erleichtert es den Parteien, bei einem Streit über Änderungsanordnungen des Bestellers und darauf aufbauende Vergütungsforderungen des Unternehmers zeitnah im Wege einer einstweiligen Verfügung eine gerichtliche Entscheidung der Gerichte zu erwirken. Zwar waren bei baurechtlichen Streitigkeiten auch nach bisherigem Recht einstweilige Verfügungen

nicht ausgeschlossen; diesen Verfahren standen jedoch zahlreiche Hindernisse entgegen (Komplexität des Streitstoffes, zahlreiche nicht schnell zu klärende technische Fragen, Schwierigkeiten bei der Darlegung des Verfügungsgrundes), so dass davon in der Praxis nicht häufig Gebrauch gemacht wurde.

Der Gesetzgeber hat sich nunmehr der Einsicht nicht verschlossen, dass bei der Abwicklung von Bauvorhaben häufig ein enormer Zeitdruck besteht wie auch ein gesteigertes Vorleistungsrisiko des Unternehmers bei streitigen Vertragsänderungen seitens des Bestellers. Aus diesem Grund kann bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650 b) und über die Vergütungsanpassung (§ 650 c) des Unternehmers der Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt werden, ohne dass dabei der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird. Es muss lediglich mit der Bauausführung begonnen worden sein.

2. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des § 650 d sind:

- Die Bauausführung muss bereits begonnen haben.
- Es muss ein Fall des § 650 b (Anordnungsrecht) oder des § 650 c (Vergütungsanpassung) vorliegen.

Einleiten kann das Verfahren sowohl der Besteller als auch der Unternehmer. Das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs muss nach wie vor glaubhaft gemacht werden. Zuständig sind die neu gebildeten Baukammern der Landgerichte (§§ 71 Abs.2 Nr.5, 72 a GVG) und zwar ohne Rücksicht auf den Streitwert.

VII. Sonderregelungen

§ 650 b und c einschließlich der Möglichkeit der Veranlassung einer Regelungsverfügung sind dispositiv. Sie stellen aber sowohl bei der AGB- wie auch der Prüfung nach § 242 das gesetzliche Leitbild dar. Abweichende Regeln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen bei deren Verwendung vom Besteller entweder auf das Anordnungsrecht verzichten oder eine andere Möglichkeit der Erlangung von Abschlagszahlungen auf geänderte Leistungen ermöglichen wie etwa das baubegleitende Schiedsgutachterverfahren.

Kapitel 4

Verbraucherbauvertrag

§§ 650 i bis 650 o

I. Hintergrund

Durch die EU-Verbraucherrechterichtlinie vom 25. Oktober 2011²⁰ zu den vorvertraglichen Informationspflichten werden Verbraucher bei Bauvorhaben geschützt. Ausgenommen sind dabei aber Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erheblichen Umbaumaßnahmen²¹. Diese Ausnahme hat dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, eigene und weitergehende Regelungen für diesen Adressatenkreis zu erlassen. Dies wurde im Zuge der Neuregelungen im Werkvertragsrecht auch umgesetzt. Mit der Einführung eines Verbraucherbauvertrages sollen Verbraucher vor Übereilung und Übervorteilung geschützt werden. Begründet wird die erhöhte Schutzbedürftigkeit mit den enormen Investitionen, die ein Neubau oder erhebliche Umbaumaßnahmen mit sich bringen.

Die Regelungen zum Verbraucherbauvertrag umzusetzen war notwendig geworden. Andernfalls wäre es zu einem erheblichen Ungleichgewicht zwischen Verbrauchern kleinerer Bauverträge und denen von Neubauten oder erheblichen Umbaumaßnahmen gekommen. Eine solche Ungleichbehandlung ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei größeren Bauvorhaben auch das Risiko des Verbrauchers höher ist, nicht gerechtfertigt. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber spezielle vorvertragliche Informationspflichten und weitere Schutzpflichten eingeführt.²²

II. Verbraucherbauvertrag § 650 i

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Verbraucherbauverträge sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.

(2)

Der Verbraucherbauvertrag bedarf der Textform.

(3)

Für Verbraucherbauverträge gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.“

²⁰ ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64

²¹ BT-Drs. 18/8486, S.61

²² BT-Drs. 123/16, S. 66

Der Vertragsgegenstand des Verbraucherbauvertrages muss ein Neubau oder eine erhebliche Umbaumaßnahme sein und zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossen werden.

1. Neubau

Der Neubau wird dabei charakterisiert durch hohe finanzielle Investitionen. Diese müssen relativ für den Verbraucher und absolut im Markvergleich sein.

Der Neubau benötigt außerdem eine technisch konstruktive Eigenständigkeit sowie eine daraus resultierende selbständige Nutzbarkeit. Außerdem ist ein gewisses Niveau bautechnischer Komplexität von Nöten.

2. Erheblicher Umbau

Erhebliche Umbaumaßnahmen sind solche, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, wenn also beispielsweise von einem Gebäude nur die Fassade erhalten bleibt. Nicht unter den Begriff fallen die Errichtung von Anbauten, Instandsetzungen oder Renovierungen, die keine erheblichen Umbauarbeiten darstellen. Es kommt damit auf den Umfang, die Komplexität und den Eingriff in die bauliche Substanz an. Im Zuge einer Auslegung kann auch die Definition der HOAI in Betracht gezogen werden. Demnach sind Umbauten Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion und Bestand.

Generell nicht erfasst sind Leistungen von Architekten, außer die Leistung wird bei Generalübernehmerverträgen vom Bauunternehmer selbst erbracht. Damit ist der Architektenvertrag kein Verbraucherbauvertrag. Ebenfalls nicht unter den Begriff des Verbraucherbauvertrags fällt die Konstellation, dass mehrere Unternehmer Einzelgewerke ausführen. Es geht hier um das „Bauen aus einer Hand“.²³ Um die Schutzvorschriften des Verbraucherbauvertrages für sich nutzen zu können müssen Unternehmer den Auftrag also insgesamt an einen Generalunternehmer oder einen Generalübernehmer vergeben.

Zur Diskussion:

Problematisch könnte hier sein, dass nach der Regelung auch größere Instandsetzungsmaßnahmen mit erheblichen finanziellen Volumen, neue Dacheindeckungen oder ähnliche Projekte nicht unter den Begriff des Verbraucherbauvertrages fallen. Es stellt sich die Frage, inwieweit dies jedoch den Sinn der Regelungen an sich verfehlt. Auch die

²³ Sprau in Palandt, a.a.O., S. 1115

Tatsache, dass die erfassten Werkleistungen im Bauvertrag und Verbraucherbauvertrag unterschiedlich sind, könnte in der Praxis zu Schwierigkeiten führen.

3. Gebäude

Gebäude sind Bauwerke, die Menschen, Tiere oder Sachen durch räumliche Umfriedung Schutz gegen äußere Einflüsse gewähren und dem Eintritt von Menschen zugänglich sind.

4. Verbraucher

Verbraucher ist jede natürliche Person, die Rechtsgeschäfte zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können (§ 13).

Mit dem neu eingefügten „überwiegend“ können Mischverträge jetzt großzügiger zu Gunsten der Verbraucher entschieden werden. Bei Zweifeln der Zuteilung einer Sphäre wird nun ebenfalls zu Gunsten des Verbrauchers entschieden. Das Gegenteil gilt nur, wenn eindeutig und zweifelsfrei erkennbar ist, dass die Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständig beruflichen Zwecke handelt.

Der klassische Verbraucher ist der Besteller, der das Gebäude am Ende selbst bezieht. Es muss sich aber nicht nur um eine einzelne Person handeln. Auch beispielsweise Ehegatten, die gemeinsam als GbR auftreten gelten als Verbraucher. Dies gilt jedoch nur, solange keine juristische Person Gesellschafterin der GbR ist. Eine Wohnungseigentümergesellschaft kann ebenfalls Verbraucher sein. Für sie gilt, dass sie als Verbraucher gewertet wird, sobald ihr mindestens ein Verbraucher angehört und der Vertrag nicht zu dessen gewerblichen oder freiberuflichen Interessen abgeschlossen wurde.

Der Anwendungsbereich für eine WEG im Verbraucherbauvertrag ist jedoch eher gering, da in der Regel die Schwelle für erhebliche Umbaumaßnahmen nicht erreicht wird. Auch die Beratung oder Vertretung eines Verbrauchers durch einen Architekten hemmt seinen Verbraucherstatus nicht.

Für Freiberufler, die Gebäude sowohl privat als auch gewerblich nutzen ist die Einordnung als Verbraucher abhängig von der Gewichtung der privaten und gewerblichen Anteile.

Für einen Unternehmer ist es zukünftig damit besonders wichtig, zu wissen, ob er einen „Bauvertrag mit einem Verbraucher“ oder einen „Verbraucherbauvertrag“ geschlossen

hat. Davon hängt ab, welche Regelungen für ihn und den Vertrag gelten und welche Pflichten er zu erfüllen hat.

5. Textform

Mit der gesetzlichen Festlegung der Textform für Verbraucherbauverträge sollen Beweisschwierigkeiten vorbeugt werden. In seiner Begründung führt der Gesetzgeber an, dass die Baubeschreibung des Unternehmers dem Verbraucher ebenfalls in Textform zur Verfügung gestellt werden muss.

III. Baubeschreibung § 650 j

Die Bestimmung lautet:

„Der Unternehmer hat den Verbraucher über die sich aus Art. 149 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten, es sei denn, der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter macht die wesentlichen Planungsvorgaben.“

1. Informationspflicht

Die Baubeschreibung stellt eine vorvertragliche Informationspflicht des Unternehmers dar. Es muss also noch keine vertragliche Beziehung zwischen den Parteien bestehen und trotzdem hat der Verbraucher Anspruch auf die Baubeschreibung. Der Unternehmer kann ausnahmsweise von seiner Pflicht befreit werden, wenn der Verbraucher oder eine von ihm beauftragte Person selbst die wesentlichen Planungsvorgaben erstellt.

In der Baubeschreibung enthalten sein müssen alle Planungselemente nach Artikel 249 § 2 Abs. 1 EGBGB. Demnach müssen alle wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer und verständlicher Weise dargestellt werden.²⁴ Ansonsten könnten bei fehlender Beschreibung wesentliche vertragliche Elemente ungeregelt bleiben.

