

# 10. Deutscher Baugerichtstag

am 23./24. Mai 2025  
in Hamm/Westf.

Thesen  
der Arbeitskreise I bis XII





# INHALT

## Thesen

---

Einführung	3
Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht und Arbeitskreis VI – Sachverständige	6
Arbeitskreis II – Vergaberecht	19
Arbeitskreis III – Bauprozessrecht	26
Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht	31
Arbeitskreis X – Baubetrieb	59
Arbeitskreis XII – Verbraucherbaurecht	62



## Liebe Leser,

Der 10. Deutsche Baugerichtstag kommt zur rechten Zeit zu Beginn einer neuen Legislatur, in der wichtige politische Entscheidungen anstehen, auch und gerade in Bereichen, in denen der Bau eine zentrale Rolle spielt. Der Wohnungsbau muss angekurbelt, eine marode Infrastruktur Straße und Schiene wiederhergestellt und Nachhaltigkeitsziele müssen realisiert werden. All das ist ohne eine funktionierende Bauwirtschaft nicht zu haben. Allerdings stellen wir zunehmend fest, dass die Rahmenbedingungen für effizientes und innovatives Bauen nicht mehr stimmen. Zu hohe Kosten, träge und störanfällige Bauprozesse und eine sich immer tiefer in die Baupraxis einfressende Regulatorik machen der gesamten Branche schwer zu schaffen. Da liegt es auf der Hand, dass sich Strukturen ändern und lieb gewonnene Gewohnheiten auf den Prüfstand müssen. Das Recht bleibt da nicht außen vor, wie nicht nur die öffentliche Diskussion um die zunächst einmal steckengebliebene Einführung des „Gebäudetyp-E“ zeigt.

Der Baugerichtstag ist seit nun schon fast 20 Jahren der Ort, an dem solche Fragen des Rechts verhandelt und Empfehlungen an die Politik erarbeitet werden, die in der Vergangenheit oft genug wichtige Impulse für seine Anpassung und Weiterentwicklung geliefert haben. Kaum je waren solche Impulse wichtiger als in dieser Zeit voller praktischer und legislativer Herausforderungen. Deshalb freuen wir uns sehr darauf, Sie am 23./24.05.2025 beim 10. Deutschen Baugerichtstag in Hamm begrüßen zu dürfen, um gemeinsam wichtige rechtspolitische Themen zu diskutieren und voranzutreiben.

Ganz im Zentrum des Baugerichtstages steht wie immer der Arbeitskreis I (Bauvertragsrecht), der sich in diesem Jahr mit dem Arbeitskreis VI (Sachverständige) zusammengeschlossen hat, um vor dem Hintergrund der „Gebäudetyp-E“ Initiative gemeinsam mit Ihnen über die rechtliche Relevanz von Anerkannten Regeln der Technik und bautechnischen Normen nachzudenken. Die praktische und politische Bedeutung dieses Themas ist offenkundig. Sie betrifft nicht nur den in eine prekäre Schieflage geratenen Wohnungsbau, sondern ganz allgemein alle Bereiche des Bauens, insbesondere den Industrie- und Infrastrukturbau. Überall dort wächst die Erkenntnis, dass eine überbordende Regulatorik die Preise treibt und Innovation verhindert. Der Arbeitskreis I/VI möchte diese Entwicklung mit Vorschlägen für moderate und abgewogene Eingriffe in das Gesetz abseits des bisher vorliegenden Entwurfs für ein „Gebäudetyp-E-Gesetz“ stoppen, die gemeinsam mit den Vertretern der Politik und der Verbände diskutiert und abgestimmt werden müssen. Wir sind sehr gespannt, wie diese Diskussion verlaufen wird.

Der Arbeitskreis III (Bauprozessrecht) hat sich bereits auf dem 9. Baugerichtstag intensiv damit beschäftigt, auf welche Weise die schon lange überfällige Modernisierung des Bauprozesses durch den Einsatz digitaler Hilfsmittel sinnvoll vorangetrieben werden kann. Die dort gewonnenen Erkenntnisse haben die seither nicht nur in der Fachöffentlichkeit geführte Diskussion sichtbar beeinflusst und bereichert. Anlass genug, dieses überaus aktuelle Thema abermals aufzugreifen und weiterzuentwickeln. Unter der Leitung der Präsi-

## Einführung

dentin des OLG Hamm, Frau Gudrun Schäpers, hat sich ein Team von Fachleuten darauf vorbereitet, intensiv mit Ihnen darüber zu diskutieren, welche Maßnahmen getroffen werden können, um die Digitalisierung der Justiz und der gerichtlichen Verfahren mit Augenmaß voranzubringen.

Einen ganz ähnlichen Schwerpunkt setzt der Arbeitskreis II (Vergaberecht), der die dringend benötigte Transformation des Vergabeverfahrens ins digitale Zeitalter in den Blick nehmen wird. Dabei wird es allerdings nicht nur um die Digitalisierung von Prozessen gehen. Der AK möchte vielmehr gemeinsam mit Ihnen erwägen und beschließen, inwieweit und in welcher Weise Nachhaltigkeitsanforderungen und ggf. auch soziale bzw. sozial-politische Aspekte in die Entscheidung über die Vergabe von Bauleistungen einfließen sollen.

Die Novellierung der HOAI war in den vergangenen Jahren ein Dauerthema, dass nun hoffentlich bald mit der Verabschiedung einer an die Bedarfe der Praxis angepassten Neufassung beendet wird. Der Arbeitskreis IV (Architekten- und Ingenieurrecht) unter der Leitung von Prof. Dr. Heiko Fuchs hat sich stets auch zwischen den Baugerichtstagen intensiv in den politischen Diskurs eingebracht und manches bewegt. Nun möchte er sich mit einem ganz anderen Thema befassen und mit Ihnen erörtern, ob die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Überwachungstätigkeiten von Architekten und Ingenieuren einer Anpassung bedürfen. Ein überaus spannendes Thema mit großer praktischer Relevanz, das sicher heftig diskutiert werden wird.

Der Arbeitskreis X (Baubetrieb), der auf den beiden letzten Baugerichtstagen zusammen mit dem AK I getagt hat, will – nun wieder in Eigenregie – ein recht dickes Brett bohren. Die AK-Leiter Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla und Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch stellen den Begriff der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ auf den Prüfstand und möchten gemeinsam mit Ihnen „Guidelines“ für die Praxis entwickeln, um besser mit den für viele immer noch mysteriösen Bestimmungen in § 650c BGB umgehen zu können, die durch die jüngere Rechtsprechung des BGH mittlerweile allerdings auch in die Welt der VOB/B eingesickert sind. Wir hoffen sehr auf starke Impulse aus der Praxis und eine konstruktive Diskussion.

Schließlich ist der Arbeitskreis XII (Verbraucherbaurecht) zu nennen, der sich diesmal nur am Rande mit dem Bauträgerrecht befassen und stattdessen die jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit der Durchführung von Verbraucherbauverträgen zum Anlass nehmen wird, dieses weitgehend unbestellte Feld mit Vorschlägen und Empfehlungen für eine Arrondierung der gesetzlichen Bestimmungen zu kultivieren.

