arge arbeitsgemeinschaft für bau- und immobilienrecht baurecht
baurecht
WERNER VERLAG

Dammert, BauR 2017, 421

Thema: Das geplante Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts – Architekten- und Ingenieurvertrag

Zeitschrift: BauR - Baurecht
Autor: Prof. Dr. Bernd Dammert
Rubrik: Aufsätze
Referenz: BauR 2017, 421 - 430 (Heft 2a)

Das geplante Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts – Architekten- und Ingenieurvertrag

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Dammert, Leipzig*

Das Architekten- und Ingenieurvertragsrecht hat sich vor allem durch die Rechtsprechung des 7. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in den letzten Jahren zunehmend von seiner „honorarrechtlichen Überformungâ€ durch die HOAI gelöst. Mit der Konzentration auf die vertraglichen Inhalte und Pflichten wurde aber auch deutlich, dass die seit 1959 vorgenommene Typisierung von Architekten- und Ingenieurverträgen als Werkverträge gem. § 631 BGB eine Vielzahl offener Fragen aufwirft, auf die das gesetzliche Werkvertragsrecht nur in unzureichendem und teilweise auch unbefriedigendem Maße Antworten liefert. Eine schlichte Rückkehr zum Dienstvertragsrecht schien aber rechtspolitisch genauso ausgeschlossen, wie die Schaffung eines völlig eigenständigen Vertragstypus, obwohl dies rechtsdogmatisch nicht unmöglich gewesen wäre. Umso bedeutsamer ist es daher, dass im Rahmen der Erarbeitung von Vorschlägen für ein neues Bau- und Werkvertragsrecht auch das Architekten- und Ingenieurvertragsrecht als eigenständiger Praxis- und Rechtsbereich in den Blick genommen und erstmals spezielle Kodifikationsvorschläge entwickelt wurden. Kritiker mögen bemängeln, dass ein Paradigmenwechsel weg vom Werkvertrag hin zum Dienstvertrag nicht erfolgt ist. Sie übersehen aber, dass mit den gesetzlichen Neuregelungen erstmals eigenständige Vertragsvorschriften im Hinblick auf die Besonderheit von Architekten- und Ingenieurverträgen geschaffen werden. Dass damit (noch) nicht alle Fragen geklärt sind, schmälert diesen wichtigen Schritt in die richtige Richtung nicht. Die notwendigen weiteren Regelungen gerade im Hinblick auf den wirtschaftlich und rechtlich zentralen Bereich der Haftung, insbesondere den gesamtschuldnerischen Haftungsverbund von Planer und Bauunternehmer, dürfen aber nicht aus den Augen verloren werden.

Der erreichte Ist-Stand ist mit seinen (rechtspolitischen) Entwicklungslinien im Überblick darzustellen. Die Einzelreglungen werden erläutert und einer ersten Bewertuvng unterzogen.

---

* Der Verfasser war Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht sowie der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht und Absicherungsrecht beim Bundesministerium für Justiz. Er hat zu den aufgeworfenen Fragen beim 4. und 5. Deutschen Baugerichtstag im AK IV – Architekten- und Ingenieurrecht – Thesen vorgetragen.

Dammert: Das geplante Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts – Architekten- und Ingenieurvertrag - BauR 201 Heft 2a - 422 **>:**

A. Entstehungsgeschichte des Gesetzentwurfs

I. Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im Bundesjustizministerium

Rechtspolitischer Ausgangspunkt des Gesetzentwurfes war der im Jahre 2009 zwischen CDU, CSU und FDP geschlossene Koalitionsvertrag. Demnach sollte geprüft werden, ob und in wie weit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechtes geeignet ist.[1]

Zur Umsetzung des im Koalitionsvertrag festgelegten Prüfauftrages wurde am 17.03.2010 eine aus ca. 40 Mitgliedern bestehende Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesjustizministerium gegründet. Besetzt wurde diese Arbeitsgruppe unter anderem mit Mitgliedern aus Ministerien, Gerichten, Hochschulen, Kammern, Verbänden und sonstigen Vereinigungen. Bis zur Vorlage des Abschlussberichtes am 18.06.2013 tagte die Arbeitsgruppe ca. 25-mal. Zudem erfolgte die Gründung von verschiedenen Unterarbeitsgruppen, unter anderem der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht, sowie der Unterarbeitsgruppe Absicherung des Bestellers.

Die Anfang 2011 gegründete Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht lieferte am 21.11.2011 ihren Ergebnisbericht ab. Dieser enthielt bereits Gesetzesvorschläge zu den vertragstypischen Pflichten, der Zielfindungsphase und dem Sonderkündigungsrecht nebst hierauf bezogener Vergütungsregelungen, sowie zur (Teil)Abnahme.[2]

II. Deutscher Baugerichtstag – Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Die Beratungen des Deutschen Baugerichtstages haben auf die Formulierung des Gesetzentwurfs ebenfalls erheblichen Einfluss gehabt.