Zum Mindestinhalt gehören damit

- Allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, gegebenenfalls Haustyp und Bauweise

²⁴ BT-Drs. 123/16, S. 67

- Art und Umfang der angebotenen Leistungen, gegebenenfalls der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustellenleitung sowie der Ausbaustufe
- Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte
- Gegebenenfalls Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik
- Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke
- Gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus
- Gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen
- Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss
- Gegebenenfalls Beschreibung der Sanitärobjekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.

Zur Diskussion:

Unklar ist hier, was mit „gegebenenfalls“ gemeint ist. Um den Verbraucher zu schützen, sollte man die Regelungen so verstehen, dass darauf nur ausnahmsweise verzichtet werden kann, wenn Besonderheiten oder Beschränkungen der übernommenen Leistungspflicht die Angaben entbehrlich machen.

Außerdem wäre ein vom Gesetzgeber festgelegte Frist für die Übersendung der Baubeschreibung an den Verbraucher sinnvoll. Art. 249 § 1 EGBGB spricht an dieser Stelle lediglich von „rechtzeitig“.

Gibt der Verbraucher also nur einzelne Elemente vor, kann er trotzdem verlangen, dass der Unternehmer eine vollständige Beschreibung erstellt.

Um der Informationspflicht zu genügen, wird eine funktionale Leistungsbeschreibung in Zukunft wohl auch nicht mehr ausreichen. Die wesentlichen Eigenschaften, die für den Verbraucher von Relevanz sind, müssen angegeben werden.²⁵ Der Unternehmer sollte also lieber zu viel informieren als zu wenig.

Zur Diskussion:

Um seiner Informationspflicht ausreichend nachzukommen, sollte der Unternehmer den Verbraucher besser über- als unterinformieren. Es stellt sich die Frage, ob durch eine

²⁵ Rundschreiben (12/2017), S. 4

übermäßig große Menge an Informationen nicht bereits wieder die Zielstellung der Regelung verloren geht. Der Verbraucher soll über die für ihn wirklich notwendigen Dinge informiert werden und nicht mit unendlich vielen Informationen „zugeschüttet“ werden.

Mit der Einführung der Informationspflicht des Unternehmers im Rahmen einer Baubeschreibung verfolgt der Gesetzgeber verschiedene Ziele. Grundsätzlich besteht zwischen Verbraucher und Unternehmer eine asymmetrische Informationslage, die beseitigt werden soll. Die Erwartungen des Bestellers, die dieser auf Grund der Vertragsverhandlungen hat, sollen geschützt werden. Mit der Überprüfung wird der Verbraucher außerdem in die Lage versetzt, das Angebot durch einen sachverständigen Dritten überprüfen zu lassen oder die Preise und Leistungen mit anderen Angeboten zu vergleichen. Dadurch soll auch der Wettbewerb gefördert werden.²⁶

2. Folgen der Nichteinhaltung

Wenn der Unternehmer seiner Informationspflicht nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist, besteht ein geschlossener Vertrag trotzdem fort. Der Verbraucher kann aber das Recht auf Schadensersatz, Rücktritt oder Kündigung erlangen.²⁷

IV. Inhalt des Vertrages § 650 k

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Die Angaben der vorvertraglichen zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung werden Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

(2) Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist, ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszulegen. Zweifel bei der Auslegung des Vertrags bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten.

(3)

Der Bauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Enthält der Vertrag diese Angaben nicht, werden die vorvertragliche in der Bau-

²⁶ BT-Drs. 123/16, S. 67

²⁷ Sprau in Palandt aaO, § 650 j Rn.4

beschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.“

Der Vertrag braucht einen Mindestinhalt, damit er überhaupt zustande kommen kann. Grundsätzlich sind die Vertragsparteien frei in der Entscheidung, welche Bestandteile in den Vertrag aufgenommen werden und welche nicht. Dies ist auch beim Verbrauchervertrag der Fall. Die Tatsache, dass bestimmte Angaben enthalten sind, ist auch keine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrages. Durch die Ergänzungsregeln und Vorgaben zur Vertragsauslegung des § 650 k wird aber sichergestellt, dass der Verbraucher geschützt wird. Der Vertragsinhalt kann damit möglichst eindeutig ermittelt werden und der Unternehmer kann nicht von vor dem Vertragsschluss erweckten Erwartungen abweichen. Auch die Tatsache, dass die Baubeschreibung Teil des Vertrages wird, dient dem Schutz des Verbrauchers²⁸ und kann nur durch diese Maßnahme seine volle Wirkung entfalten.

Zur Diskussion:

Die Maßnahmen, die der Unternehmer im Zusammenhang mit dem Inhalt des Vertrages durchführen muss, sind sehr umfangreich. Er muss die Vertragsdokumente überarbeiten und anpassen. Er muss auch darauf achten, dass Vertragsänderungen oder Nachträge genauestens dokumentiert werden. Dies gilt auch dann, wenn die vertragliche Leistung des Unternehmers verringert wird, da unvollständige Dokumente zu seinem Nachteil ausgelegt werden könnten. Die Dokumentation sollte auch die Dokumente und Unterlagen erfassen, die dem Verbraucher bereits vor Vertragsschluss übermittelt wurden. Diese sind relevant für eine mögliche Auslegung bei fehlendem Inhalt des Vertrages.

1. Angaben zur Bauausführung

Dazu gehört der gesamte gebäudebezogene Inhalt der Baubeschreibung. Der Gesetzgeber hat hier eine Beweislastregel festgelegt, wonach vermutet wird, dass die vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellte Baubeschreibung auch Vertragsinhalt wird. Möchte der Unternehmer, dass etwas anderes als die Baubeschreibung maßgeblich ist, so trägt er hierfür auch die Beweislast. Maßgebend für die Ausnahme ist die ausdrückliche vertragliche Vereinbarung, also mindestens eine in Textform vorliegende vertragliche Vereinbarung. Schlüssiges Handeln oder Schweigen auf Anfrage reichen nicht aus. Angaben in AGBs gelten nur, wenn der Verbraucher diesen ausdrücklich zugestimmt hat. Wenn es keine ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen gibt, gilt die Baubeschreibung unabhängig davon, ob sie unvollständig oder unrichtig ist. Es ist auch unerheblich, ob die Einbeziehung für den Verbraucher günstig ist oder nicht. Bei Unvollständigkeit

²⁸ BT-Drs. 123/16, S. 67

oder Unklarheit der Baubeschreibung muss diese wie bislang auch am Komfort- und Qualitätsniveau des restlichen Vertrages ausgelegt werden. Die einzige Änderung im Verbrauchervertrag ist die Auslegung des Vertrages zu Lasten des Unternehmers. Hier war bislang nur geregelt, dass Unklarheiten beseitigt werden müssen.

Wenn die Baubeschreibung nicht in Textform vorliegt, kann sie nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Sie wird aber trotzdem zur Auslegung des Vertrages herangezogen.

2. Angaben zur Bauzeit

Der Unternehmer muss vertraglich festlegen, wann das Gebäude fertig erstellt sein soll. Dazu ist grundsätzlich die Angabe eines konkreten Datums erforderlich. Das Fertigstellungsdatum muss nur dann nicht bestimmt werden, wenn der Zeitpunkt des Beginns der Bauzeit nicht festzustellen ist. Warum der Beginn nicht festzustellen ist, spielt dabei keine Rolle. Der Unternehmer muss dann aber zumindest die Dauer der Bauausführung angeben. Macht der Unternehmer im Vertrag keinerlei Angaben, so führt dies nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages. Wird er später fertig als vertraglich vereinbart, so gelten die Regelungen zum Verzug. Die Angabe sollte also durchaus realistisch gewählt werden. Wichtig für den Unternehmer ist aber, überhaupt eine Angabe zu machen. Das Risiko, an eine durch einen Sachverständigen ermittelte Dauer der Bauzeit gebunden zu sein, sollte vermieden werden.

V. Widerrufsrecht § 650 I

Die Bestimmung lautet:

„Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, es sei denn, der Vertrag wurde notariell beurkundet. Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht zu belehren.“

1. Hintergrund

Grund für die Einbindung eines Widerrufsrechts war insbesondere die Tatsache, dass Verbraucher Bauverträge in dieser Größenordnung meist nur einmal in ihrem Leben abschließen. Meist sind diese auch mit hohen finanziellen Verpflichtungen verbunden. Der Verbraucher hat sein gesamtes Ersparnis in das Bauprojekt gesteckt und sich möglicherweise zusätzlich durch ein Immobiliendarlehen gebunden. In der Praxis war der Verkauf von schlüsselfertigen Häusern besonders problematisch, da die Anbieter oft mit

zeitlich begrenzten Rabattaktionen warben und potentielle Käufer zu schnellen Vertragsabschlüssen gedrängt wurden.²⁹

2. Ausschluss

Das Widerrufsrecht ist ausgeschlossen, sofern der Verbraucherbaupvertrag notariell beurkundet wurde. Begründet wird dies regelmäßig durch die bereits bestehende verpflichtende Beratung und Aufklärung. Außerdem steht dem Verbraucher eine Bedenkzeit von zwei Wochen vor der formellen Beurkundung zu. Die Widerrufsfrist beginnt grundsätzlich mit Vertragsschluss. Als Ausnahme gilt hier, wenn der Verbraucher vom Unternehmer nicht ordnungsgemäß über seine Widerrufsrechte informiert wurde. Es besteht aber trotzdem kein „ewiges Widerrufsrecht“. Die Gründe dafür sind zum einen die Tatsache, dass die Musterwiderrufsbelehrung den Rang eines formellen Parlamentsgesetzes hat. Zum anderen hat der Gesetzgeber bei Verbraucher- Baupverträgen eine zeitliche Obergrenze für die Widerrufsfrist von 12 Monaten und 14 Tagen festgelegt (§ 356 e S. 2) seit Zugang bzw. Abgabe der Widerrufserklärung (§ 355 Abs.3 Satz 2).

Der Unternehmer muss den Verbraucher außerdem über den Widerruf informieren und das in der durch Art. 249 EGBGB vorgegebenen Form (Textform und konkrete Hinweise).

3. Rechtsfolgen

Wird ein Verbraucherbaupvertrag widerrufen, findet ein Rückaustausch der empfangenen Leistungen statt. Es gilt an dieser Stelle auch der § 357 d BGB (Wertersatz bei ausgeschlossener Rückgewähr). Grund dafür ist die Tatsache, dass eine Naturalherausgabe bei Baumaßnahmen nur selten möglich ist. In der Praxis dürfe der Fall, dass die Naturalrückgewähranordnung tatsächlich greift, eher die Ausnahme sein. Die Gesetzesdogmatik ist hier jedoch genau andersherum, was der Gesetzgeber hätte anpassen sollen. Greift die Wertersatzregelung gilt die vereinbarte Vergütung als Bemessungsgrundlage für die Wertberechnung. Bei vorliegender Unverhältnismäßigkeit wird als Bemessungsgrundlage auf den Marktwert zurückgegriffen.