Bitte entnehmen Sie den Tagungsablauf dem nachfolgend abgedruckten Programm. Weiterführende Informationen zur Tätigkeit der einzelnen Arbeitskreise finden Sie wie gewohnt in den zu einem Tagungsband zusammengefassten Thesepapieren, die als Sonderbeilage der Zeitschrift BauR verfügbar sind und im Übrigen auf unserer Homepage ([www-baugerichtstag.de](http://www-baugerichtstag.de)) eingesehen werden können.

Wir laden herzlich dazu ein, diesen wie immer spannenden Baugerichtstag durch Ihre Teilnahme mitzugestalten.

## Einführung

Bitte informieren sie sich im Einzelnen anhand der folgenden Thesenpapiere über die Tätigkeit der einzelnen Arbeitskreise. Wir würden uns sehr freuen, Sie auf dem 10. Deutschen Baugerichtstag als Teilnehmer eines dieser Arbeitskreise begrüßen zu dürfen.

**Der Vorstand des Deutschen Baugerichtstags e.V.**

## Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht und Arbeitskreis VI – Sachverständige

### Arbeitskreisleiter AK I:

RiOLG Dr. Tobias Rodemann (Vorsitzender), Düsseldorf

Dr. Rodemann ist stellvertretender Vorsitzender des u.a. für Bau- und Architektensachen zuständigen 22. Zivilsenat des OLG Düsseldorf. Daneben ist er als Schiedsrichter, Autor und als Vortragender bei Fortbildungsveranstaltungen tätig. Er ist Mitglied des Vorstands des Deutschen Baugerichtstages e. V und Mitherausgeber der Zeitschrift NZBau.

### Arbeitskreisleiter AK VI:

Prof. Matthias Zöller, Dipl.-Ing. Architekt, Neustadt an der Weinstraße

Prof. Zöller ist Honorarprofessor für Bauschadensfragen am KIT (Universität Karlsruhe), Architekt und ö.b.u.v. Sachverständiger für Schäden an Gebäuden. Am Aachener Institut für Bauschadensforschung und angewandte Bauphysik (AIBau gGmbH) leitet er die Bauschadensforschung und die Aachener Bausachverständigentage. Herr Zöller arbeitet in DIN-Arbeitsausschüssen, die sich mit Abdichtungstechniken und der Gebäudedränung beschäftigen. Er ist Autor von Fachveröffentlichungen und jeweils Mitherausgeber der „IBR Immobilien- & Baurecht“, der im Reguvis Verlag erscheinenden „Bautechnischen und -rechtlichen Themensammlung“ und des „Handbuch für Bausachverständige“.

### Referenten:

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Marburg

Prof. Voit ist Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht und Wirtschaftsrecht an der Philipps-Universität Marburg. Er betreut dort unter anderem den berufsbegleitenden LL.M.-Masterstudiengang Privates Baurecht und die Zusatzqualifikation im privaten Baurecht. Er war Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJV und der Unterarbeitsgruppen Architektenrecht und Sicherheiten. Neben seiner universitären Tätigkeit ist er als Gutachter und Schiedsrichter tätig.

Dr. Marc Steffen, Berlin

Dr. Steffen ist Partner in der Kanzlei Leinemann Partner Rechtsanwälte, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und einer von zwei ständigen Autoren der NJW-Spezial, zuständig für das Baurecht. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der projektbegleitenden Beratung in den Bereichen Infrastruktur (Bahnhöfe und Flughäfen), Hochbau (Bürohochhäuser und Revitalisierung bzw. Neubau von Shoppingcentern) sowie Ingenieur- und Wasserbau (Offshore-Windparks). Neben der Beratungstätigkeit im Bau- und Architektenrecht vertritt er auch Mandanten vor staatlichen Gerichten und hat Erfahrung mit der Durchführung von Schiedsverfahren (DIS und ICC). Dr. Marc Steffen ist Verfasser von Beiträgen in baurechtlichen Fachzeitschriften und wirkt zudem auch bei einer Reihe von Buchprojekten mit. Als Referent tritt er regelmäßig bei baurechtlichen Seminaren auf, insbesondere im Rahmen der Fachanwaltsfortbildung, und ist Veranstalter von In-house-Seminaren für die Bauwirtschaft.

### Mitarbeitende:

Prof. Stefan Leupertz, Köln

Prof. Leupertz ist Schiedsrichter, Schlichter, Adjudikator und Gutachter für nationale und internationale Streitigkeiten in Bau- und Anlagenbau-sachen, Präsident des Deutschen Baugerichtstages

RA Michael Halstenberg, Düsseldorf

1988–2004 Bauministerium NRW, zuletzt Leiter der Gruppe „Bauwirtschaft, Bautechnik, Vergaberecht“

1999 bis 2004 EU-Referent der deutschen Bauministerkonferenz

2004–2009 Leiter der Abteilung Bauwesen, Bauwirtschaft und Bundesbauten im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Berlin

Seit 2009 Rechtsanwalt

2004–2009 Vorsitzender des Vorstandes des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses

2005–2009 Mitglied des Präsidiums des DIN

2010–2016 Mitglied der Arbeitsgruppe „Novellierung des Bauvertragsrechts“ im Bundesministerium der Justiz

Seit 2004 Stellvertretender Vorstandsvorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Baurecht

Seit 2013 Mitglied im Rechtsausschuss der Deutschen Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen (DGNB)

Veröffentlichungen und Vorträge zu den Themen: Anerkannte Regeln der Technik, Bauproduktenrecht, nachhaltiges Bauen.

Ingo Kern, Heilbronn

Herr Kern ist Architekt und ö.b.u.v. Sachverständiger für Schäden an Gebäuden, Mitautor des im Reguvis Verlag erscheinenden „Handbuch für Bausachverständige“. Ingo Kern veröffentlicht regelmäßig in der im Reguvis Verlag erscheinenden Fachzeitschrift „Bausachverständige“. Herr Kern ist Beirat im Aachener Institut für Bauschadensforschung und angewandte Bauphysik gGmbH (AIBau) und bei den Tegernseer Bau-, Fach- und Immobiliensachverständigentage der Deutsche Ingenieur- und Architekten Akademie e.V. (DIAA)

### Thema des Arbeitskreises:

Anerkannte Regeln der Technik – Neudefinition zur Nachweisbarkeit

#### A. Einleitung von Dr. Rodemann

„Allein die Dosis macht, dass ein Ding kein Gift sei“. Dieser Paracelsus zugesprochene Leitsatz gilt auch für die anerkannten Regeln der Technik. Die anerkannten Regeln der Technik haben die Schwelle zum Gift überschritten. Sie lassen funktionierende bautechnische Lösungen als krank, weil mangelbehaftet erscheinen (Stichwort: Mangel ohne Schaden). Sie behindern Innovation und machen es unmöglich, ressourcenschonend zu bauen. Zudem: Schon die Überzahl der technischen Regeln, die als anerkannte Regeln der Technik identifiziert werden, macht die Erwartung illusorisch, sie könnten allesamt beachtet werden.