Bereits der 3. Deutsche Baugerichtstag legte im Jahre 2010 Empfehlungen zur Vertragstypisierung und Haftung im Bauvertragsrecht vor. Schon zu diesem Zeitpunkt forderte Preußner spezifische Ergänzungen zu Werkvertragsrecht, welche die Besonderheiten der Architekten- und Ingenieurverträge berücksichtigen und entsprechend regeln. Der Verfasser wies zudem auf das Erfordernis hin, bei fehlender Konkretisierung des Werkerfolges diesen vorab in einer „Scoping-Phaseâ€ zu ermitteln. Dies war die Geburtsstunde des § 650o BGB-E.

Die im Jahre 2012 abgegebenen Empfehlungen des 4. Baugerichtstages stimmten inhaltlich weitgehend mit den §§ 650o-r BGB-E überein. Auch die durch den 5. Baugerichtstag im Jahre 2014 abgegebene Empfehlung ist inhaltlich weitgehend identisch mit den §§ 650s BGB-E.

III. Gang des Gesetzgebungsverfahrens

Im September 2015 erarbeitete das Bundesjustizministerium einen Referentenentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung mit Stellungnahmemöglichkeit bis zum 20.11.2015. Der entsprechende Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 11.03.2016 wurde mit BR-Drucks. 123/16 an den Bundesrat weitergeleitet, welcher mit BR-Drucks. 123/16 (B) vom 22.04.2016 hierzu Stellung nahm. Mit BT-Drucks. 18/8486 wurde der Regierungsentwurf am 18.05.2016 in den Bundestag eingebracht.

Der ersten Beratung im Bundestag vom 10.06.2016 folgte die öffentliche Anhörung von Sachverständigen durch den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 22.06.2016.

B. Inhalte und erste Bewertungen

I. Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen – § 650o Abs. 1 BGB-E

Die vertragstypischen Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen sind in § 650o Abs. 1 BGB-E geregelt, dieser hat folgenden Wortlaut:

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

1. Problemstellung

Architekten und Ingenieurverträge werden seit dem BGH-Urteil vom 26.11.1959 als Werkverträge gem. § 631 Abs. 1 BGB eingeordnet. Dies

---

1 Vgl. Koalitionsvertrag der 17. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und FDP S. 43.

2 Zurückgehend auf Formulierungsvorschläge von Voit und Dammert.

ist dogmatisch – auch im Lichte von § 631 Abs. 2 BGB – nicht zwingend. Das Kernproblem ergibt sich daraus, dass die vertragliche Beschaffensbestimmung und -regelung für das „versprochene Werkâ€ erhebliche Schwierigkeiten aufwirft. Worin der Werkerfolg für eine erst noch zu erbringende Planung besteht, lässt sich im Vorhinein oftmals nur sehr ungenau beschreiben. Zudem verschwimmen „produktbezogeneâ€ Beschaffenheitsangaben wie die technisch regelgerechte und genehmigungsfähige Planung mit tätigkeitsbezogenen, ja geschäftsbesorgungsähnlichen Elementen.

Im Übrigen ist die Formel, der Architekt schulde das mangelfreie Entstehen des Bauwerks in dieser Kürze weder für die Planung noch für die Bauüberwachung zutreffend. Nicht ohne Grund wird bei der Mangelfeststellung nach einer Sorgfaltspflichtverletzung gefragt, obwohl es beim Werkvertrag auf den Erfolgseintritt und nicht auf die hierfür aufgewandte Sorgfalt des Unternehmers ankommt.

Hinzu kommt, dass die vertragsgerechte Beschaffenheit der Planung regelmäßig das Ergebnis eines mehrstufigen Planungsprozesses ist. Soweit es um Beratungsleistungen, Abstimmungen von Planungsvarianten und um Koordinierung anderer am Bau Beteiligter geht, sind diese Leistungen dem Geschäftsbesorgungsvertrag näher als dem Werkvertrag.

2. Lösungsansatz des Gesetzentwurfs

Rechtsdogmatisch wären mehrere Wege denkbar gewesen, um der aufgezeigten Problemstellung gerecht zu werden. Neben einer Rückkehr zum Dienstvertrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag wären sowohl Vorgaben für einen gemischten Vertrag als auch für einen Planungsvertrag sui generis in Betracht gekommen.

Der Gesetzentwurf hat sich für einen anderen Weg entschieden. Der Architekten- und Ingenieurvertrag wird unter Titel 9 „Werkvertrag und ähnliche Verträgeâ€ neben dem Werkvertrag als eigener Untertitel 2 geführt. Damit wird einerseits die Zuordnung zum Werkvertragsrecht gesetzlich ausdrücklich verankert. Andererseits wird den Besonderheiten dieses Bereichs – zumindest in Teilen – Rechnung getragen.

3. Einzelaspekte und Regelungsinhalt

Bezugspunkt der vertragstypischen Pflichten sind die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele. Hieran knüpft der Gesetzentwurf funktional die geschuldeten Leistungspflichten an. Die Bezugnahme auf den jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks dient der Konkretisierung der Leistungspflichten. Es erfolgt damit eine Verknüpfung des erfolgsbestimmenden Leistungsziels und der erfolgsorientierten Leistungshandlungen.

4. Bewertung

Rechtsdogmatisch ist der Lösungsansatz gangbar.