Zur Diskussion:

Es ist fraglich, inwieweit es dem Verbraucher tatsächlich zu raten ist, zu widerrufen. Er hat möglicherweise höhere Fertigstellungskosten selbst zu tragen und verliert außerdem etwaige Gewährleistungsrechte.

²⁹ BT-Drs. 123/16, S. 69

4. Mehrere Nichtigkeitsgründe

Im Grundsatz kann ein Verbraucherbaupvertrag auch mehrfach widerrufen werden und zwar auch dann, wenn er bereits nach den §§ 134, 138, 142 Abs.1 nichtig ist. Begründet wird diese Doppelung damit, dass für den Verbraucher möglicherweise günstigere Rechtsfolgen greifen, wenn er den Widerruf erklären kann und nicht nur eine Nichtigkeit des Vertrages vorliegt.

VI. Abschlagszahlungen § 650 m

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632 a, darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650 c nicht übersteigen.

(2)

Dem Verbraucher ist bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge einer Anordnung des Verbrauchers nach den §§ 650 b und 650 c oder infolge sonstiger Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags um mehr als 10 %, ist dem Verbraucher bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 % des zusätzlichen Vergütungsanspruch zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Verbraucher die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(3)

Sicherheiten nach Absatz 2 können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

(4)

Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632 a, ist eine Vereinbarung unwirksam, die den Verbraucher zu einer Sicherheitsleistung für die vereinbarte Vergütung verpflichtet, die die nächste Abschlagszahlung oder 20 % der vereinbarten Vergütung übersteigt. Gleiches gilt, wenn die Parteien Abschlagszahlungen vereinbart haben.“

Einzelheiten:

Die nach § 632 a zulässigen Abschlagszahlungen, die das Vorleistungsrisiko abmildern sollen, begrenzt der § 650 m auf 90% der Gesamtvergütung, nicht jedoch 90% jeder einzelnen Vergütung. Damit hat der Verbraucher die Möglichkeit etwaige Leistungsstörungen abzufedern. Der Schutzmechanismus greift allerdings erst bei der Schlussrechnung. Grund dafür ist, dass der Verbraucher möglicherweise keine Kenntnis darüber hat, welchen Wert bereits erbrachte Leistungen tatsächlich haben. Somit kann er lediglich bei der Schlussrechnung tatsächlich feststellen, ob die 90% des Gesamtbetrages eingehalten wurden. Vorher kann der Unternehmer durchaus mehr verlangen, ohne dass der Verbraucher davon Kenntnis hat.

Der Unternehmer kann erst nach der Fertigstellung und Abnahme die letzten 10% vom Verbraucher verlangen. Die 90%-Regelung greift nur dann, wenn der Unternehmer auch Abschlagszahlungen vom Verbraucher verlangt oder diese vertraglich geregelt sind.

Die 90%-Regelung dient dem Schutz des Verbrauchers vor versteckten Vorleistungen. Außerdem hat er so eher die Möglichkeit, von § 641 Abs. 3 BGB Gebrauch zu machen. Demnach hat der Besteller das Recht, Teile der Vergütung einzubehalten, sofern er die Beseitigung eines Mangels verlangen kann.

Für die geleistete Abschlagszahlung kann der Verbraucher eine Sicherheit verlangen.³⁰ Die Höhe ist mit 5% des Vergütungsanspruchs festgelegt. Die Sicherheit dient der Absicherung der rechtzeitigen Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel.

Zur Diskussion:

Der Begriff der wesentlichen Mängel bleibt an dieser Stelle weiterhin eine mögliche Streitfrage zwischen Verbraucher und Unternehmer.

Auch die Möglichkeit von Absicherungen des Vergütungsanspruchs ist bei Verbraucherbauverträgen vom Gesetzgeber eingeschränkt worden. So sind Vereinbarungen, dass der Verbraucher Leistungen besichern muss und gleichzeitig eine Abschlagszahlung gesetzlich möglich ist oder vertraglich vereinbart wurde, unwirksam, wenn die Sicherung den nächsten Abschlag oder 20% der Gesamtvergütung übersteigt³¹.

³⁰ BT-Drs. 123/16, S. 70

³¹ BT-Drs. 123/16, S. 70 f.

VII. Erstellung und Herausgabe von Unterlagen § 650 n

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung hat der Unternehmer diejenigen Planungsunterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird. Die Pflicht besteht nicht, soweit der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben erstellt.

(2)

Spätestens mit der Fertigstellung des Werks hat der Unternehmer diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist.

(3)

Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn ein Dritter, etwa ein Darlehensgeber, Nachweise für die Einhaltung bestimmte Bedingungen verlangt und wenn der Unternehmer die berechnete Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten.“

Einzelheiten:

In vielen Verbraucherbauverträgen fehlt eine Regelung zur Herausgabe relevanter Unterlagen des Unternehmers an den Besteller. Die Gerichte waren in diesen Konstellationen bislang zurückhaltend und haben eine Pflicht der Unternehmer zur Herausgabe praktisch nicht bejaht. Die erstellten Unterlagen, Berechnungen und Zeichnungen werden oft nur als Mittel zur Herstellung eines mangelfreien Werks angesehen und sind somit vom Unternehmer nicht herauszugeben. Der Unternehmer verletzt damit also grundsätzlich keine Hauptpflicht und der Verbraucher kann eine Abnahmeverweigerung nicht auf diese Begründung stützen.

Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber den § 650 n initiiert. Der Unternehmer ist nun verpflichtet, rechtzeitig vor Beginn der Ausführung der geschuldeten Leistung die Unterlagen und Dokumente zu erstellen und herauszugeben, die der Verbraucher benötigt, um gegenüber Behörden beweisen zu können, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschrif-

ten eingehalten werden. Der Verbraucher kann außerdem durch einen sachverständigen Dritten überprüfen lassen, ob die öffentlich-rechtlichen Vorschriften tatsächlich vom Unternehmer eingehalten werden und das bereits während der Bauphase. Erfasst im Regelungszweck des § 650 n sind solche Unterlagen, die den Verbraucher in die Lage versetzen, das Bauwerk funktionsgerecht zu nutzen und notwendige Wartungsarbeiten durchführen zu können. Der Gesetzgeber argumentiert an dieser Stelle auch damit, dass Schäden verhindert werden können, die auch aus volkswirtschaftlicher Perspektive beachtlich seien.³²

Nicht zu erstellen hat der Unternehmer diese Unterlagen, wenn der Verbraucher selbst oder eine von ihm beauftragte Person die Planung vorgenommen hat.

Aber nicht nur im Vorfeld, sondern auch im weiteren Verlauf hat der Unternehmer verschiedene Unterlagen an den Verbraucher herauszugeben und zu erstellen. So auch die Unterlagen in Bezug auf die ordnungsgemäße Ausführung der Bauleistung. Der Verbraucher soll dadurch die Möglichkeit erhalten, bei seiner Abnahme und der Entscheidung auf die Unterlagen bezüglich der Errichtung zurückzugreifen.

Auch im Verhältnis mit Dritten kommen dem Unternehmer Pflichten im Rahmen der Erstellung und Herausgabe von Unterlagen zu. So müssen Unterlagen erstellt und herausgegeben werden, wenn diese von einem Dritten (z.B. Darlehensgeber) verlangt werden. Der Unternehmer muss außerdem mit der Einhaltung von Anforderungen von Dritten geweckte Erwartungen auch tatsächlich einhalten (Beispiel: Unternehmer hat unter Hinweis auf die Förderungsmöglichkeiten durch die KfW Bank für ein Bauprojekt geworben).

Die Parteien sollten in ihrem Vertrag festhalten welche Unterlagen konkret zu übergeben sind. Auch die Benennung der Unterlagen sollte korrekt sein. Auch der Zeitpunkt der Herausgabe sollte möglichst festgehalten werden, um Streitigkeiten oder Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden. Der Unternehmer sollte bedenken, die Herausgabe von Unterlage auch in den Verträgen mit seinen Nachunternehmern zu regeln, um nicht mehr oder weniger ungewollt eine Pflichtverletzung zu begehen.

VIII. Unabdingbarkeit § 650 o

Die Bestimmung lautet:

„Von § 640 Absatz 2 Satz 2, den §§ 650 i bis 650 l und 650 n kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.“

³² BT-Drs. 123/16, S. 71

Von den gesamten in Kapitel 3 des Gesetzes (Verbraucherbauvertrag) abgebildeten Vorschriften kann nicht zu Lasten des Verbrauchers abgewichen werden. Dies würde dem Verbraucherschutz entgegenstehen. Es handelt sich folglich um zwingende Vorschriften.

Anderes gilt für die Regelungen in §§ 632 a, 650 Abs. 1, von denen im Rahmen von Individualvereinbarungen abgewichen werden kann.

Kapitel 5

Bau trägervertrag

§§ 650 u und v

Das neue Bauvertragsrecht enthält nur zwei Vorschriften zum Bau trägervertrag.

I. Begriffsbestimmung § 650 u

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Ein Bau trägervertrag ist ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerkes zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus finden die Vorschrift des Untertitels 1 Anwendung, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

(2)

Keine Anwendung finden die §§ 648, 648 a, 650 b bis 650 e, 650 k Absatz 1 sowie die §§ 650 l und 650 m Absatz 1.“

§ 650 u definiert den Bau trägervertrag als Vertrag, der die Errichtung und den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerkes zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, den Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Bau trägervertrag ein Vertrag

mit werkvertraglichen und kaufvertraglichen Elementen. Dies findet nunmehr in der gesetzlichen Regelung (§ 650 u Abs.1 Satz 2) seinen Niederschlag.

Auf den Bauträgervertrag sind die Vorschriften des Werkvertragsrechts sowie die Regelungen des Bau- und Verbraucherbauvertrages grundsätzlich anwendbar. Ausgeschlossen sind das freie Kündigungsrecht (§ 648) das Recht des Bestellers, den werkvertraglichen Teil des Bauträgervertrages aus wichtigem Grund zu kündigen (§ 648 a) sowie die Vorschriften zum Anordnungsrecht und zur Sicherungshypothek (§ 650 e) und schließlich Teilregelungen zum Vertragsinhalt (§ 650 k Absatz 1), zum Widerrufsrecht (§ 650 l) und zu den Abschlagszahlungen (§ 650 m Abs. 1).