Individuelle Bauwerke erfordern individuelle Lösungen. Die anerkannten Regeln der Technik können die Einzelfallbezogenheit des Bauens nicht abbilden. Aber: die anerkannten Regeln der Technik können auch heilsame Wirkung haben. Sie können die Bestimmung erleichtern, was der Unternehmer schuldet. Als geronnenes Erfahrungswissen können die anerkannten Regeln der Technik zusätzliche Sicherheit verschaffen, dass eine bautechnische Lösung dauerhaft hält. Das erschwert die Diskussion um die anerkannten Regeln der Technik. Es kann hier kein alles oder nichts geben, es geht um das richtige Maß.

Genügt es, auf die Selbstheilungskräfte des Markts zu vertrauen? Wohl nicht. Zwar können die Parteien vereinbaren, dass ein Bauwerk abweichend von den anerkannten Regeln der Technik gebaut werden soll. Die Anforderungen hierfür sind jedoch so hoch, dass sie – angesichts der Vielzahl der anerkannten Regeln der Technik – faktisch kaum zu überspringen sind. Der „Beipackzettel“ wäre schlicht zu groß. Dass es in der Praxis kaum Entscheidungen zur Frage gibt, ob über eine Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik ausreichend belehrt worden ist, sollte daher nicht als Beleg dafür genommen werden, dass für solche Vereinbarungen kein Bedürfnis besteht.

Was ist die Lösung? Ein möglicher Ansatz ist die Prohibition – es wird gleichsam verboten, die anerkannten Regeln der Technik als Maßstab für die Mangelfreiheit der Werkleistung zu vereinbaren. Die den Arbeitskreis vorbereitenden Arbeitsgruppe schlägt statt einer solchen Rosskur eine Parallelaktion vor. Aktion 1: Die Planungsverantwortung wird in den Mittelpunkt gerückt. Besteller müssen entscheiden, wie das Werk ausgeführt sein soll. Das geschieht in der Planung. Dieses Konzept kann aber nur funktionieren, wenn Planende unter erleichterten Voraussetzungen von den anerkannten Regeln der Technik abweichen dürfen und können. Aktion 2: Durch eine Definition wird der Ausuferung der anerkannten Regeln der Technik entgegengetreten und werden sie auf ihren sinnvollen Kernbereich zurückgeführt.

Über diese Themen will der vereinigte Arbeitskreis diskutieren. Die Einzelheiten ergeben sich aus den nachfolgenden Thesen.

## B. Einleitung aus Sicht eines Sachverständigen von Prof. Zöller

Beweisbeschlüsse stellen regelmäßig auf die Frage ab, ob anerkannte Regeln der Technik eingehalten wurden – oder ob das eben nicht der Fall ist. Nach der bisherigen Definition lässt sich nur letzteres nachweisen, aber nicht – positiv – das Einhalten von allgemein anerkannten Regeln der Technik (s. Kapitel C III.).

Gerichte sind bei der Entscheidungsfindung in Bauprozessen regelmäßig auf (technische) Sachverständigengutachten angewiesen (böse Zungen behaupten, erstinstanzliche Urteile hängen am „Tropf des Sachverständigenbeweises“).

Die Bruchlinie der Sachverständigentätigkeit verläuft zwischen technischem Verständnis und Regelwerkgläubigkeit. Sachverständige im Sinne des Ersteren können ohne Regeln auskommen. Sie nutzen diese als Instrument, als Hilfestellung, und bei der Bewertung als Orientierung. Technische Regeln sind Technische Empfehlungen, die von sich aus keine Rechtsrelevanz entwickeln. Diese entsteht erst durch Handlung der Beteiligten.

Das Sachgebiet Schäden an Gebäuden ist generalistisch und so unüberschaubar groß, dass die Grenzen des technischen Verständnisses schnell erreicht werden. Anstelle die Grenzen zwischen Generalisten und den in ein einzelnes Sachgebiet eingetauchten Spezialisten zu erkennen sowie zu akzeptieren (das ist kein Zeichen von Schwäche, sondern eines von Souveränität), ersetzen (manche) Sachverständige Sachverstand durch Regelwerkskenntnis und unterstellen eine (nicht vorhandene) selbstständige Rechtsrelevanz. Generalistisch tätige Sachverständige, insbesondere solche für das Sachgebiet Schäden an Gebäuden, können die für Einzelpersonen nicht beherrschbare Flut von Informationen, Regelwerken, Empfehlungen etc. nicht überschauen oder gar beherrschen.

Noch viel weniger können das Baubeteiligte mit der Folge, dass sich viele Bauschaffende an (persönliche) Erfahrungsregeln halten. Sie orientieren sich an technischem Verständnis. DIN-Normen oder andere Schriften kennen sie höchstens vom Hörensagen, in den meisten Fällen aber gar nicht.

Wie auch sollen Baubeteiligte die mehr als 350 Normen alleine für den Wohnbau, die für Architekten relevanten, ca. 4.000 DIN-Normen oder

gar die ca. 40.000 DIN-Normen für das Bauwesen nicht nur kennen, sondern auch beherrschen?

Etliche Sachverständige verkennen diese Situation. Wenn sie nach Einhaltung von anerkannten Regeln der Technik gefragt werden, setzen sie diese kurzerhand mit Einhaltung von DIN-Normen gleich. Dabei wird nicht selten im (beheizten oder gekühlten) Büro in aller Ruhe unter Zuhilfenahme von Suchmaschinen in Erfahrung gebracht, welche Schriften einschlägig sein könnten. Dieses retrospektive Vorgehen hat aber wenig zu tun mit dem perspektivischen Umgang von Empfehlungen in Vorbereitung des Bauens und beim Bauen selbst (oft unter massivem Zeit- und Kostendruck in oder auf unbeheizten, nassen, windigen Baustellen oder solchen in sommerlicher Hitze).

Der in gerichtlichen Verfahren unvermeidbare, retrospektive Umgang mit dem Problem um aRdT birgt Folgeprobleme:

- a) Planer und Unternehmer beschäftigen sich perspektivisch mit dem Entstehen lassen von Gebäuden und Bauteilen, nicht aber mit Formalien, und das umso weniger in der heutigen Zeit der „Nach-Nachunternehmerkultur“.
- b) Vergleicht man die Zahl von etwa 700 öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Schäden an Gebäuden in Deutschland mit der Anzahl von vielleicht 100.000 Architekten und Ingenieuren, die sich mit dem Bauen beschäftigen, erkennt man schnell, dass die allermeisten Bauabläufe offensichtlich von Bestellern ohne Gerichtsverfahren akzeptabel geregelt werden.