Klar ist, dass die Regelung als gesetzliche Typisierung der vertragstypischen Pflichten durch vertragliche Regelungen ersetzt oder abgeändert werden kann. Dies gilt jedenfalls für einzelvertragliche Vereinbarungen.

Faktisch gesehen nähert sich die Regelung der bisherigen Rechtspraxis insoweit an, als diese über eine Einbeziehungsvereinbarung der HOAI, die für die Erreichung des Planungsziels typischerweise erforderlichen Planungsschritte als vertragliche Erfolgsverpflichtung ansieht. Die funktionale Ausrichtung macht umgekehrt aber auch deutlich, dass Planungsschritte kein Selbstzweck sind, sondern nur zielbezogen geschuldet werden. Die im Abschlussbericht zu Recht geforderte Unterscheidung zwischen dem Planungserfolg und den Planungsschritten/Leistungsschritten ist zwar noch erkennbar, sie hätte aber deutlicher ausfallen können.

Letztlich dient die Regelung dazu, den Architekten- und Ingenieurvertrag mit dem Werkvertragsdogma zu versöhnen. Die zentrale Aufgabe, den Leistungserfolg möglichst konkret zu vereinbaren, nimmt der Gesetzgeber allerdings den Vertragsparteien damit nicht ab. Es überrascht daher nicht, dass die praktische Bedeutsamkeit dieser Vorschrift von manchen eher skeptisch gesehen wird.

Damit wird im Ergebnis den Besonderheiten dieser Verträge Rechnung getragen, der dogmatische Heimathafen des Werkvertragsrechts jedoch beibehalten.

II. Zielfindungsphase und Sonderkündigungsrecht

1. Zielfindungsphase

Die sogenannte Zielfindungsphase ist in § 650o Abs. 2 BGB-E wie folgt geregelt:

> „(2) Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vorâ€

a) Problemstellung

Vor allem, aber nicht nur, bei b2c-Verträgen sind bei Abschluss des Architektenvertrages oftmals die erfolgsbestimmenden Beschaffenheitsangaben (noch) nicht in der gebotenen Klarheit bekannt. Worin denn i.S.v. § 631 Abs. 1 BGB das versprochene Werk genau besteht, kann der Besteller zu Beginn des Vertragsverhältnisses oft nur vage beschreiben. Zu vage, um einen geeigneten Maßstab für die vertragsgerechte Erfüllung zu liefern.

Ob der vertraglich geschuldete Erfolg eingetreten ist oder nicht, wird nicht selten unterschiedlich beurteilt, weil die vertragliche Erfolgsbestimmung als Referenzmaßstab defizitär ist. Folgestreitigkeiten ergeben sich nicht nur bei der Frage, ob die Planung vertragsgerecht oder mangelhaft ist. Folgestreitigkeiten ergeben sich auch dahingehend, ob aufgrund des bereits vorliegenden Erfolgseintritts weitere Planungsänderungen gesondert zu vergüten sind oder nicht. Weiter zugespitzt kann sich sogar die Frage ergeben, ob überhaupt eine Einigung über die essentialia negotii vorliegt.

Nicht zuletzt aus Verbraucherschutzgesichtspunkten hat die Rechtsprechung das Postulat von Leistungen im Rahmen einer unentgeltlichen Akquisitionsphase immer weiter ausgedehnt. Folge hiervon ist, dass der Architekt zwar Leistungen erbracht hat, diese mangels vertraglicher Anspruchsgrundlage jedoch nicht vergütet erhält.

Die aufgezeigten Probleme sind letztlich auch eine Konsequenz der dogmatischen Einordnung des Architektenvertrages als erfolgsbezogener Werkvertrag.

b) Lösungsansatz des Gesetzentwurfes

Rechtsdogmatisch wären auch hier mehrere Wege denkbar gewesen:

- Aufteilung in eine werkvertragliche Vor-Phase, die dem Dienstleistungs-/Geschäftsbesorgungsrecht unterstellt wird und in eine werkvertragliche Hauptphase
- Aufteilung in mehrere selbstständige Verträge, mit Variantenmöglichkeiten der Vertragstypisierung
- Stufenvertrag mit Abrufmöglichkeit
- Aufteilung in vorvertragliches Verhältnis und formbedürftigem „Übergangâ€ zum eigentlichen Werkvertrag
- einheitlicher Werkvertrag mit „vor-phasenbezogenerâ€ Kündigungsmöglichkeit

In der Arbeitsgruppe des BMJ sind auch alle Varianten intensiv erörtert worden. Im Ergebnis hat der Gesetzentwurf den Vorschlag von Voit/Dammert aus 2011 aufgegriffen und umgesetzt.

c) Einzelaspekte und Regelungsgehalt

Die vom langjährigen Präsidenten der Architektenkammer Baden-Württemberg in der Arbeitsgruppe plastisch und zutreffend so beschriebene Zielfindungsphase hat im Kern die Funktion, die Voraussetzungen für eine tragfähige Beschaffenheitsvereinbarung des Architektenwerks zu schaffen. Spezifischer Vertragsinhalt und geschuldeter Erfolg nach § 650o Abs. 2 Satz 1 BGB-E sind die Angaben, die zur Bestimmung der wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele im Vertrag erforderlich sind. Es liegt auf der Hand, dass in diesem Stadium gerade die Beratungsleistungen des Architekten im Vordergrund stehen. Neben bauwerksbezogenen Eckpunkten (Raumprogramm, Flächengrößen, etc.) kommt es insbesondere auch auf die Kosten der Bauwerkserrichtung an.