Der Ausschluss der Teilkündigung in § 648 a beruht auf der Erwägung, dass es sich um einen einheitlichen Vertrag handelt und deshalb nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrags im Rahmen des Rücktritts möglich sein soll³³.

Der Ausschluss der Vorschriften zum Anordnungsrecht würde nach Meinung des Gesetzgebers zu erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Problemen führen, weil im Geschosswohnungsbau einem einzelnen Erwerber kein Anordnungsrecht in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum eingeräumt werden könne. Dies erscheint nicht bedenkfrei³⁴.

Nachvollziehbar hingegen ist die Erwägung des Gesetzgebers, dass Widerrufsrecht auszuschließen, weil Bauträgerverträge ohnehin der notariellen Beurkundung bedürfen, die einen Widerruf bei nicht formbedürftigen Werkverträgen gemäß § 650 l ausschließt.

II. Abschlagszahlungen § 650 v

Die Bestimmung lautet:

„Der Unternehmer kann von den Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen, soweit sie gemäß einer Verordnung aufgrund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vereinbart sind.“

Danach richten sich die Abschlagszahlungen beim Bauträgervertrag weiterhin unverändert nach der Makler- und Bauträgerverordnung (§§ 3, 7), wobei die Abwicklung des Bauträgervertrags regelmäßig über das sogenannte „Vormerkungsmodell“ erfolgt. Danach zahlt Erwerber abschlagsweise auf den Baufortschritt, wobei die Zahlungen durch die Eigentumsvormerkung im Grundbuch und eine Freistellungserklärung des Grundpfandgläubigers gesichert sind. Dies wirkt allerdings im Insolvenzfall des Bauträgers

³³ BT-Drucks. 14/6040, S. 177, 18f., 262

³⁴ Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 650 u, Rn. In 68 ff.

Probleme auf, weil der Erwerber dann entweder mit großem Kostenaufwand den Bau selbst fertigstellen muss oder von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen muss, wobei er auf eine hohe Insolvenzforderungsquote hoffen muss.

Wünschenswert wäre es gewesen, wenn der Gesetzgeber hier eine Öffnungsklausel für frei zu vereinbarende Abschlagszahlungen vorgesehen hätte.

Kapitel 6

Architektenvertrag und Ingenieurvertrag

§§ 650 p bis 650 s³⁵

Mit dem Gesetz über die Reform des Bauvertragsrecht hat der Architekten- und Ingenieurvertrag als eigenständiger schuldrechtlicher Vertragstyp in das BGB Eingang gefunden. Die Regelungen zum Architektenvertrag wurden einem eigenen Untertitel 2 zugeordnet.

Die Vertragspflichten, das Sonderkündigungsrecht und die Teilabnahme werden in folgenden Vorschriften geregelt:

§ 650 p	Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieureverträgen
§ 650 q	Anwendbare Vorschriften
§ 650 r	Sonderkündigungsrecht
§ 650 s	Teilabnahme

Im Einzelnen:

I. § 650 p Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen

Die Bestimmung lautet in Absatz 1:

„Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerkes oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.“

³⁵ dazu Kniffka, BauR 2017, S. 1846 ff.

1. Hintergrund

Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung zum Ausdruck bringen, dass Architekten- und Ingenieurverträge nicht nur einen Werkerfolg zum Gegenstand haben, sondern typischerweise eine Reihe verschiedener Pflichten umfassen, also zwischen dem Planungserfolg und den Planungs- und Leistungsschritten zu unterscheiden ist.

2. Anwendungsbereich

a. Definition

Anders als die Vorschriften zum Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag und Bauträgervertrag erklärt § 650 p nicht, wann ein Architekten- und Ingenieurvertrag vorliegt. Es fehlt damit an der Definition des Vertrages. Mit der Beschreibung der Pflichten wollte der Gesetzgeber den Vertrag jedoch auch mittelbar definieren. Danach ist ein Architektenvertrag bzw. ein Ingenieurvertrag ein Vertrag, mit der sich der Architekt oder Ingenieur verpflichtet, die architektonische bzw. ingenieurmäßige Planung oder Überwachung eines Bauwerkes oder einer Außenanlage zu erbringen. Da offenbleibt, welche Planungs- oder Überwachungsleistungen im Einzelnen damit gemeint sind, muss auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den Planungs- und Überwachungsleistungen nach der HOAI zurückgegriffen werden.

b. Anknüpfungspunkte

Nach dem Text muss es sich um Leistungen für ein Bauwerk oder Außenanlagen handeln. Bei den Leistungen für ein Bauwerk sind die zu § 634 a Abs. 1 Nr. 2³⁶ entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung heranzuziehen. Leistungen bei einem Bauwerk sind entweder Leistungen für Neubauten, die zu einer festen Verbindung mit dem Grundstück führen, oder Leistungen für den Bestand, wenn diese für die Konstruktion, die Erhaltung und Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind. Auch hier müssen einzubauende Teil mit dem Grundstück fest verbunden werden.

Bezüglich der Außenanlagen kann auf die von der Rechtsprechung entwickelte Definition zu § 648 a zurückgegriffen werden. Dabei muss es sich um gestalterische Arbeiten an einem Grundstück handeln, die der Errichtung der Anlage oder deren

³⁶ § 634 Abs.1 Nr.2 lautet: „Die in § 634 Nr.1, 2 und 4 bezeichneten Ansprüche verjähren in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht.“

Bestand dienen. Damit sind etwa Leistungen zur Einrichtung oder Umgestaltung von Gärten, Teichen oder Dämmen gemeint. Der Begriff der Außenanlagen ist damit vergleichbar mit den Freianlagen im Sinne von § 39 HOAI.

Hervorzuheben ist, dass reine Abbrucharbeiten, die nach dem Text des § 650 a Abs. 1 zu dem Bauvertrag gehören, keine Arbeiten an der Außenanlage sind, so dass insoweit § 650 p nicht eingreift.

Ob die Leistung durch einen Architekten oder durch einen Ingenieur erbracht wurden oder durch Dritte ist unerheblich, da die Vorschrift im Einklang mit den entwickelten Grundsätzen zur Anwendbarkeit der HOAI nur leistungsbezogen wirkt. Es kommt also nicht darauf an, wer die Architekten- oder Ingenieurleistungen erbracht hat, sondern allein darauf, dass es sich um derartige Fachleistungen handelt.

3. Rechtsfolgen

a. Planungserfolg und Leistungen

Mit dem Gesetz wird klargestellt, dass der Architekt nicht nur den Erfolg, sondern auch vereinbarte Leistungen schuldet, die den Erfolg herbeiführen sollen (leistungsbezogene Komponente).

b. Ziele

Der planende Architekt/Ingenieur schuldet eine vertragsgemäße Planung, mit der das Bauwerk oder die Außenanlage realisiert werden kann. Der bauüberwachende Architekt oder Ingenieur schuldet eine Überwachung, mit der das Bauwerk bzw. die Außenanlage plangerecht und mängelfrei errichtet wird. Diese Klärung war erforderlich, weil die frühere Rechtsprechung des BGH allein auf den Erfolg der Architektenleistung abgestellt hat. Etwaige Mängel bei der Planung oder Überwachung waren solange unerheblich, wie der endgültige Erfolg in Form einer plangerechten bzw. mängelfreien Realisierung des Bauvorhabens eingetreten ist³⁷. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof seit dem Jahre 2004 aufgegeben und eine Minderung der Honorarforderung bei nur teilweiser oder mangelhafter Leistungserbringung angenommen³⁸. Diese Rechtsprechung ist nunmehr in das Gesetz eingeflossen.

³⁷Urteil vom 11.03.1982, VII ZR 128/81

³⁸ Urteil vom 24.06.2004, VII ZR 259/02

c. Erforderliche Leistungen

Maßgeblich zur Beurteilung der erforderlichen Leistungen ist zunächst die getroffene Vereinbarung. Vereinbaren die Parteien die Grundleistungen der HOAI, so sind diese geschuldet und nach dem Vertrag auch erforderlich. Wenn sich im Verlauf des Bauvorhabens herausstellt, dass einzelne Leistungen nicht erforderlich sind, braucht der Architekt diese Leistungen auch nicht vorzunehmen und setzt sich damit nicht dem Vorwurf der Schlechtleistung aus.

Wenn die Parteien keine bestimmten Leistungen vereinbart haben, muss der Vertrag ausgelegt werden. Welche Leistungen erforderlich sind, hängt dann vom vereinbarten Erfolg ab und davon, was der Besteller nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsanschauung erwarten konnte (§ 157). Insoweit wird man sich an den Grundleistungskatalog der HOAI orientieren können.

d. Vergütungsanspruch

Der Anspruch richtet sich nach der getroffenen vertraglichen Vereinbarung und der HOAI.

Nachdem der Europäische Gerichtshof mit seinem Urteil vom 4. Juli 2019³⁹ das verbindliche Preisrahmenrecht der HOAI nicht mit dem europäischen Recht vereinbar erklärt hat, wurde die HOAI 2013 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2021 dahingehend angepasst, dass es kein vorgeschriebenes Rahmenrecht mehr für die Honorare für Grundleistungen der Leistungsbilder gibt. Diese sind mit der Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138) frei aushandelbar. die

§ 7 HOAI 2021 lautet nunmehr:

„(1)

Das Honorar richtet sich nach der Vereinbarung, die die Vertragsparteien in Textform treffen. Sofern keine Vereinbarung über die Höhe des Honorars in Textform getroffen wurde, gilt für Grundleistungen der jeweilige Basishonorarsatz als vereinbart, die sich bei der Anwendung der Honorargrundlage des § 6 ergibt.

(2)

Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber, sofern dieser Verbraucher ist, vor Abgabe von dessen verbindlicher Vertragserklärung zur Honorarvereinbarung in Textform darauf hinzuweisen, dass ein höheres oder niedrigeres Honorar als die in den Hono-

³⁹ C-377/17 die

artafeln dieser Verordnung enthaltenen Werte vereinbart werden kann. Erfolgt der Hinweis nach Satz 1 nicht oder nicht rechtzeitig, gilt für die zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Grundleistungen anstelle eines höheren Honorars ein Honorar in Höhe des jeweiligen Basishonorarsatzes als vereinbart.“

§ 650 p stellt keine unmittelbare Anspruchsgrundlage für den Honoraranspruch des Architekten dar. Indirekt wirkt sich die Bestimmung allerdings insoweit auf den Honoraranspruch aus, als nur die tatsächlich erbrachten Leistungen zu vergüten sind.