b) Retrospektives, an wissenschaftliche Standards grenzendes Herausfinden von Technikempfehlungen entspricht nicht den Büro- und Baustellengepflogenheiten – das ist Baubeteiligten schlicht nicht möglich. Sie retrospektiv nach Abschluss von Baumaßnahmen an diesen Maßstäben zu messen, entspricht nicht dem Gedanken der anerkannten Regeln der Technik. Selbstverständlich sollen diese die Nutzbarkeit über eine wirtschaftliche Nutzbarkeitsdauer bei zu erwartenden Einwirkungen und üblichen sowie möglichen Instandhaltungen gewährleisten. Das herauszufinden ist die eigentliche Sachverständigenleistung und nicht das Abgleichen von Ausgeführtem mit systematisch notwendigerweise abstrakt gehaltenen perspektivischen Empfehlungen – das ist keine technische Sach-

verständigenleistung, sondern ein Rechtsakt: Ob DIN-Normen wegen vertraglicher Vereinbarungen oder durch Auslegung einzuhalten sind oder nicht, ist keine Frage an technische Sachverständige. Das können diese genauso wenig wie eine Mehrheitsmeinung in einem bestimmten Fachkreis zu einem bestimmten Zeitpunkt herausfinden oder einen umfassenden Nachweis der Praxisbewährung bei Tausenden von Anwendungsfällen und gleichzeitig sich stetig ändernder Bauprodukte führen. Das liegt nicht (nur) an Kostensenkungsmaßnahmen aufgrund teilweise drastischer Überproduktionen, sondern auch an stetig sich ändernden Anforderungen bzw. Verboten der Anwendung bestimmter Bestandteile in Bauprodukten. Das ist nicht nur bei den bekannten Gefahrstoffen wie Asbest, Pentachlorphenol, Lindan oder anderen so, sondern heute noch immer bei Stoffen, die mittlerweile als riskant eingeschätzt werden. Teilweise ändern sich Bauprodukte schneller als eine Praxisbewährung nachgewiesen werden kann.

c) Werden Unternehmen pauschal mit dem Einhalten von DIN-Normen oder anderen „Vorschriften“ konfrontiert, reagieren sie bei der Angebotsabgabe (verständlicherweise) mit unsicherheitsbasierten Kostenzuschlägen – in einer Zeit noch immer knappen Angebots von Bauunternehmen verteuern solche pauschalen Hinweise unnötig das Bauen.

Wenn, wie in Kapitel C thematisiert, es auf eine allgemeine Anerkennung (oder gar durchweg) ankommen soll, fällt regelmäßig die Anwendbarkeit von anerkannten Regeln der Technik als Stellvertreterin von DIN-Normen und anderen Technischen Empfehlungen aus, da dies kein Baubeteiligter erfüllen kann: So kann nur nachgewiesen werden, dass anerkannte Regeln der Technik nicht eingehalten wurden. Selbst DIN e.V. beschreibt (in der Norm für den Normungsarbeit, DIN 820–1) DIN-Normen nicht als anerkannte Regeln der Technik, sondern, dass sie sich als solche etablieren sollen. Das hat zur Folge, dass DIN-Normen von Anwendern (eigenverantwortlich) etabliert werden (sollen). Dazu müssen sie aber von Anwendern nicht nur gekannt, sondern auch beherrscht werden. Zigtausend Seiten Text können aber von Bauschaffenden nicht gekannt oder gar beherrscht werden. Diese wollen bauen und nicht Literatur verdauen.

Wenn Baubeteiligten nicht aufgezeigt werden kann, was positiv zu tun ist, um anerkannte Regeln der Technik einzuhalten, sind nur Nachweise der Abwesenheit von anerkannten Regeln der Technik führbar. Damit sind diese ein ungeeigneter Maßstab im Bauwesen.

An was sollen sich Baubeteiligte dann aber orientieren?

Welche Maßstäbe stehen Bestellern zur Verfügung, damit ihre Erwartungen erfüllt werden?

Diese Betrachtungen führen zum gleichen Ergebnis wie dem von Dr. Rodemann: der vereinigte Arbeitskreis will einerseits die bestehenden Probleme aufzeigen und andererseits ein für Baubeteiligte als auch für Besteller geeignetes Instrument entwickeln, das den bekannten Namen anerkannte Regeln der Technik trägt, aber mit heute nutzbaren Inhalten gefüllt wird.

## C. Thesen

### I. Bauverträge (ohne Verbraucherbeteiligung) (Voit/Rodemann)

#### 1. Funktionalität

Die Funktionalität ist Teil des vereinbarten Werkerefolgs. Maßgebend für die Festlegung des Erfolgs wie auch der Funktionalität ist die Vereinbarung der Parteien. Deshalb werden nach dem Vertrag vorausgesetzte oder übliche Beschaffenheiten nur relevant, wenn die Parteien Erfolg und Funktionalität nicht oder nicht vollständig vereinbart haben. Die Funktionalität wird auch dann geschuldet, wenn die Parteien den Erfolg vereinbart haben, ohne die Funktionalität näher zu beschreiben.

– Beispiel 1: Das Hallendach einer Produktionsstätte muss (nach dem Vertrag) nicht immer dicht sein, wenn z.B. unterhalb des Dachs ohnehin ständig mit Wasser hantiert wird. Dann kann (rechtswirksam) eine kostengünstige Lösung gewählt werden, die nicht bei jeder erdenklichen Einwirkung einen gleichen Feuchtigkeitsschutz bietet wie bei einer Nutzung, bei der nie Wasser eintreten darf. Dann ist kein uneingeschränkt dichtes Dach geschuldet. Es besteht dann keine Hinweispflicht, da Besteller wissen, welches Risiko besteht und sie übernehmen. Das eröffnet den Beteiligten die Möglichkeit, kostengünstigere Lösungen wählen zu können, ohne dass Unternehmen retrospektiv befürchten

müssen, wegen Unterschreitung eines (möglicherweise regelgerechten, aber fallbezogen nicht richtigen) Mindeststandards in Anspruch genommen zu werden und deswegen (bis dato) diese Art kostengünstiger Lösungen von vornherein nicht anbieten.

- Beispiel 2: Eine nicht beheizbare Behelfsunterkunft, die nur im Sommer genutzt werden soll, entspricht der vertraglichen Funktionalität.
- Beispiel 3 (Gegenbeispiel): Dükerfall des BGH, Urt. v. 29.09.2011 – VII ZR 87/11. Der Düker, eine in Teilstrecken unterirdisch geführte Druckleitung, war durch eine gerade Linie angegeben anstelle die Leitungsführung durch Vermessung den Gegebenheiten anzupassen. Dadurch war die Leistung unbrauchbar. Da der Besteller nicht erkannte, dass das Werk unbrauchbar war und die geschuldete Funktionalität fehlte, war das Werk mangelhaft.

#### These 1:

Die Parteien können im Werkvertrag einen Erfolg und eine Funktionalität vereinbaren, die vom dem üblicherweise Vereinbarten und einem üblichen Standard abweicht. Bei der Beurteilung der nach § 633 BGB geschuldeten Beschaffenheit ist die vereinbarte Funktionalität maßgebend.

## 2. Standards bei Planung durch den Unternehmer

Unternehmer verpflichten sich im Werkvertrag zum Erreichen des Erfolgs und damit der geschuldeten Funktionalität auch dann, wenn der Besteller den Weg zur Erreichung des Werkerfolgs vorgibt. Weicht der von dem Besteller verbindlich vorgegebene Weg von üblichen Qualitäts- oder Komfortstandards oder von anerkannten Regeln der Technik ab, so begründet die Abweichung keinen Mangel des vom Unternehmer den Vorgaben gemäß ausgeführten Werkes.

Sofern die Funktionalität erreicht wird, gilt dies auch dann, wenn Unternehmer auf diese Abweichung nicht hingewiesen haben. Zur Funktionalität gehört auch die Halt- und Nutzbarkeit des Werks während der intendierten Gebrauchsdauer. Die Beweislast der Funktionalität trägt bis zur Abnahme des Werkes der Unternehmer.