Der Begriff der „Planungsgrundlageâ€ war in seiner Reichweite umstritten. Es ging insbesondere um die Frage, wie die spezifische Leistungspflicht nach § 650o Abs. 2 von den Leistungsphasen 1–3 der Objektplanung abzugrenzen sind. Wichtig ist hierbei, dass man die gesetzliche Funktion der Zielfindungsphase im Hinblick auf die Beschaffenheit der in dieser Phase geschuldeten Architektenleistungen klar vor Augen hat. Es geht darum, die wesentlichen Vertragsziele als Vorgabe für die eigentliche Planung und Bauwerkserrichtung zu konkretisieren. Damit ist auch klar, dass diese Phase keine Vorwegnahme der weiteren Planungsleistungen, schon gar nicht von Phase 3 ist. Der Gesetzentwurf bemüht sich, dies auch begrifflich zu verdeutlichen, indem bewusst von Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung gesprochen wird.

Im Unterschied zum Bauerrichtungsvertrag bestimmt das Kooperationsprinzip beim Planungsvertrag nicht nur die Art und Weise der Vertragsdurchführung und die damit verbundenen Pflich-

ten, sondern bereits die Festlegung des konkreten Planungsziels. Dieses Kooperationsprinzip wird in § 650o Abs. 2 Satz 2 BGB-E erstmals gesetzlich normiert. Der Verpflichtung des Unternehmers, Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung vorzulegen, korrespondiert die Obliegenheit des Bestellers, sich hierzu zu erklären und in dem Falle, in dem er die vorgeschlagene Planung vertraglich vereinbaren will, seine Zustimmung zu erklären.

Der Gesetzentwurf enthält keine gesonderte Regelung zur Vergütung der Leistungen nach § 650o Abs. 2 BGB-E. Dies ist kein Redaktionsversehen. Soweit es sich um Leistungen handelt, für die das bindende Preisrecht der HOAI gilt, ist diese heranzuziehen. Soweit dies nicht der Fall ist, kann das Honorar frei vereinbart werden. Im Übrigen gelten die allgemeinen gesetzlichen Regeln nach § 632 Abs. 1 und 2 BGB .

d) Bewertung

Nicht nur im b2c-Bereich kann mehr Rechtssicherheit geschaffen und gleichzeitig die Hypertrophierung der Akquisitionsphase begrenzt werden, sondern auch im b2b-Bereich wäre oftmals ein „Mehrâ€ an Beschaffenheitsvereinbarung wünschenswert und zumindest in gewisser Weise konfliktmindernd.

2. Sonderkündigungsrecht

Die Regelung des Sonderkündigungsrechts findet sich in § 650q BGB-E:

„(1) Nach Vorlage von Unterlagen gemäß § 650o Absatz 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 § 650o Absatz 2 Satz 2 setzen. Er kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung verweigert oder innerhalb der Frist nach Satz 1 keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt.

(3) Wird der Vertrag nach den Absätzen 1 oder 2 gekündigt, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt.â€

a) Problemstellung

Die vorstehende Regelung in § 650o BGB-E wäre eine Papiertiger, wenn keine Rechtsfolgenregelung für den Fall geschaffen würde, dass sich Besteller und Unternehmer nicht über die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele, insbesondere einschließlich der Kosten, einigen. Aus diesem Grunde gab es bereits im Jahr 2011 einen Vorschlag zum beidseitigen Sonderkündigungsrecht mit entsprechenden Fristen und entsprechenden Vergütungsregelungen. Die Diskussion hierzu in der Arbeitsgruppe war durchaus facettenreich.

b) Lösungsansatz des Gesetzentwurfes

Rechtsdogmatisch beruht das Sonderkündigungsrecht auf einem integrierten Vertragsverständnis von § 650o Abs. 1 und 2 BGB-E. Denn würde man die Zielfindungsphase i.S.v. § 650o Abs. 2 BGB-E als selbständigen Vertrag begreifen, würde es nach Vorlage der Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung keiner Kündigung bedürfen. Diese Vertragsebene wäre erledigt, ein weiterer Vertrag nicht geschlossen. Dieses Separationsmodell wird aber gerade nicht verfolgt.

c) Einzelaspekte und Regelungsinhalt

Festzuhalten ist zunächst, dass die Vorschrift für beide Vertragsparteien ein Sonderkündigungsrecht vorsieht: In Abs. 1 für den Besteller. In Abs. 2 für den Unternehmer. Abs. 3 regelt die Vergütungsfolgen einer Kündigung nach Abs. 1 oder 2.