Die Berechnung richtet sich nach der HOAI. Einschlägig ist § 8 HOAI.

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Werden dem Auftragnehmer nicht alle Leistungsphasen eines Leistungsbildes übertragen, so dürfen nur die für die übertragenen Phasen vorgesehenen Prozentsätze berechnet und vereinbart werden. Die Vereinbarung hat in Textform zu erfolgen.

(2)

Werden dem Auftragnehmer nicht alle Grundleistungen einer Leistungsphase übertragen, so darf für die übertragenen Grundleistungen nur ein Honorar berechnet und vereinbart werden, das dem Anteil der übertragenen Grundleistungen an der gesamten Leistungsphase entspricht.“

Gleiches gilt auch, wenn der Architekt nicht alle ihm übertragenen Leistungen bzw. nicht alle erforderlichen Leistungen erbracht hat. Nicht erforderliche Leistungen sind nicht geschuldet. Von daher wird auch in diesem Fall der Architekt nur die geschuldeten Leistungen abrechnen können.

II. Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung § 650 p Abs.2⁴⁰

Die Bestimmung lautet:

„Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung die-

⁴⁰ Rodemann in Thode/Thierau/Wessel, Praxishandbuch Architekten- und Ingeniurrecht, 3. Aufl. 2025, § 4 Rn 104 ff.

ser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit der Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.“

1. Anwendungsbereich und Gesetzeszweck

Diese Regelung betrifft die sogenannte „Zielfindungsphase“. Sie ist anwendbar, wenn die Parteien einen Vertrag abgeschlossen haben, ohne die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele zu vereinbaren.

Mit dieser völlig neuen Bestimmung will der Gesetzgeber erreichen, dass die Parteien frühzeitig Klarheit über den wesentlichen Planungsinhalt des Architektenvertrages schaffen können. Das Gesetz behandelt die Fälle, in denen der Besteller mit noch unklaren Vorstellungen von dem Bauvorhaben an den Architekten herantritt. In diesem Stadium liegt eine eigentliche Planung noch nicht vor, für die erst eine Grundlage (Planungsgrundlage) mit einer groben Kosteneinschätzung vom Architekten vorgenommen werden soll, um den Besteller in die Lage zu versetzen, eine fundierte Entscheidung über die Realisierung des Projektes treffen zu können oder davon abzusehen. Der Besteller soll sich von Verträgen mit einem umfangreichen Leistungsspektrum lösen können, wenn der Vertrag zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wird, in dem die wesentlichen Ziele der Planung noch gar nicht geklärt sind. Den Interessen des Architekten wird in der gesetzlichen Regelung (§ 650 r Abs. 3) dadurch Rechnung getragen, dass er für seine Leistungen in der Zielfindungsphase eine Vergütung verlangen kann, auch wenn der Besteller von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 650 r Gebrauch gemacht hat⁴¹. Der BGH sieht in der Zielfindungsphase die Bestätigung dafür, dass dem Besteller ein Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich der noch nicht vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zusteht. Durch § 650 p Abs.2 soll eine frühzeitige Ausübung dieses Leistungsbestimmungsrecht bewirkt werden, um Klarheit über den wesentlichen Vertragsinhalt zu schaffen.⁴²

2. Einzelheiten

- a.** Zur Mitwirkung an der Zielfindungsphase ist der Architekt nur verpflichtet, wenn die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart worden sind. Dies wird jedoch der Fall sein, wenn der Architekt im Rahmen der Leistungsphase 2 (Vorplanung gem. Anlage 10.1 zu § 34 Abs. 4, § 35 Abs. 7 HOAI) mit dem Auftraggeber die Zielvorstellungen abgestimmt hat und auf eventuelle Zielkonflikte hingewiesen hat. Dabei es sich um eine Grundleistung im Sinne der Leistungsphase 2 b (Projekt- und Planungsvorbereitung).

⁴¹ BT-Drs. 18/8486, S. 67 ff.

⁴² BGH, Urteil vom 17. November 2022, VII ZR 862/21

Fand eine derartige Klärung noch nicht statt, ist der Architekt nunmehr zur Erstellung einer Planungsgrundlage (früher bezeichnet als Leistungsphase 0, Bedarfsermittlung, Projektfindungsphase oder Machbarkeitsstudie) verpflichtet.

- b.** Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass die Zielfindungsphase frühzeitig vor der eigentlichen Planung abgeschlossen sein soll. Denn das Ergebnis der Zielfindungsphase ist die Grundlage für die eigentliche Planung. Diese beginnt mit der 3. Grundleistung der Vorplanungsphase. Darunter fallen das Erarbeiten der Vorplanung, Untersuchen, Darstellen und Bewerten von Varianten nach gleichen Anforderungen, Zeichnungen im Maßstab nach Art und Größe des Objektes. Voraussetzung dieser Grundleistung ist ein Anforderungsprofil, das in der Zielfindungsphase erarbeitet wurde.
- c.** Mit der Pflicht zur Erstellung einer Kosteneinschätzung soll dem Besteller eine grobe Einschätzung der zu erwartenden Kosten gegeben werden, damit dieser eine fundierte Entscheidung treffen kann, ob er das Bauprojekt realisieren will. Von daher muss die Kosteneinschätzung mit der gebotenen Sorgfalt angefertigt werden. Der Architekt wird jeweils nur einen Kostenrahmen angeben müssen und dabei nicht zwingend die DIN 276-1 erstellen müssen. Gleichwohl muss die Kosteneinschätzung vollständig sein, also die Eingangsdaten vom Planer vollständig ermittelt werden. Geschieht dies nicht, macht sich der Architekt schadensersatzpflichtig.
- d.** Die Planungsgrundlagen muss von dem Planer als solche gekennzeichnet werden. Sie muss dem Besteller zur Zustimmung vorgelegt werden. Ein konkludentes Zustimmungsverlangen kommt nicht in Betracht.⁴³ Stimmt der Besteller der Planungsgrundlage zu, darf in der Planer davon ausgehen, dass der Besteller mit der Fortführung der Arbeiten auf der Basis der vom Planer erarbeiteten Planungsgrundlage und der Kosteneinschätzung einverstanden ist und der Vertrag damit in die Leistungsphase (§ 650 b Abs. 1) übergeht. Stimmt der Besteller der Planungsgrundlage nicht zu, steht ihm das in § 650 r Abs. 1 vorgesehene Sonderkündigungsrecht zu. Aber auch der Planer kann in diesem Fall den Vertrag gemäß § 650 r Abs. 2 kündigen, wenn der Besteller seine Zustimmung verweigert oder innerhalb einer zweiwöchigen Frist keine Erklärung zu den vorgelegten Unterlagen abgibt.
- e.** Die Ergebnisse der Zielfindungsphase haben Einfluss auf eine eventuelle Mehr- und Mindervergütung. Anhand der Ergebnisse in der Zielfindungsphase lässt sich feststellen, ob Änderungswünsche des Bestellers vorliegen oder nicht.

⁴³ OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 16. Mai 2022, 29 U 94/21

Wenn Planungsziele in der Zielfindungsphase nicht festgelegt werden, muss geprüft werden, ab wann diese Vertragsinhalt werden. Der Architekt wird den Besteller mitteilen müssen, zu welchem spätesten Zeitpunkt eine entsprechende Festlegung erfolgen muss.

- f. Die Vergütung für Leistungen in der Zielfindungsphase richtet sich zunächst nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung. Diese ist unbedingt zu empfehlen, da die HOAI keine Gebührenregelung für Leistungen in der Zielfindungsphase enthält.

Leistungen zur Bedarfsplanung bzw. Bedarfsermittlung sind als besondere Leistungen der Anlage 10.1 zu § 34 Abs. 4 HOAI als besondere Leistung der Leistungsphase 1 frei vereinbar, § 3 Abs. 3 S. 3 HOAI. Wenn wie häufig in der Zielfindungsphase auch Leistungen der Leistungsphasen 1 und 2 a und b HOAI erbracht wurden, kann nur nach den Mindestsätzen abgerechnet werden, sofern keine andere wirksame Vereinbarung getroffen wurde.

Wenn die Parteien eine Vereinbarung über die Zielfindungsphase getroffen haben, kann der Architekt für die Leistungen in den Leistungsphasen 1 und 2 a bis b HOAI nicht erneut ein Honorar fordern.

3. Abgrenzung zur Akquise

Das Erfordernis einer Zielfindungsphase suggeriert zunächst, dass den Architekten die Geltendmachung eines Honorars für vorgelagerte Leistungen erleichtert werden soll. So heißt es in der amtlichen Begründung, dass mit der Neuregelung von § 650 p Abs. 2 zugleich einer in der Praxis vielfach zu weit gehenden Ausdehnung der unentgeltlichen Akquise zulasten des Architekten entgegengewirkt werden soll. Allerdings folgt aus dem Sonderkündigungsrecht (§ 650 r), das bereits für die Zielfindungsphase eine rechtsverbindliche Vereinbarung bestehen muss.

Zur Diskussion:

Es wird auch im Falle eines Streites über Rechte aus der Zielfindungsphase darauf ankommen, ob dem Verhalten der Parteien der erforderliche Rechtsbindungswille angenommen werden kann. Dies kann unter Berücksichtigung des jederzeitigen Sonderkündigungsrechts gemäß § 650 q durchaus Zweifel aufwerfen. Die Akquiseproblematik⁴⁴ wird jedenfalls durch die gesetzliche Regelung der Zielfindungsphase nicht gelöst.

⁴⁴ Siehe dazu Schwenker/Wessel in Thode/Thierau/Wessel, a.a.O., § 20, Rn. 110 ff.

III. Anwendbare Vorschriften § 650 q

Auf den Architekten- und Ingenieurvertrag sind die allgemeinen Vorschriften (§§ 631 bis 350) ohne weiteres anwendbar. Überwiegend anwendbar sind die Vorschriften über den Bauvertrag (§ 650 b, e, f, g, h). Die Sonderregelungen über die einstweilige Verfügung (§ 650 d) gilt nicht. Die in § 650 c geregelte Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650 b gilt nur im Rahmen der Entgeltberechnungen der HOAI. In diesem Zusammenhang wird sich die Frage stellen, ob die Regelung in § 10 HOAI (Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfanges) in dem Fall einseitiger Anordnung jedenfalls entsprechend herangezogen werden kann.