#### These 2:

Soweit der Besteller Planungen vorgibt, begründet die Abweichung von üblichen Qualitäts- oder Komfortstandards oder die Abweichungen von anerkannten Regeln der Technik keinen Mangel des Werks, wenn der vereinbarte Erfolg erreicht und die für eine nach dem Vertrag vorgesehene oder für eine übliche wirtschaftliche Nutzungsdauer gegebene Funktionalität gegeben bzw. zu erwarten ist.

Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer auf die Abweichung der Planung von üblichen Qualitäts- oder Komfortstandards oder die Abweichungen von anerkannten Regeln der Technik nicht hingewiesen hat.

- Beispiel 4: Die Planung des Bestellers sieht zu wenige Steckdosen vor: keine Hinweispflicht für ausführende Unternehmen.
- Beispiel 5 (Gegenbeispiel): Die Planung eines Bestellers sieht Dachsparren in einem Abstand vor, der unter Berücksichtigung von zu erwartenden Einwirkungen die Tragfähigkeit nicht gewährleistet: Dann besteht eine Hinweispflicht, da die Funktionalität nicht gewährleistet ist.

## 3. Mindeststandards bei Planungen oder Vorschlägen des Unternehmers

Geht der Weg zur Erreichung des Werkerfolgs auf Vorschläge oder Planungen des Unternehmers zurück, so gehören die Qualitäts- und Komfortstandards, die nach dem Vertrag zu erwarten sind, sowie als Mindeststandard die Beachtung der anerkannten Regeln der Technik zur geschuldeten Beschaffenheit (zum Begriff der anerkannten Regeln der Technik vgl. Ausführungen in Kapitel III). Werden die anerkannten Regeln der Technik nicht beachtet, ist das Werk mangelhaft. Dies ist nicht der Fall, wenn die Parteien vereinbart haben, dass das Werk in Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik ausgeführt werden kann. Eine solche Vereinbarung entbindet nicht von der Verpflichtung zum Erreichen der Funktionalität. Die Wirksamkeit der Vereinbarung setzt voraus, dass der Unternehmer auf den Umstand der Abweichung und die Auswirkungen für den Besteller hinweist. Eine Bezeichnung der Regel, von der abgewichen wird, ist nicht erforderlich. Abweichungen von mehreren Regeln der Technik

können in einem Hinweis zusammengefasst werden, sofern Auswirkungen der Abweichung für den Besteller trotz der Zusammenfassung klar erkennbar sind. Die Erkennbarkeit bestimmt sich nach der Sachkunde des Verkehrskreises, dem der Besteller angehört.

### These 3:

Hat der Unternehmer geplant und beruht die Ausführung auf diesen Vorschlägen, ist das Werk mangelhaft, wenn es nicht den Qualitäts- und Komfortstandards entspricht, die nach dem Vertrag zu erwarten sind. Weiterhin ist als Mindeststandard die Beachtung der Regeln der Technik geschuldet, die sich als theoretisch richtig und in der Praxis oder auf andere Weise als bewährt erwiesen haben.

Die Parteien können Abweichungen von Qualitäts- und Komfortstandards, die nach dem Vertrag zu erwarten sind, sowie Abweichungen von anerkannten Regeln der Technik vereinbaren, wenn der Besteller die Abweichungen und deren mögliche Auswirkungen kennt oder auf der Grundlage eines Hinweises des Unternehmers kennen muss.

Bei dem Hinweis des Unternehmers können die Abweichungen und ihre Auswirkungen für einzelne Bereiche zusammengefasst dargestellt werden. Eine Benennung der Standards oder der anerkannten Regeln der Technik ist nicht erforderlich. Die Auswirkungen auf den Besteller können auch durch Verweisung auf eine abstrakte Darstellung, z.B. in einer Musterbeschreibung, dargestellt werden.

- Beispiel 6: Beschränkung des Schallschutzmaßes eines zu modernisierenden Wohnhauses von 1980 auf den vorhandenen Schallschutzstandard bei Erläuterung der Auswirkungen durch z.B. durch konkreten Verweis auf eine Musterbaubeschreibung.

Dazu sind Auswirkungen zu verdeutlichen (beispielhaft):

Hören von Laufgeräuschen oder von lauter Musik, Hören, aber nicht verstehen können von Gesprächen in üblicher Lautstärke.

Solche Vereinbarungen stellen bei Modernisierungen aber andere, nicht erläuterte Aspekte nicht

infrage. So kann z.B. der Internetzugang als aktueller Komfortstandard geschuldet sein.

### 4. Bauordnungsrechtliche Zielsetzung

Anforderungen der bauordnungsrechtlichen Zielsetzungen sind Voraussetzung für die Nutzbarkeit und damit Teil der geschuldeten Funktionalität.

## II. Planerverträge (Voit)

Für Planerverträge treffen die gleichen Vorschläge wie für Unternehmerwerkverträge zu.

### 1. Funktionalität

Die Planungsziele und die daraus abzuleitende Funktionalität werden von den Parteien festgelegt. Nach dem Vertrag vorausgesetzte oder übliche Beschaffenheiten des zu planenden Werks werden nur relevant, wenn die Parteien Planungsziele oder die Funktionalität nicht vereinbart haben. Die Funktionalität wird auch dann geschuldet, wenn die Parteien den Erfolg vereinbart haben, ohne die Funktionalität näher zu beschreiben.

### These 4:

Auch beim Architektenvertrag können die Parteien Planungsziele vereinbaren, die von den üblicherweise vereinbarten Zielen abweichen. Bei der Beurteilung der Mangelhaftigkeit der Planung ist maßgebend, ob das Planungsziel mit der vereinbarten Funktionalität erreicht wurde.

- Beispiel 7: Planung eines Hallendachs nach Beispiel 1, zwar nicht immer dicht, aber kostengünstig.

### 2. Standards

Zur geschuldeten Beschaffenheit einer Planung gehören die Qualitäts- und Komfortstandards, die nach den vereinbarten Planungszielen zu erwarten sind und als Mindeststandard die für die Ausführung des Bauwerks zugrunde zu legenden anerkannten Regeln der Technik (zum Begriff der anerkannten Regeln der Technik vgl. Ausführungen in Kapitel III.).

Ist die Planung nicht geeignet, die Qualitäts- und Komfortstandards, die nach den vereinbarten Planungszielen zu erwarten sind, zu erreichen oder weicht die Planung von den für die Ausführung des Bauwerks zugrunde zu legenden anerkannten Regeln der Technik ab, ist das Planerwerk mangel-

haft. Dies ist nicht der Fall, wenn die Parteien vereinbart haben, dass das Werk in Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik geplant werden kann. Eine solche Vereinbarung entbindet nicht von der Verpflichtung zum Erreichen der Funktionalität. Die Wirksamkeit der Vereinbarung setzt voraus, dass Planer auf den Umstand der Abweichung und die Auswirkungen für den Besteller (auch hinsichtlich der Haltbarkeit, der Nutzbarkeit und der wirtschaftlichen Verwertbarkeit) hinweisen. Eine Bezeichnung der Regel, von der abgewichen wird, ist nicht erforderlich. Abweichungen von mehreren Regeln der Technik können in einem Hinweis zusammengefasst werden, sofern Auswirkungen der Abweichung für Besteller trotz der Zusammenfassung klar erkennbar sind. Die Erkennbarkeit bestimmt sich nach der Sachkunde des Verkehrskreises, dem Besteller angehören.