Für das Sonderkündigungsrecht des Bestellers gilt eine Ausschlussfrist von zwei Wochen. Diese beginnt nach Vorlage der Unterlagen nach § 650o Abs. 2 Satz 2 BGB-E. Für die Kündigungserklärung eines Verbrauchers enthält § 650q Abs. 1 Satz 2 BGB-E eine gesonderte Schutzregelung. Diese ist angelehnt an Verbraucherschutzklauseln in anderen Vertragstypen. Für die Ingangsetzung der Ausschlussfrist muss der Unternehmer, also der Architekt oder Ingenieur den Verbraucher in Textform gem. § 126b BGB über das Kündigungsrecht selbst, die hierfür geltende 2-Wochenfrist, sowie die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichten. Aus der Begründung des Gesetzentwurfes ergibt sich, dass das Kündigungsrecht des Verbrauchers weiterbestehen soll, wenn die gebotene Unterrichtung unterbleibt, eine Nachholung soll nicht möglich sein.

Richtig ist, dass die Übergabe der Unterlagen und die Unterrichtung nicht auseinandergerissen werden sollen. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, dass der Unternehmer nicht die Möglichkeit haben soll, die Unterlagen erneut vorzulegen und dabei eine ordnungsgemäße Unterrichtung vorzunehmen.

§ 650q Abs. 2 BGB-E regelt zwei Dinge: Zum einen kann der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmungserklärung setzen. Dies ist sinnvoll und notwendig, damit die Dinge nicht in der Schwebe bleiben, sondern Rechtsklarheit geschaffen wird. Die Zustimmungserklärung des Bestellers ist eine Obliegenheit und damit für den Unternehmer nicht einklagbar. Deshalb kann er gem. § 650o Abs. 2 Satz 2 BGB-E den Vertrag selbst kündigen, wenn der Besteller entweder die Zustimmung verweigert oder innerhalb der gesetzten Frist keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt. Für die Kündigung selbst gilt über die Verweisung in § 650p Abs. 1 auf § 650g BGB-E ein gesetzliches Schriftformerfordernis.

Abs. 3 begrenzt den Vergütungsanspruch des Unternehmers auf die Vergütung der Leistungen, die bis zur Kündigung erbracht worden sind. Inzident wird hierdurch die Vergütungspflichtigkeit der Leistungen gem. § 650o Abs. 2 BGB-E bestätigt.

d) Bewertung

Die Regelungen stellen einen ausgewogenen Kompromiss zwischen den Interessen des Unternehmers und des Bestellers dar.

Die von Verbraucherseite geäußerte Sorge, der Unternehmer könne sich willkürlich vom Vertrag lösen, dürfte genauso wenig begründet sein wie umgekehrt die Befürchtung, frivole Besteller könnten damit auf Kosten der Architekten und Ingenieure unangemessen Planungsleistungen abschöpfen. Dies gilt umso mehr, weil einerseits Architekten und Ingenieure grundsätzlich daran interessiert sein dürften, dass das Vertragsverhältnis fortgesetzt wird. Umgekehrt wird hier ein Instrument geschaffen, um die Grauzone unentgeltlicher Planungsvorleistungen einzudämmen.

Nachdenken wird man darüber können, ob man nicht eine absolute Ausschlussfrist für das Verbraucherkündigungsrecht einführt, wenn der Verbraucher zwar die erforderlichen Unterlagen erhalten hat, aber bei der Belehrung Defizite bestehen. Zu denken wäre hier an eine Höchstfrist von einem Jahr. Dies würde der Rechtssicherheit dienen und den Verbraucher nicht unangemessen belasten.

III. Teilabnahme

Eine Regelung zur Teilabnahme findet sich in § 650r BGB-E.

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

1. Problemstellung

Die Vorschrift zielt auf die Fälle, in denen ein Architekt und Ingenieur nicht nur mit Planungs- und Bauüberwachungsleistungen beauftragt worden ist, sondern auch mit der Objektbetreuung. Gesetzlich endet die Mängelhaftung des Architekten in diesen Fällen erst mit Ablauf der Verjährungsfrist, gerechnet von dem Abschluss der Objektbetreuung. Folge hiervon ist, dass ein etwaiger Gesamtschuldnerausgleichsanspruch gegen den Bauunternehmer schon verjährt sein kann, wenn der Architekt wegen eines Überwachungsmangels in Anspruch genommen wird. Bei Planungsmängeln wird der Haftungszeitraum ebenfalls erheblich verlängert, da es für den Fristbeginn nicht auf eine Abnahme der Planungsleistungen, sondern eine Beendigung der Bauüberwachungsleistungen ankommt.

Als Lösungsansatz hierfür greift der Gesetzentwurf den Vorschlag für eine Teilabnahme auf.

2. Einzelaspekte und Regelungsinhalt

Die Regelung ist für die Fälle relevant, bei denen neben Planungsleistungen und Bauüberwachungsleistungen auch eine Objektüberwachung Vertragsinhalt geworden ist. In diesem Fall gibt die Vorschrift dem Unternehmer eine Handlungsoption, nach Abnahme der letzten Bauerrichtungsleistung auch eine Abnahme seiner hierauf bezogenen Planungs- und Bauüberwachungsleistungen zu verlangen. Nicht erfasst werden von der Regelung die Fälle, bei denen der Architekt und Ingenieur nicht mit der Objektüberwachung, sondern lediglich mit Planungs- und/oder Bauüberwachungsleistungen beauftragt worden ist. In diesen Fällen hat er bereits nach § 640 Abs. 1 BGB das Recht, Abnahme seiner insoweit erbrachten Leistungen zu verlangen.