IV. Sonderkündigungsrecht gemäß § 650 r

Die Bestimmung lautet:

„(1)

Nach Vorlage von Unterlagen gemäß § 650 p Abs.2 kann der Besteller den Vertrag kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist, in der es ausgeübt werden kann, und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet hat.

(2)

Der Unternehmer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650 p Absatz 2 Satz 2 setzen. Er kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung verweigert oder innerhalb der Frist nach Satz eins keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt.

(3)

Wird der Vertrag nach Absatz 1 oder 2 gekündigt, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt.“

1. Die Vorschrift gewährt den Besteller und unter bestimmten Voraussetzungen auch dem Architekten nach Abschluss der Zielfindungsphase ein besonderes Kündigungsrecht.

a. Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung des Bestellers sind

- die Vorlage der Planungsgrundlage mit Kosteneinschätzung,
- die Einhaltung der 2-Wochen-Frist, sofern der Besteller als Verbraucher nicht bei Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist, in

der es ausgeübt werden kann und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet worden ist.

- der Zugang der schriftlichen Kündigung.

b. Die Voraussetzungen eines Kündigungsrechts des Architekten sind:

- Setzen einer angemessenen Frist zur Zustimmung zu der Planungsgrundlage und der Kosteneinschätzung,
- ergebnisloser Fristablauf oder ausdrückliche Verweigerung der Zustimmung durch den Besteller.

V. Teilabnahme gemäß § 650 s

Diese Regelung hat der Gesetzgeber aufgenommen, weil der Architekt bei Übertragung der Vollarchitektur (Leistungsphase 1 bis 9 des § 34 HOAI) bei fehlender entsprechender vertraglicher Vereinbarung keine Abnahme seiner gesamten Leistungen verlangen kann, wenn die Leistungsphase 9 noch aussteht. Anknüpfungspunkt für Gewährleistungsansprüchen wegen Mängel am Architektenwerk, die sich im Bauwerk verkörpert haben, ist die Abnahme der Gesamtleistung, also nach Vollendung der Leistungsphase 9. Dies hat zur Folge, dass die Haftung des Architekten und Ingenieurs für derartige Mängel häufig 10 Jahre und mehr beträgt, während der Bauunternehmer für diese Mängel gesetzlich nur fünf Jahre nach Abnahme haftet.

Kapitel 7

Ansprüche wegen Bauzeitverzögerung

Da bei zahlreichen Bauvorhaben eine Verzögerung in der Abwicklung eintritt, die auf vielfältigen Gründen beruhen können (Witterungsverhältnisse, Baugrundprobleme, Insolvenz eines Baubeteiligten, Baustopp, Auftragserweiterungen), ist zu prüfen, ob sich die Verzögerung auch auf das Honorar des Architekten/Ingenieurs auswirkt. Nach der HOAI 2013 als zwingendes Preisrecht war die Bemessung des Honorars bauzeitenneutral, es wurde also nicht in Abhängigkeit zur aufgewandten Zeit berechnet. Die Abgeltung der zeitabhängigen Kosten des Planers erfolgte über die Honorarsätze aus den Honorartafeln unabhängig von der Höhe der Kosten und dem für die Leistung benötigten Zeitraum. Verlängerte sich die Bauzeit und konnte dadurch der geschuldete Erfolg erst später eintreten, beeinflusste das grundsätzlich nicht die Höhe des vereinbarten Honorars⁴⁵.

⁴⁵ OLG Celle, Urteil vom 11. Februar 2016, 5 U 29/14

Daran hat sich nach Inkrafttreten der HOAI 2021 nichts geändert, wenn die Vertragsparteien vereinbaren, dass das Honorar auf Grundlage der HOAI 2021 berechnet werden soll (vgl. § 1 Satz 2 HOAI). Davon wird bis heute regelmäßig Gebrauch gemacht, insbesondere bei Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern.

Danach steht dem Planer ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung bzw. Kostenerstattung nur dann zu, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen eine Anspruchsgrundlage erfüllt sind, die diese Rechtsfolge regelt. Eine derartige Anspruchsgrundlage kann in den Architekten- und Ingenieurvertrag aufgenommen werden. Derartige Klauseln sollten verständlich und eindeutig formuliert werden. So sollten die Parteien im Vertrag präzise angeben, ob die Ansprüche des Planers eine Verlängerung des Zeitraums für die eigentlichen Bauleistungen oder eine Verlängerung des Zeitraums für alle Leistungen der Objektüberwachung im Sinne der Leistungsphase 8 voraussetzen. In jedem Fall sollten die Parteien im Vertrag den maßgeblichen Zeitraum durch die Aufnahme entsprechender Daten bestimmen.

Dazu wäre folgender Text möglich:

„Dauert die Bauausführung länger als 15 Monate, so sind die Parteien verpflichtet, über eine angemessene Erhöhung des Honorars für die Bauüberwachung zu verhandeln. Der nachgewiesene Mehraufwand ist dem Architekten in jedem Fall zu erstatten, es sei denn, dass der Architekt die Bauzeitverlängerung zu vertreten hat.“

Diese Klausel hatte der BGH unter Berücksichtigung der HOAI älterer Fassung als unwirksam angesehen⁴⁶. Seit dem Wegfall des zwingenden Preisrechts zum 1. Januar 2021 steht die HOAI der wirksamen Vereinbarung einer derartigen „Verhandlungsklausel“ nicht mehr entgegen⁴⁷.

In jedem Fall müssen einzelne Störungen, die zu einer Verlängerung der Bauzeit geführt haben, bestimmten Mehrleistungen zugeordnet werden⁴⁸. Deshalb heißt es in der oben genannten Vereinbarung auch „nachgewiesene Mehraufwand“. Eine einfache Dreisatzberechnung reicht nicht aus.

Fehlt es an einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung können sich Ansprüche des Planers infolge einer Verlängerung der Leistungszeit vorrangig aus § 642 BGB und

⁴⁶ BGH, Urteil vom 30. September 2004, VII ZR 456/01)

⁴⁷ Kuhn in Thode/Thierau/Wessel a.a.O. § 21 Rn.14

⁴⁸ OLG Celle, Urteil vom 6. Oktober 2021, 14:39 Uhr/21, Kammergericht, Urteil vom 15. März 2005, 27 U 399/03

613 BGB ergeben. Über § 650 q Abs.1 gilt § 642 auch für Architekten- und Ingenieurverträge.

Diese Bestimmung lautet:

„Mitwirkung des Bestellers

(1)

Ist bei der Herstellung des Werks eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2)

Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.“

Danach muss der Besteller eine Mitwirkungshandlung unterlassen haben. Diese kann darin liegen, dass der Besteller etwa das Baugesuch nicht unterzeichnet oder notwendige Zwischenentscheidungen nicht getroffen hat. Entsteht hingegen die Verzögerung dadurch, dass ein Bauunternehmer seine Bauleistung nicht fristgerecht vollendet hat, steht dem Planer gegen seinen Auftraggeber kein Anspruch aus § 642 BGB zu. Denn der Bauherr hat nicht dafür einzustehen, dass die von ihm beauftragten Bauunternehmer die vorgesehenen Termine einhalten.

Einzelheiten zu dem erforderlichen Vorbringen im Zusammenhang mit der Kausalität (bauablaufbezogene Darstellung) sind im Rahmen des § 642 BGB noch nicht abschließend geklärt⁴⁹. Gleiches gilt auch für die Höhe des Anspruchs und die Berücksichtigung ersparte Aufwendungen, sodass hier noch eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht.

Von daher sollte der Architekt in jedem Fall darauf hinwirken, dass eine vertragliche Regelung in den Architektenvertrag aufgenommen wird, die ihm für den Fall einer Störung des Bauablaufs eine zusätzliche Vergütung oder Entschädigung gewährt.

Unabhängig davon steht es dem Architekten frei, generell eine Abrechnung nach Zeitaufwand zu vereinbaren.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017; OLG Celle, Urteil vom 6. Oktober 2021, 14 U 39/21

Kapitel 8

Haftung der Architekten und Ingenieure

Den Architekten und den Ingenieuren (nachfolgend Planer genannt) obliegt die koordinierende Lenkung und Überwachung von Planung und Ausführung in allen mit der Planung und Durchführung eines Vorhabens zusammenhängenden Fragen. Die Haftung als solche entspringt dem Vertrag mit dem Bauherrn. Im Vordergrund der vertraglichen Architektenhaftung steht die Haftung als Werkunternehmer in der Herstellungs- und der Gewährleistungsphase insbesondere vor dem Hintergrund anerkannter Regeln der Technik. Hinzu tritt die Haftung als Sachwalter, die Haftung für Bausummenüberschreitung und letztlich die vertragliche Haftung gegenüber Dritten.⁵⁰

I. Haftungsgründe

Die Mängel des Architektenwerks lassen sich hauptsächlich in folgende Kategorien einteilen:

- Planungsmängel
- Bauüberwachungsmängel
- Koordinierungsmängel

1. Planungsmängel

Architekten schulden nach dem mit dem Besteller geschlossenen Architektenvertrag regelmäßig die Herbeiführung eines dauerhaft mangelfreien Werks. Sie haften für Fehler in der Planung, wenn sie gegen die anerkannten Regeln der Technik oder die vertraglich geschuldeten Leistungen verstoßen. Das bedeutet, dass die Planung

- fachgerecht
- vollständig
- und den baurechtlichen Vorschriften entsprechend

sein muss.

⁵⁰ vgl. Staudacher in Thode/Thierau/Wessel, a.a.O. § 11, Rn 56 ff.

Der Architekt hat sich bei der Planung an dem zu orientieren, was der Besteller vorgegeben und als Planungsziel definiert hat. Dieses Ziel ist vom Architekten zu ermitteln. Weiterhin hat der Architekt zu überprüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen das vom Besteller Gewollte umsetzbar ist. Dies betrifft neben bautechnischen Belangen und der Geeignetheit des Baugrundes auch die Prüfung der baurechtlichen Vorgaben. Dabei orientieren sich die einzelnen Planungsschritte und die dort üblicherweise vom Architekten/Ingenieur zu erfüllenden Aufgaben an den Leistungsphasen 1 bis 5 der HOAI und zwar unabhängig davon, ob diese ausdrücklich in den Vertrag einbezogen wurden oder nicht⁵¹.