- Beispiel 8: Schallschutz, Verdeutlichung der Auswirkungen, (s. These 3, Beispiel 6, auch Verweisung auf Musterbaubeschreibung möglich)

#### These 5:

Das Planerwerk ist mangelhaft, wenn die Planung nicht geeignet ist, Qualitäts- und Komfortstandards zu erreichen, die nach dem Vertrag zu erwarten sind. Weiterhin ist als Mindeststandard der Planung die Beachtung der Regeln der Technik geschuldet (zu anerkannte Regeln der Technik s. III).

Die Parteien können Abweichungen von Qualitäts- und Komfortstandards, deren Erreichung durch die Planung nach dem Vertrag zu erwarten sind, sowie Abweichungen von der Beachtung der anerkannten Regeln der Technik vereinbaren, wenn Besteller die Abweichung und deren möglichen Auswirkungen kennen oder auf der Grundlage eines Hinweises (von Planern) kennen müssen.

Bei Hinweisen können von Planern die Abweichungen und ihre Auswirkungen für einzelne Bereiche zusammengefasst dargestellt werden. Eine Benennung der Standards oder der anerkannten Regeln der Technik ist nicht erforderlich. Die Auswirkungen auf Besteller können durch Verweisung auf abstrakte Darstellungen, z.B. in Musterbeschreibungen, nahegebracht werden.

### III. Anerkannte Regeln der Technik (Steffen, Zöller)

#### 1. Regelungsbedarf

##### a) Unklare dogmatische Herleitung

Die anerkannten Regeln der Technik sind seit vielen Jahren ständiger Begleiter der Juristerei. Die Frage „Liegt ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik vor“ darf bei keinem Antrag im Selbständigen Beweisverfahren fehlen (Münchener Prozessformularbuch, Privates Bau- und Architektenrecht, 6. Aufl. 2022, S. 617). Dabei steht bis heute kaum infrage, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik stets zu beachten sind. So entspricht es der ganz herrschenden Meinung, dass Unternehmer auch ohne ausdrückliche Vereinbarung die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik grundsätzlich schulden. Während dies beim VOB/B-Vertrag tatsächlich relativ problemlos aus § 13 Abs. 1 VOB/B hergeleitet werden kann – dort ist geregelt, dass die Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme den anerkannten Regeln der Technik entsprechen muss –, ist dies beim BGB-Vertrag nicht so einfach. Eine Normierung im Gesetz fehlt.

Der Gesetzgeber, der sich in der Vergangenheit bereits mit der Frage beschäftigt hat, ob es einer gesetzlichen Regelung bedarf, hat ausgeführt:

„Dass, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind, ist nicht zweifelhaft.“ (RegEntw. BT-Drucks. 14/6040 S. 261)

Der Bundesgerichtshof ist in ständiger Rechtsprechung der Auffassung, dass der Unternehmer bei Vertragsschluss üblicherweise die Einhaltung der ARdT „stillschweigend zusichert“.<sup>1</sup>

Weshalb es nach Auffassung des Gesetzgebers „nicht zweifelhaft“ sein soll, dass Unternehmer die anerkannten Regeln der Technik beim BGB-Vertrag einhalten müssen, wird bedauerlicherweise nicht verraten. Genauso wenig hat der BGH bis zum heutigen Tage erläutert, weshalb und wie der

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 14.05.1998 – VII ZR 184/97; BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 115/97; Standpunkt des VII. Senates zum Referentenentwurf Gebäudetyp-E, BauR 2024, 1725.

Unternehmer bei Vertragsschluss die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik „üblicherweise stillschweigend zusichert“. Eine stillschweigende Vereinbarung ist dem deutschen Recht grundsätzlich fremd. Eine Ausnahme bildet lediglich die gesetzliche Fiktion des § 632 Abs. 1 BGB. Danach gilt eine Vergütung als „stillschweigend vereinbart“, wenn die Herstellung des Werks nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Sofern mit einer stillschweigenden Zusicherung eine konkludente Vereinbarung gemeint ist, wäre in der Praxis stets zu prüfen, ob es überhaupt ein entsprechendes tatsächliches Verhalten gegeben hat, das auf eine konkludente Einbeziehung der anerkannten Regeln der Technik in den Vertrag hindeutet. Zu einer „Üblichkeit“ wird ein solches Verständnis kaum führen. Haben die Parteien aber etwas anderes als die anerkannten Regeln der Technik ausdrücklich vereinbart, bleibt für eine konkludente abweichende Vereinbarung wenig Raum.

Auch wenn man die stillschweigende Vereinbarung bzw. Zusicherung als eine ergänzende Vertragsauslegung i.S.v. §§ 133, 157 BGB verstehen will, wäre ein Automatismus nicht angezeigt. Auch hier wäre für jeden Einzelfall zu prüfen, ob der Vertrag überhaupt eine Regelungslücke enthält, die es erlaubt, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung diese Lücke zu schließen.<sup>2</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einer Unterschreitung der anerkannten Regeln der Technik aufgrund vertraglicher Vereinbarung wäre mit der dogmatischen Erklärung einer ergänzenden Vertragsauslegung jedenfalls nicht vereinbar. Der BGH hat aber entschieden, dass, wenn die Parteien eine konkrete Vereinbarung getroffen haben und diese nach unten von den anerkannten Regeln der Technik abweicht, diese Vereinbarung unbeachtlich ist, wenn der Unternehmer nicht ausdrücklich auf die Abweichung hinweist und verdeutlicht hat, was diese Abweichung konkret für den Besteller bedeutet.<sup>3</sup> Werden die anerkannten Regeln der Technik aber nur über eine ergänzende Vertragsauslegung vertragsgegenständlich, muss ja zunächst eine Lücke im Vertrag identifiziert werden. Existiert eine solche Lücke nicht, weil die Parteien eine konkrete vertragliche Vereinbarung geschlossen haben, wäre für eine Einbeziehung der allgemein anerkannten Regeln der Technik kein Raum.

Denn: Keine Lücke, keine ergänzende Vertragsauslegung; und: keine ergänzende Vertragsauslegung, keine anerkannten Regeln der Technik. Damit würde sich die Frage nach einem Unterschreiten der anerkannten Regeln der Technik aber gar nicht erst stellen, denn die anerkannten Regeln der Technik sind ja gerade nicht durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu einer geschuldeten Beschaffenheit geworden.

Begreift man die anerkannten Regeln der Technik aber nicht als vereinbarte Beschaffenheit, bleibt nur, sie als die übliche und zu erwartende Beschaffenheit des Werkes zu qualifizieren. Insofern können die anerkannten Regeln der Technik in den Wortlaut des § 633 Abs. 2 Nr. 2 „hineingelesen“ werden.<sup>4</sup>

In dogmatischer Hinsicht kann bis hierhin nur festgestellt werden, dass die Einbeziehung der allgemein anerkannten Regeln der Technik in den Vertrag außerordentlich problematisch ist. Dies jedenfalls dann, wenn die anerkannten Regeln der Technik als eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB verstanden werden.

#### These 6:

Sollen die anerkannten Regeln der Technik elementarer Bestandteil des Mangelbegriffs sein, ist eine gesetzliche Normierung der anerkannten Regeln der Technik im Rahmen des § 633 BGB angezeigt.