3. Bewertung

Bezogen auf die in sich abgrenzbaren Leistungsinhalte Planung und Bauüberwachung stellt die Regelung einen angemessenen Ausgleich zwischen Unternehmer und Besteller dar.

Genauso wie der Besteller bei Fertigstellung des Bauwerks sich zum Abnahmeverlangen des Bauunternehmers erklären muss, ist es folgerichtig, dass

sich der Besteller bei Abschluss der Bauerrichtung dazu erklärt, ob er die hierfür erbrachten Planungs- und/oder Bauüberwachungsleistungen als vertragsgemäß anerkennt oder nicht. Der enge sachliche und zeitliche Bezug von Bauerrichtungsleistungen und Planungs- und Bauüberwachungsleistungen sind ein weiteres Argument dafür, den Zeitpunkt der Abnahme zu synchronisieren und den Lauf der Sekundäransprüche zu harmonisieren.

IV. Haftungsverbund zwischen Architekt und Bauunternehmer – Primat der Nacherfüllung bei Ausführungsmängeln

Regelungen zum Haftungsverbund zwischen Architekt und Bauunternehmer finden sich in § 650s BGB-E:

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

1. Problemstellung

Die Rechtsprechung geht seit mehreren Jahrzehnten von einem gesamtschuldnerischen Haftungsverbund des bauüberwachungspflichtigen Architekten und des Bauunternehmers[3] für Ausführungsmängel aus. Die dogmatische Begründung hierfür, die von der ursprünglichen Zweckgemeinschaft zur Theorie von der Gleichstufigkeit der Haftung gewechselt hat, ist dogmatisch nicht wirklich überzeugend.

Rechtstatsächlich hat der Umstand, dass Architekten und Ingenieure berufsrechtlich zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet sind, dazu geführt, dass in vielen Fällen nicht der Bauunternehmer zur Nacherfüllung und Behebung seiner Baumängel, sondern der Architekt auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Damit wird nicht nur das werkvertragsrechtliche Primat der Nacherfüllung ausgehebelt. Es steigen auch die Kosten der Mangelbeseitigung, da die Eigennacherfüllung des Unternehmers deutlich kostengünstiger wäre, als die einer Schadensberechnung zu Grunde liegende Drittnachbesserung. Hinzu kommt, dass dem Architekten und Ingenieur im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs ein nicht absicherbares Insolvenzrisiko bezogen auf den Bauunternehmer auferlegt wird. Da der Architekt und Ingenieur im Unterschied zum Bauherrn in keinem Vertragsverhältnis mit dem Bauunternehmer steht, hat er auch keine Möglichkeit, dieses Risiko vertraglich abzusichern.

2. Lösungsansatz des Gesetzentwurfs

Die Überschrift der vorgesehenen Regelung ist etwas überraschend. Denn in § 650s BGB-E wird nicht die gesamtschuldnerische Haftung des Architekten und Ingenieurs mit dem bauausführenden Unternehmer geregelt. Die Gesamtschuld wird vielmehr in § 421 BGB ganz allgemein normiert.

Schon relativ früh wurde durch das BMJ bei den Beratungen der Arbeitsgruppe deutlich gemacht, dass für die Modifizierung der Gesamtschuld in § 421 BGB kein Spielraum gesehen werde. Gleichzeitig wurde anerkannt, dass die bisherige Praxis zu haftungsmäßigen Disproportionen zulasten der Architekten und Ingenieure führen kann. Ausgehend von den intensiven Beratungen zu Haftungsfragen in der Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht wurde deshalb eine gesonderte Unterarbeitsgruppe Absicherung eingerichtet. Unter Einbeziehung von Vertretern des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft und namhafter Haftpflichtversicherer wurde nach Möglichkeiten gesucht, das bisher vorherrschende Konglomerat an Haftungsebenen und Haftungsinstrumenten durch eine objektbezogene Gesamtversicherung oder Ähnliches zu ersetzen. Die Bemühungen führten letztlich noch zu keinem Ergebnis.

Auf Grundlage weiterer Untersuchungen ist der Ansatz einer objektbezogenen Gesamtversicherung jedoch weiter zu verfolgen, da er rechtlich und wirtschaftlich vorzugswürdig ist.

Der Lösungsansatz des Gesetzentwurfs greift hingegen die einstimmig gefasste Beschlussempfehlung des AK IV Architektenrecht des 5. Deutschen Baugerichtstags 2014 auf, welcher für seinen Anwendungsbereich ein Primat der Nacherfüllung normiert.

---

3 Vgl. hierzu Dammert, Haftungsverbund zwischen Bauunternehmer und Planer, in: Rechtshandbuch des ganzheitlichen Baurechts – Festschrift für Hans Ganten, S. 3 ff.