Im Rahmen seiner eigenen, von ihm zu erwartenden Kenntnisse hat der Architekt/Ingenieur die Leistung des für bestimmte Bereiche oder Gewerke beauftragten Sonderfachmanns zu prüfen. Er darf sich beispielsweise nur dann auf die statischen Berechnungen eines von ihm beauftragten Tragwerkplaner verlassen, wenn allein dieser über die besonderen Fachkenntnisse verfügt.

Bei einem Planungsfehler muss der Architekt für die daraus entstehenden Schäden wie zum Beispiel Mehrkosten oder Verzögerungen eintreten. Allerdings muss sich der Planungsmangel bereits realisiert haben.

An diesen Grundsätzen hat sich durch das neue Bauvertragsrecht nichts geändert.

2. Überwachungsmängel

Mit Rücksicht auf den vorstehend dargestellte Leistungspflichten haften die Architekten auch für Mängel an einem Bauwerk, die durch eine unzureichende Bauüberwachung seitens des Architekten entstanden sind. Kernbereich der Überwachungspflicht ist die zielgerichtete Überwachung, Koordination und Anleitung der im Rahmen der Bauausführung beteiligten Unternehmer dabei hat der Bauüberwachung der Architekt sicherzustellen, dass das Objekt wie geplant und ohne Mängel errichtet wird.

Der Umfang der Pflicht zur Bauüberwachung richtet sich nach den im Einzelfall getroffenen Vereinbarungen und umfasst vor allem das Überwachen der Ausführung des Objektes auf Übereinstimmung

⁵¹ Einzelheiten dazu bei Thierau in Thode/Thierau/Wessel a.a.O. § 9, Rn.26 ff.

- mit der Baugenehmigung,
- den Ausführungsplänen und dem Leistungsverzeichnis,
- den Regeln der Baukunst und Technik
- und den einschlägigen Vorschriften.

Bei nur einfachen und gängigen Tätigkeiten im Sinne handwerklicher Selbstverständlichkeiten kann sich der Architekt auf Stichproben beschränken. Der Architekt muss jedoch sein Augenmerk auf schwierige oder gefahrenträchtige Arbeiten, typische Gefahrenquellen und kritische Bauabschnitte richten und dabei regelmäßig die Bauüberwachung persönlich wahrnehmen.

Diese sind beispielsweise:

- Ausstattungsarbeiten
- Abdichtungsarbeiten am Keller/Dach⁵²
- Unterfangungsarbeiten
- Ausführung einer „Weißen Wanne“
- Einmessungsarbeiten
- Brandschutzarbeiten
- Bewehrungsarbeiten
- Betonierarbeiten
- Isolierungsarbeiten
- Arbeiten am Wärmedämmverbundsystem⁵³

Hingegen besteht regelmäßig keine besondere Überwachungspflicht handwerklicher Selbstverständlichkeiten. Das sind allgemein übliche, gängige und einfache Bauarbeiten, bei denen sich der Bauüberwachung grundsätzlich auf die Zuverlässigkeit des Bauunternehmers verlassen kann.

Diese sind beispielsweise:

- Putzarbeiten
- Säuberungsarbeiten
- Parkettarbeiten
- Malerarbeiten

⁵² OLG Celle, Beschluss vom 28. September 2016, 7 U 77/16

⁵³ OLG Koblenz, Urteil vom 19. Mai 2016, 1 U 204/14

Bei diesen Arbeiten genügt regelmäßig eine lediglich stichprobenhafte Überwachung.

3. Koordinierungsmängel

Im Rahmen der Ausführungsplanung ist ein stetiger Austausch zwischen Objektplaner und Fachplaner erforderlich dabei hat der Objektplaner die Planungen der einzelnen Fachplaner zu koordinieren und in seine eigene Planung zu integrieren⁵⁴.

Der Architekt ist im Rahmen der ihm übertragenen Aufgabe verpflichtet, die im einzelnen erforderlichen Schritte der Planung, Bauausführung und Mängelbeseitigung in zeitlicher, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu steuern und zu überwachen⁵⁵.

4. Haftung für Bausummenüberschreitung

Haben die Parteien das Kostenlimit als Beschaffenheit des bestellten Werkes vereinbart oder der Planer schuldhaft einen überhöhten Kostenaufwand betrieben, steht dem Bauherrn ein Schadensersatzanspruch zu⁵⁶. Wegen des unüberschaubaren Haftungsrisikos und des Wegfalls des Versicherungsschutzes soll der Planer im Regelfall keine Garantie für die Einhaltung einer Bausumme abgeben⁵⁷. Allerdings entsteht in Fällen dieser Art ein Schaden nur dann, wenn die eingetretenen Mehrkosten durch die unzutreffenden Maßnahmen in Planung und baulicher Realisierung nicht durch die Erhöhung des Verkehrswerts des Objekts kompensiert werden.

II. Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer gemäß § 650 t

In dem neuen Bauvertragsrecht wird in § 650 t die gesamtschuldnerische Haftung des bauüberwachenden Architekten und des ausführenden Unternehmers neu geregelt.

Diese Bestimmung lautet:

„Nimmt der Besteller den Unternehmer wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt

⁵⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 25. Oktober 2012, I-5 U 162/11

⁵⁵ BGH, Urteil vom 15. Dezember 1969, VII ZR 8/68, OLG Düsseldorf, Urteil vom 22. November 2013, 22 U 32/13

⁵⁶ BGH, Urteil vom 23. Januar 1997, VII ZR 171/95

⁵⁷ BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2000, VII ZR 80/99

hat, kann der Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.“

Die Regelung sieht ein Leistungsverweigerungsrecht des bauüberwachenden Architekten vor, wenn er wegen Baumängeln vom Besteller in Anspruch genommen wird. Dieses Leistungsverweigerungsrecht für so lange zu einer subsidiären Haftung des bauüberwachenden Architekten bis der Besteller den bauausführenden Unternehmer zur Mängelbeseitigung aufgefordert, hierfür eine Frist gesetzt hat und diese fruchtlos abgelaufen ist. Ist letzteres geschehen, haften bauüberwachender Architekt und bauausführender Unternehmer – wie nach derzeitiger Rechtslage – als Gesamtschuldner. Der Besteller ist dann in seiner Wahl frei, wen er in Anspruch nehmen. Liegen gleichzeitig ein Ausführungsfehler des Unternehmers und ein Überwachungsfehler des Architekten vor, haften beide gegenüber dem Bauherrn als Gesamtschuldner auf dem gesamten Schaden, der durch den Mangel am Bauwerk entstanden ist.

Dadurch, dass nur der Architekt und nicht der Bauunternehmer versichert ist, hat sich in der Praxis die erste Inanspruchnahme auf den Architekten verlagert, obwohl der Unternehmer häufig die Hauptverantwortung für den Mangel trägt. Mit der neuen gesetzlichen Regelung kann der Besteller den Architekten erst dann in Anspruch nehmen, wenn er zuvor den bauausführenden Unternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Hierfür ist der Architekt darlegungs- und beweispflichtig.

Kapitel 9

Verfahrensrecht

§§ 71, 72 a, 119 a GVG

Hauptziel der Änderungen des Gerichtsverfahrensgesetzes (GVG) war es, bestimmte Spezialmaterien von Gesetzes wegen auf bestimmte Spruchkörper zu konzentrieren, nachdem die Gerichte hiervon im Rahmen ihrer autonomen Selbstverwaltung nur unzureichenden Gebrauch gemacht haben. Dies soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers zu einer Qualitätssteigerung führen. Durch die ausdrückliche Kammerzuständigkeit für Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen wird bei den Landgerichten die Zuständigkeit des originären Einzelrichters innerhalb des Spruchkörpers zurückgedrängt. Nunmehr ist jede Bausache zunächst eine Kammersache, die dann unter den Voraussetzungen des § 348 a ZPO durch Beschluss der Kammer auf den Einzelrichter übertragen werden kann. Die Praxis zeigt aber, dass die meisten Bausachen dem Einzelrichter übertragen werden.

Wenn eine Kammer über eine Bausache entschieden hat oder wenn der Vorsitzende einer Kammer für Handelssachen entschieden hat, kann über die Berufung ein Einzelrichter des Berufungssenats (Bausenat) nur entscheiden, wenn beide Parteien damit einverstanden sind, §§ 526 f. ZPO. Diese Regelung ist zu begrüßen.

Kapitel 10

Aktuelle Rechtsprechung

I.

OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 16. Mai 2022, 29 U 94/21 (Honorar nach Abschluss der Zielfindungsphase)

Sachverhalt

Im April 2019 wird ein Architekt mit den Leistungsphasen 1-4 für die Umwandlung einer Scheune in ein Mehrfamilienhaus beauftragt. Der Architekt nimmt Leistungen im Rahmen der vereinbarten Zielfindungsphase vor und erhält dafür eine Vergütung von 3.500 €. Anschließend erbringt er Leistungen der Leistungsphasen 1-3. Der Auftraggeber bricht das Bauvorhaben nach Mitteilung von erhöhten Kosten ab, weil seine Bank eine Finanzierung nicht zur Verfügung stellt. Der Architekt macht ein weiteres Honorar für Leistungen der Leistungsphasen 1-2 in Höhe von 35.000 € geltend. Dies lehnt der Auftraggeber ab.

Entscheidung

Das Gericht weist die Zahlungsklage des Architekten ab. Nach dem hier geltenden § 650 p sind Leistungen, die ein Architekt über die Zielfindungsphase hinaus erbringt, nur unter den Voraussetzungen vergütungsfähig, dass er die mindestens erforderlichen Ergebnisse jener Phase dem Auftraggeber zur Prüfung vorgelegt und er hierzu eine klare Bewilligungserklärungen erhalten hat. Legt ein Planer zum Ende der Zielfindungsphase eine Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung gemäß § 650 p Abs. 2 Satz 2 nicht vor, kann er wegen fehlender Zustimmung/Freigabe durch den Bauherrn einen Honoraranspruch für weitergehende Leistungen nicht beanspruchen. Eine Billigung liegt auch nicht in der Beauftragung oder den Abruf weiterer Planungsleistungen.

II.