#### b) Keine einheitliche Definition

Allgemein wird angenommen, dass die anerkannten Regeln der Technik auf einer feststehenden und einheitlichen Definition fußen. Dies trifft jedoch nicht zu. Schon in der Literatur finden sich eine Vielzahl von mehr oder weniger unterschiedlichen Definitionen.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung sind konkrete Definitionen zu dem Begriff „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ kaum zu finden und nicht einheitlich.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 21.09.1994 – XII ZR 77/93.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, BauR 1981, 577 (579).

Hier einige Beispiele:

RG, 26.06.1891 – VID 1621/91; RG, 11.10.1910 – IV 644/10:

„Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Baukunst ist nicht schon dadurch erfüllt, dass eine Regel bei völliger wissenschaftlicher Erkenntnis sich als richtig und unanfechtbar darstellt, sondern sie muss auch allgemein anerkannt, d. h. durchweg in den Kreisen der betroffenen Techniker bekannt und als richtig anerkannt sein.“

BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/7, NJW 1978, 439

„Das Gesetz kann, wie bspw. in § 3 I des Gesetzes über technische Arbeitsmittel (MaschinenschutzG) (BGBl 1968 I, 717), auf die ‚allgemein anerkannten Regeln der Technik‘ verweisen. Bei dieser Art der Verknüpfung von Recht und Technik können die Behörden und Gerichte sich darauf beschränken, die herrschende Auffassung unter den technischen Praktikern zu ermitteln, um festzustellen, ob das jeweilige technische Arbeitsmittel in den Verkehr gebracht werden darf oder nicht. Der Nachteil dieser Lösung besteht jedoch darin, daß die Rechtsordnung mit dem Maßstab der allgemein anerkannten Regeln stets hinter einer weiterstrebenden technischen Entwicklung herhinkt. Dies wird vermieden, wenn das Gesetz auf den ‚Stand der Technik‘ abhebt (wie z.B. in § 5 Nr. 2 BImSchG). Der rechtliche Maßstab für das Erlaubte oder Gebotene wird hierdurch an die Front der technischen Entwicklung verlagert, da die allgemeine Anerkennung und die praktische Bewährung allein für den Stand der Technik nicht ausschlaggebend sind. Bei der Formel vom Stand der Technik gestaltet sich die Feststellung und Beurteilung der maßgeblichen Tatsachen für Behörden und Gerichte allerdings schwieriger. Sie müssen in die Meinungsstreitigkeiten der Techniker eintreten, um zu ermitteln, was technisch notwendig, geeignet, angemessen und vermeidbar ist (vgl. Breuer, AöR 101 [1976], 68).“

BGH, Urt. v. 07.07.2010 – VIII ZR 85/09, NZBau 2010, 701

„Die allgemeinen anerkannten Regeln der Baukunst stellen die Summe der im Bauwesen anerkannten wissenschaftlichen, technischen und handwerklichen Erfahrungen dar, die durchweg bekannt und als richtig und notwendig anerkannt sind.“

OLG Rostock (4. Zivilsenat), Beschl. v. 23.09.2020 – 4 U 86/19

„Eine technische Regel ist allgemein anerkannt, wenn sie der Richtigkeitsüberzeugung der technischen Fachleute im Sinne einer allgemeinen wissenschaftlichen Anerkennung entspricht und darüber hinaus in der Praxis erprobt und bewährt ist; auf beiden Stufen muss die technische Regel der überwiegenden Ansicht (Mehrheit) der technischen Fachleute entsprechen.“

Kniffka

„Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen sowie insbesondere in dem Kreis der für die Anwendung der betroffenen Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Technikern durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet angemessen und notwendig anerkannt sind.“<sup>5</sup>

Oppler

„Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen technischen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der

5 IBR-online Kommentar Bauvertragsrecht – Kniffka, § 633 Rdnr. 23 (Stand 28.10.2019) mit Verweis auf OLG Bamberg, 20.11.1998 – 6 U 19/98, NJW-RR 1999, 962; OLG Hamm, 17.08.1990 – 26 U 180/89, NJW-RR 1991, 731.

technischen Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt sind und feststehen sowie insbesondere in dem Kreise der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind.“<sup>6</sup>

Seibel

„Eine technische Regel ist dann allgemein anerkannt, wenn sie

- a) der Richtigkeitsüberzeugung der vorherrschenden Ansicht der technischen Fachleute entspricht (1. Element: allgemeine wissenschaftliche Anerkennung) und darüber hinaus
- b) in der Praxis erprobt und bewährt ist (2. Element: praktische Bewährung).

Auf beiden Stufen a) und b) muss die jeweilige technische Regel der überwiegenden Ansicht (Mehrheit) der technischen Fachleute entsprechen.“<sup>7</sup>

## 2. Unklarheiten, Probleme und Widersprüche aus den verschiedenen Definitionen

Aus den verschiedenen Definitionen ergeben sich danach mannigfaltige Unterschiede und Widersprüche. Beispiele:

„Technisch richtig“

Muss die Technische Regel objektiv richtig sein oder genügt es, dass sie nach der Überzeugung der betroffenen Techniker richtig ist?

„Anerkennung“

Was bedeutet „Anerkennung“ in Bezug auf Richtigkeit und Praxisbewährung? Soweit in den Definitionen von „Durchweg bekannt“ gesprochen wird, ist anzunehmen, dass annähernd 100 % der beteiligten Verkehrskreise die technische Regel kennen und für richtig halten müssen. Soweit in anderen Definitionen davon die Rede ist, dass die beteiligten Verkehrskreise eine technische Regel nach der „überwiegenden Ansicht“ kennen und für richtig halten, spricht das dafür, dass für eine Mehrheit also 51 % genügen.

„Praxisbewährung“ – Regelwerk geht über die a.a.R.d.T hinaus.

Die „Praxisbewährung“ diene dazu, die Richtigkeit der technischen Regel zu belegen. Sofern eine technische Regel sich in der Praxis nicht bewährt hat, spricht eine dauernde Funktionstauglichkeit unter Beachtung der Regel nicht hergestellt werden konnte, steht fest, dass die betroffene technische Regel nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Hat sie sich aber in der Praxis bewährt, darf angenommen werden, dass unter Beachtung des entsprechenden Regelwerkes ein dauerhaft funktionstaugliches Werk hergestellt werden kann. Mit dem Merkmal der Praxisbewährung kann damit relativ sicher ausgeschlossen werden, dass ein technisches Regelwerk hinter dem tatsächlich Erforderlichen zurückbleibt, um ein dauerhaft funktionsfähiges Werk herzustellen.

Die praktische Bewährung ist jedoch kein taugliches Mittel, um auszuschließen, dass eine technische Regel nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist.

Hier hat die „Praxisbewährung“ nur bedingte Aussagekraft, da immer Faktoren mitwirken können, die einzelne Elemente der Regel überflüssig machen. (Problem: Die Regel verlangt mehr als nötig ist, es funktioniert, es würde aber auch ohne die spezifischen oder mit geringeren Anforderungen funktionieren.)