3. Einzelaspekte und Regelungsinhalt

Der Anwendungsbereich der Norm umfasst die Fälle, in denen der Besteller den Architekten und Ingenieur bezogen auf einen Baumangel wegen eines Bauüberwachungsfehlers in Anspruch nimmt. In diesen Fällen haften der Bauunternehmer und der Architekt grundsätzlich gesamtschuldnerisch. Der Besteller kann sich also aussuchen, welchen der Schuldner er in Anspruch nimmt. Dies gilt auch insoweit, als der Bauunternehmer grundsätzlich auf Nacherfüllung, der Architekt hingegen auf Schadensersatz für den im Bauwerk verkörperten Bauüberwachungsfehler haftet.

Der Gesetzentwurf billigt dem Architekten und Ingenieur ein beschränktes Leistungsverweigerungsrecht zu. Dieses gilt so lange, solange der Besteller den Bauunternehmer noch nicht erfolglos unter angemessener Frist zur Nacherfüllung aufgefordert hat. Bleibt der Bauunternehmer untätig oder lehnt er die Nacherfüllung ab, erlischt das Leistungsverweigerungsrecht.

4. Bewertung

Die vorgesehene Regelung ist sicher ein erster vorsichtiger Schritt in die richtige Richtung, um die bestehenden Disproportionen im Haftungsverbund von Bauunternehmern und Architekten und Ingenieuren zu mindern. Es muss jedoch bezweifelt werden, ob damit in der Praxis die bestehenden Probleme substantiell gelöst, zumindest gemildert werden. Insofern besteht nach wie vor Handlungsbedarf. Neben einer objektbezogenen Gesamtversicherung dürfen auch Modifikationen im Bereich der Gesamtschuld kein Tabu sein. Die im österreichischen ABGB vorgesehene Wandlung der Gesamtschuld zur Teilschuld nach Feststellung der

Verursachungsquoten, bspw. durch einen Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren, ist hierbei ein durchaus erwägenswertes Modell.

Es bleibt zu hoffen, dass in kommenden Novellierungen hier weitere Fortschritte möglich sein werden.

V. Sonderregelungen durch Verweisung

§ 650p BGB-E regelt die entsprechende Anwendung von allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts, sowie einigen Vorschriften des Bauvertrags:

> „(1) Für Architekten- und Ingenieurverträge gelten die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1 sowie die §§ 650b, 650d bis 650g entsprechend, soweit sich aus diesem Untertitel nichts anderes ergibt.
>
> (2) Für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Absatz 2 gelten die Entgeltberechnungsregeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der jeweils geltenden Fassung, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden. Im Übrigen ist die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand auf Grund der angeordneten Leistung frei vereinbar. Soweit die Vertragsparteien keine Vereinbarung treffen, gilt § 650c entsprechend.â€

Da das Anordnungsrecht des Bestellers und die anordnungsbedingte Vergütungsanpassung zu den bis heute umstrittensten Neuregelungen des Bauvertragsrechts gehören, konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf diesen Gesichtspunkt.

1. Ausgangspunkt

Das Anordnungsrecht nach § 650b BGB-E bildet aus Sicht der Bauwirtschaft einen, um nicht zu sagen den zentralen Streitpunkt bei der Reform. In der Sache geht es dabei nicht zu sehr um das Anordnungsrecht als solches. Kern der Diskussion ist vielmehr die Frage, in welcher Höhe und in welcher Weise eine Vergütungsanpassung bei Anordnung erfolgt.

Bezogen auf Architekten und Ingenieure gehört ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers zur täglichen Vertragspraxis. Seine rechtsdogmatische Herleitung, etwa aus Elementen einer Geschäftsbesorgung im Interesse des Auftraggebers, kann hier dahinstehen. Gleiches gilt für seine Begrenzung auf solche Änderungs- und Zusatzleistungen, die dem Architekten in technischer, gestalterischer und betrieblicher Hinsicht zumutbar sind und im Einklang mit dem Urheberrecht stehen. Mit Blick auf die Ist-Situation bringt daher § 650b BGB-E keine elementare Koordinatenverschiebung. Näher zu betrachten sind aber die vorgesehenen Regelungen zur anordnungsbedingten Vergütungsanpassung in § 650p Abs. 2 BGB-E.

2. Einzelaspekte und Regelungsinhalt

a) Vergütung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB-E

§ 650p Abs. 2 Satz 1 BGB-E bezieht sich auf § 650b Abs. 2 BGB-E. Dieser wiederum statuiert

ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers, wenn eine Einigung nach § 650b Abs. 1 BGB nicht erzielt werden kann. In diesem Falle sollen die Entgeltberechnungsregelungen der HOAI gelten, soweit die anordnungsbedingten Leistungen von deren Anwendungsbereich erfasst werden. Dies sind sicher die jeweiligen Grundleistungen.