BGH, Urteil vom 19. September 2024, VII ZR 10/24 (Voraussetzungen einer Anordnung gemäß § 2 Abs.5, § 6 Abs.2, 6 VOB/B)

Sachverhalt

Der Beklagte beauftragte die Klägerin im Juni 2018 mit Leistungen an einer Starkstromanlage an einem Bauvorhaben in Dresden. In dem Vertrag war eine abnahmereife Fertigstellung der Arbeiten der Klägerin am 10. Januar 2019 vorgesehen. Anfang Juli 2018 meldete die Klägerin eine Baubehinderung wegen fehlender Ausführungsplanung des Beklagten an. Nachfolgend erstellte die Beklagte korrigierte Bauablaufpläne und übersandte diese an die Klägerin. Die Klägerin zeigte daraufhin weitere Behinderungen an und begründete diese mit unvollständigen Ausführungsplänen. Nach Abnahme im November 2019 stellte die Klägerin ihre Schlussrechnung, mit der sie unter anderem Mehrkosten in Höhe von 56.729,59 € für Personal und Container wegen Verlängerung der Bauzeit und wegen gestiegener Tariflöhne ab 2019 geltend macht. Die Beklagte beglich diesen Betrag nicht.

Entscheidungsgründe

Die Klage auf Zahlung der Mehrkosten hatte keinen Erfolg, da weder die Voraussetzungen nach § 2 Abs.5 VOB/B noch nach § 642 BGB vorlagen.

Gemäß § 2 Abs.5 VOB/B ist für den Fall, dass durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlage des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden, ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, kann der Auftragnehmer den sich aus § 2 Abs.5 VOB/B ergebenden Vergütungsanspruch im Wege der Klage geltend machen. Voraussetzung für einen Mehrvergütungsanspruch ist danach eine Anordnung des Auftraggebers zur Änderung des Bauentwurfs oder eine andere Anordnung. Da es sich bei den Regelungen in der VOB um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, sind diese so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Danach erfordert eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs.5 VOB/B eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll. Davon abzugrenzen sind Störungen des Vertrags aufgrund von Behinderungen, die faktisch zu Bauzeitverzögerungen führen. Diese können nicht als Anordnung im Sinne von § 2 Abs.5 VOB/B verstanden werden. Derartige Störungen können zwar unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B zu Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen führen, nicht jedoch zu einem Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs.5 VOB/B.

Auch die Übermittlung von Bauablaufplänen stellt keine Anordnung des Auftraggebers in diesem Sinne dar, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird.

Da ein Verschulden des Auftraggebers im Sinne von § 6 Abs.6 Satz 1 VOB/B nicht vorlag, kommt eine entsprechende Antwort nicht in Betracht.

Auch die Voraussetzungen eines verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs nach § 642 BGB liegen nicht vor, da die Klägerin ihren Anspruch nicht nach Maßgabe des unproduktiven Vorhalts von Produktionsmitteln während der Dauer des Annahmeverzug bemessen hat.

Mit dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass er der Rechtsprechung des Kammergerichts, die in einer Verzugsmitteilung in aller Regel eine angeordnete Leistungsänderung sieht⁵⁸, nicht folgt.

III.

OLG Brandenburg, Urteil vom 10. Februar 2022, 12 U 28/21 (Planungsverschulden und Hinweispflichten des Ingenieurs)

Sachverhalt

Mit Ingenieurvertrag vom 15. September/13. Oktober 2010 beauftragte der Bauherr, ein Abwasserzweckverband, einen Ingenieur mit den Leistungsphasen 1 (Grundlagenermittlung) und 2 (Vorplanung) sowie nachfolgend mit der Planung, Ausschreibung, Bauoberleitung und örtlicher Bauüberwachung einer neu zu verlegenden Abwasserdruckleitung einschließlich Pumpwerke, Sonderschächte und weitere Anlagen. Es sollte eine Fäkalannahmestation betrieben werden. Während der Baumaßnahmen kamen die Parteien überein, dass bestimmte korrosionsschützende Maßnahmen wie die in der Entwurfsplanung vorgesehene Druckluftspülung ohne alternative Schutzmaßnahmen aus der Planung herausgenommen werden sollten. Bereits nach etwa fünf Monaten nach Abnahme traten Auflösungs- und Korrosionserscheinungen an den Bauwerken und Ausrüstungsgegenständen der drei Pumpwerke auf. In einem nachfolgenden selbstständigen Beweisverfahren stellte der Sachverständige fest, dass die Korrosionserscheinungen an den Bauwerken und Ausrüstungsgegenständen auf eine biogene Schwefelsäurekorrosion zurückzuführen seien. Diese trete in Abhängigkeit mit der Zusammensetzung des Abwassers auf. Dem könne entgegengewirkt werden entweder mit einer Druckluftspülstation oder einer chemischen Behandlung in einer Fällmittelstation oder dem Einsatz korrosionsbeständiger Werkstoffe oder Schutzmaterialien.

⁵⁸ Kammergericht, Urteil vom 29. Januar 2019, 21 U 122/18

In dem nachfolgenden Rechtsstreit nahm der Bauherr den Ingenieur auf Schadensersatz wegen mangelhafter Planungsleistungen in Anspruch.

Entscheidungsgründe

Das Gericht sah die Voraussetzungen für einen Gewährleistungsanspruch aus § 634 BGB für erwiesen an, weil die Planungsleistungen des Ingenieurs mangelhaft im Sinne von § 633 BGB waren. Es führte aus, dass nach den werkvertraglichen Vorschriften der Architekt/Ingenieur eine dem Vertrag entsprechende und nach den Regeln der Technik funktionsfähige Planung schuldet. Im vorliegenden Fall war die Planung darauf auszurichten, dass sie dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch gerecht wird und die zu errichtende Anlage korrosionsbeständig war. Dies sei hier unstrittig nicht der Fall gewesen, nachdem erhebliche Korrosionsschäden am Abwasserleitungssystem einschließlich der Zwischenstationen bereits nach kurzer Zeit aufgetreten waren. Diese Mängel habe der Ingenieur zu vertreten, und zwar unabhängig davon, dass die Herausnahme der ursprünglich vorgesehenen Druckluftspülung von dem Auftraggeber veranlasst wurde. Denn diese Maßnahme habe ihre Ursache in einer unzureichenden Aufklärung und Beratung durch den Ingenieur. Der Architekt/Ingenieur ist vertraglich verpflichtet, auf Bedenken hinzuweisen, wenn er die Ungeeignetheit der bindenden Vorgaben des Auftraggebers erkannt hat. Er muss auch auf vom Besteller unerkannte Risiken der Vorgaben und Vorleistungen hinweisen, soweit sie geeignet sind, die eigene Leistung zu gefährden. Nach Auffassung des Gerichts fehlte es im vorliegenden Fall an der Gewissheit, dass der Auftraggeber die maßgeblichen Umstände tatsächlich gekannt und seine Entscheidung im Sinne einer ausdrücklichen bzw. konkludenten Risikoübernahme auf Basis dieser Entscheidung getroffen hat.

Hinsichtlich des daraus entstandenen Schadens musste sich der Auftraggeber allerdings ein Mitverschulden von einem Drittel anrechnen lassen, weil auch er über eine gewisse Sachkunde verfügte.

IV.

Kammergericht, Urteil vom 13. Januar 2023, 21 U 50/22 (Offenbarungspflicht einer einschlägigen Vorstrafe)

Sachverhalt

Die Klägerin ist eine in Berlin ansässige Architekten- und Ingenieurgesellschaft, deren Alleingesellschafter A wegen Bestechlichkeit zu einer Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren rechtskräftig verurteilt wurde. Dieser verbüßte in den Jahren 2018 und 2019 die Strafe als Freigänger im offenen Vollzug. In dieser Zeit schloss die Architektengesellschaft des A meh-

rere Verträge mit einer Projektgesellschaft (Planungs- und Überwachungsverträge). Die entsprechenden Vertragsverhandlungen führte A, ohne auf seine Vorstrafe hinzuweisen. Im Zuge der Vertragsdurchführung kam es zu Streitigkeiten zwischen den Parteien, die im Jahre 2019 zu einer Kündigung der Verträge aus wichtigem Grund führten. Nachdem die Beklagte im Jahre 2020 von der Vorstrafe des A Kenntnis erhalten hatte, gab erklärte sie die Anfechtung der Verträge wegen arglistiger Täuschung. In nachfolgenden Rechtsstreiten verlangte die Gesellschaft des A Kündigungsvergütung gemäß § 648 BGB und Bauhandwerkersicherung gemäß § 650 f BGB.

Entscheidungsgründe

Das Landgericht und das Kammergericht wiesen die Klage mit der Begründung ab, dass die Beklagte den maßgeblichen Architektenvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten hat (§§ 142 Abs.1, 123 Abs.1 BGB). Denn die Klägerin habe die Beklagte arglistig getäuscht, indem sie ihr vor Vertragsschluss nicht den Umstand offenbarte, dass ihr Alleingesellschafter A im Jahr 2017 wegen Bestechlichkeit rechtskräftig zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, die er zur Zeit des Vertragsabschlusses im offenen Verzug verbüßte.

Das Kammergericht erklärte dazu, dass bei Vertragsverhandlungen zwar keine allgemeine Rechtspflicht bestehe, den anderen Teil über sämtliche Einzelheiten und Umstände aufzuklären, die dessen Willensentschließung beeinflussen könnten. Es besteht jedoch eine Pflicht zur ungefragte Aufklärung vor Vertragsschluss dann, wenn es um eine Tatsache geht, die für die Willensbildung der anderen Seite offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung ist, sodass die Mitteilung nach Treu und Glauben redlicherweise erwartet werden durfte⁵⁹. Davon ist insbesondere bei solchen Tatsachen auszugehen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können. Vorstrafen müssen nur dann offenbart werden, wenn sie berechtigten Anlass zu der Befürchtung geben, dass eine Seite den Vertrag entweder nicht ordnungsgemäß erfüllen oder aber der Gegenseite durch die Verletzung von Nebenpflichten Schaden zufügen wird. Es muss sich daher um eine einschlägige Vorstrafe handeln, das bedeutet, in der Vorstrafe muss ein Eignungsdefizit in einem Persönlichkeits- und Anforderungsbereich zum Ausdruck kommen, der auch für den in Rede stehenden Vertrag von Bedeutung ist. Letztlich ist noch zu beachten, dass regelmäßig keine Aufklärungspflicht über eine Vorstrafe besteht, wenn der Verurteilte sie nach § 53 Abs.1 BZRG nicht mehr offenbaren muss, da die Wertentscheidungen des Bundeszentralregistergesetzes auch im Rahmen von § 123 BGB zu beachten seien.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben hat das Gericht eine Offenbarungspflicht des A angenommen und die Anfechtung als wirksam angesehen.

⁵⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 11. August 2010, XII ZR 192/08 Rn. 22