Fraglich ist, was mit dieser Verweisung im Normtext und der Bezugnahme auf § 10 HOAI in der Gesetzesbegründung tatsächlich geregelt und zum Ausdruck gebracht werden soll. Fest steht, dass bspw. eine anordnungsbedingte Wiederholung von Grundleistungen bereits nach geltendem Recht nach der HOAI zu honorieren ist. Dies gilt jedenfalls im Rahmen der Höchst- und Mindestsätze. Insoweit hat die vorgesehene Neuregelung eher deklaratorischen Charakter. § 10 HOAI , eine nach Wortlaut und Struktur eher missglückte Vorschrift, ist im vertragsrechtlichen Sinne keine originäre Anspruchsgrundlage. Es ist vielmehr eine Honorarbemessungsregel, wobei rein rechtspraktisch § 10 Abs. 1 HOAI im Vordergrund stehen dürfte, da mit Änderungen des Leistungsumfangs regelmäßig auch eine Änderung der anrechenbaren Kosten verbunden sein dürfte. Soweit keine Einigung von Auftraggeber und Auftragnehmer i.S.v. § 10 HOAI erzielt werden kann, also im eigentlichen Anwendungsbereich von § 650p Abs. 2 Satz 1 BGB-E, kommt diese Preisregelung eh nicht zur Anwendung. In der Sache spielt dies jedoch keine Rolle, da sowohl vertragsrechtlich als auch preisrechtlich bei einseitigen Anordnungen des Bestellers, insbesondere soweit diese zu wiederholten Grundleistungen führen, preisrechtlich eine Vergütungspflicht und im Wege der Vertragsauslegung vertragsrechtlich auch ein Vergütungsanspruch gegenübersteht.

b) Freie Vereinbarkeit des Änderungshonorars außerhalb des Preisrechts

§ 650p Abs. 2 Satz 2 BGB-E verweist bei einseitigen Anordnungen für Leistungen außerhalb des Anwendungsbereichs der HOAI darauf, dass die Vergütungsanpassung frei vereinbar sei.

Diese im Referentenentwurf nicht vorgesehene Regelung wirft mehrere Fragen auf:

Erstens folgt bereits aus einem preisrechtlichen Umkehrschluss, dass für all diejenigen Planungsleistungen, die nicht bindendem Preisrecht unterliegen, die Vergütung frei vereinbart werden kann. Insoweit ist § 650p Abs. 2 Satz 2 BGB-E eigentlich überflüssig, allenfalls jedoch deklaratorisch.

Zweitens – und das ist wesentlich gewichtiger – steht sie in einem gewissen inhaltlichen Widerspruch zu § 650p Abs. 2 Satz 1 BGB-E. Denn Satz 1 knüpft an den Fall der einseitigen Anordnung an. Diese setzt voraus, dass eine einvernehmliche Vertragsänderung i.S.v. § 650b Abs. 1 BGB-E gerade nicht zustande gekommen ist. Ist aber die einvernehmliche Vertragsänderung gescheitert, fehlt es gerade an dem leistungsbezogenen Bezug für eine Vergütungsanpassung. Es ist daher schwer vorstellbar, dass sich Unternehmer und Besteller zwar nicht über die Vertragsänderung als solche einigen, aber eine Vereinbarung zur Vergütungsanpassung treffen. Der Satz sollte gelegentlich eher gestrichen werden.

c) Verweisung auf § 650c BGB-E

Auch diese im Referentenentwurf nicht enthaltene Regelung wirft Fragen auf.

Festzuhalten ist zunächst, dass § 650c BGB-E gerade für die Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB-E gilt. Der erste Satzteil ist also bereits Tatbestandsvoraussetzung der Anwendbarkeit von § 650c BGB-E und damit an sich überflüssig.

Schwierigkeiten bereitet auch das Verhältnis zur HOAI. § 650c BGB-E enthält aber, weil auf Bauleistungen bezogen, logischerweise keinen Bezug zur HOAI. § 650c BGB-E kann daher inhaltlich und entsprechend nur für die Leistungsänderungen gelten, die nicht dem bindenden Preisrecht der HOAI unterliegen. Da Satz 3 im Unterschied zu Satz 1 aber den Geltungsvorrang der HOAI nicht normiert, könnte man dem Wortlaut nach aber Satz 3 als höherrangige Gesetzesnorm so auslegen, dass in ihrem Anwendungsbereich – also § 650b Abs. 2 – § 650c der HOAI vorgeht. Dies wiederum würde ersichtlich Satz 1 widersprechen.

d) Lösungsvorschlag zu § 650p Abs. 2 BGB-E

Um die durch § 650p Abs. 2 Satz 2 BGB-E aufgeworfenen Ungereimtheiten im Sinne einer klaren und eindeutigen Regelung zu beseitigen, sollte Satz 2 ersatzlos gestrichen werden. Folgerichtig wäre auch Satz 3 zu ersetzen.

Denkbar wäre hier etwa die Formulierung „Im Übrigen gilt § 650c BGB-E entsprechend.â€

Dammert: Das geplante Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts – Architekten- und Ingenieurvertrag - BauR 2017 Heft 2a - 430 **<<**

VI. Fazit

Die gesetzlichen Regelungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag sind ein wichtiger und richtiger Schritt des Gesetzgebers, um den Besonderheiten dieses Rechtsbereichs Rechnung zu tragen. Der zentrale Aspekt des Haftungsverbunds von Planer und Bauunternehmer und dessen Einbettung in ein konstantes Sicherungssystem ist zwar noch nicht gelöst. Es bleibt jedoch zu hoffen, dass diesem ersten Schritt weitere Kodifikationen folgen, die diesem vertragsrechtlich und wirtschaftlich zentralen Problem gerecht werden.