– Beispiel 9: Die Abdichtungsnorm für erdbehrte Bauteile DIN 18533 fordert in Teil 1 zum Schutz gegen von außen aus dem Erdreich auf die Flächen des Gebäudes einwirkendes, flüssiges Wasser Abdichtungen entweder unter oder auf den Bodenplatten mit der Folge, dass für den Fall, dass Abdichtungen unter Bodenplatten vorhanden sind, keine auf Bodenplatten erforderlich werden. Die Norm ist aber nicht anwendbar für Bauteile, die wasserundurchlässig sind, z.B. solche aus wasserundurchlässigem Beton (unter beispielhaftem Verweis auf die WU-Richtlinie des Deutschen Ausschusses für Stahlbeton DAfStB (im DIN)).

Die WU-Richtlinie differenziert nach zwei Wasserbeanspruchungsklassen BK (es ist geplant, diese mit DIN 4095–1 und DIN 18533–1 zu harmo-

<sup>6</sup> Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 4 Abs. 2 Rdnr. 48.

<sup>7</sup> Seibel, NJW 2013, 3000.

nisieren und mit gleichen Ordnungsnummernreihenfolge zu Wassereinwirkungsklassen W umzubenennen: Aus BK 1 wird W 2, aus BK 2 wird W 1).

In W 1 genügt nach der WU-Richtlinie 15 cm dicker Konstruktionsbeton, der das WU-Merkmal der Wasserundurchlässigkeit einhält (eine Kapillareindringprüfung von maximal 5 cm, das bereits von üblichem Konstruktionsbeton bei üblichem Verdichtungsgrad erreicht wird). Da Betonbodenplatten diese Rahmenbedingungen regelmäßig einhalten, ist DIN 18533 nicht einzuhalten. Dennoch wird oft verlangt, unterseitig nicht abgedichtete Bodenplatten oberseitig abzudichten mit der Folge, dass nicht nur selten über nicht vorhandene Abdichtung nach DIN 18533 auf Bodenplatten gestritten wird mit zum Teil fatalen Kostenfolgen (i.d.R. im unteren sechsstelligen Bereich für ein Einfamilienwohnhaus), ohne dass dafür technische Notwendigkeit besteht.

Zur Vermeidung retrospektiver Inanspruchnahme neigen Bauträger, die die Käufer der Wohnungen zum Zeitpunkt der Planung i.d.R. nicht kennen und deswegen keine Vereinbarung mit ihnen treffen können, oft dazu, ohne technische Notwendigkeit, Abdichtungen auf Bodenplatten einzubauen. Je nach Objektgröße kostet das vier- bis fünfstelligen Beträge, die am Ende durch Umlegung von Kosten von Verbrauchern zu tragen sind, ohne einen Nutzen dafür zu haben.

DIN 18533 beschreibt Anforderungen, die nicht in ihren Anwendungsbereich fallen: die Wassereinwirkungen auf erdberührte Bauteilflächen. In Ermangelung anderer Regelungen wurde das die letzten Jahrzehnte akzeptiert. Die Anforderungen sind aber dort geotechnisch nicht beraten, in etlichen Fällen weit auf der sicheren Seite liegend übertrieben. Sehr grob überschlägig und unter sehr günstigen, d.h. geringen Annahmen lässt sich in Fällen oberhalb des Bemessungsgrundwasserstands bei Befolgen der Norm, die auch dann regelmäßig von Druckwasser auf die erdberührten Bauteilfläche ausgeht, ein Schadenspotenzial von 150 Mio. € für die Bauwirtschaft abschätzen. Gleichzeitig ist ein unnötiger CO<sub>2</sub>-Ausstoß von 200.000 t pro Jahr damit verbunden. Der Abschätzung liegt lediglich eine Bodenplattendickenerhöhung von 10 cm zugrunde. Zusätzlicher Bodenaushub, Transportkosten, Stahlverbrauch und anderes sind darin nicht enthalten, ebenso nicht eventuell weitere Dickenerhöhungen zur Sicherung des Gebäudes gegen Aufschwimmen.

Befürworter der zu hohen Anforderungen stützen sich auf die angebliche Praxisbewährung. Diese kann aber nicht nachgewiesen werden, da Alternativen nicht geprüft wurden. Keller können mit einem Maximalaufwand trocken gehalten werden. Wenn aber bei kleinem Aufwand Keller genauso trocken bleiben, sind die normativen Empfehlungen kein für die sichere Trockenhaltung nötiger Mindeststandard.

- Beispiel 10: Niveaugleiche Türschwellen werden nicht nur zivilrechtlich, sondern auch bauordnungsrechtlich immer häufiger gefordert. Die Abdichtungsnormen DIN 18531 und DIN 18533 werden in ihren Neufassungen Konkretisierungen beinhalten. Allerdings befassen sich Abdichtungsnormen mit Abdichtungen, auf denen keine Schwellen gebaut werden können. Abdichtungen sind lediglich ein Teil des Bausatzes. Andererseits haben es Fensterhersteller lange Jahre versäumt, an niveaugleichen Türschwellen Anschlussmöglichkeiten für Abdichtungen vorzusehen. Dieses Dilemma begleitet die Neuformulierungen in den Abdichtungsnormen. Das veranlasst etliche Beteiligte in Fachkreisen, entgegen anderer Notwendigkeiten und Verpflichtungen keine niveaugleichen Türschwellen bauen zu wollen. Dabei zeigt die Erfahrung im Gebäudebestand, dass für niveaugleiche Türschwellen die Denkweisen von Abdichtungsspezialisten, die mit hohen Wasserdrücken rechnen, viel zu scharf sind, da sonst alle Türen mit niveaugleichen Türschwellen im Gebäudebestand nicht funktionieren dürften. Mehrheitsmeinungen in bestimmten Fachkreisen erzeugen große Unsicherheiten bei Verbrauchern und damit ein nicht nur geringes Streitpotenzial.
- Beispiel 11 (Gegenbeispiele): Produkthanforderungen werden oft unter einen Mindeststandard beschrieben. So sind die Anforderungen an Dachbahnen in DIN SPEC 20.000–201 nicht geeignet, gebrauchstaugliche Dachbahnen zu beschreiben. Ohne statistische Werte zu kennen (diese Erhebungen gibt es – aus Herstellerinteressen – nicht), lässt sich grob überschlägig abschätzen, dass 90 % von Dachbahnen für Dächer gut geeignet sind, mit der Folge, dass 10 % das nicht sind. Da aber auch diese die Produkthanforderungen nach der genannten Norm einhalten, ist diese zu 100 % unbrauchbar.

Oft liegen Anforderungen an Ausführungen über einem technisch notwendigen Mindeststandard, während Anforderungen an Bauprodukte oft unter diesem Standard liegen.

„anerkannt“ vs. „bewiesen“

Da der Begriff der a.a.R.d.T (nur) einen Mindeststandard definiert, der auch ohne Vereinbarung der Parteien wirkt (wirken soll), kann es nicht genügen, dass die Richtigkeit zwar „anerkannt“ aber nicht „bewiesen“ ist (es war auch hunderte Jahre anerkannt, dass die Erde eine Scheibe ist). Eine „Meinung“ oder „Vermutung“ kann aber keinen Mindeststandard bestimmen, auch nicht, wenn es die herrschende Meinung ist. Werden Unternehmer gezwungen, eine technische Regel zu beachten, muss die Erforderlichkeit der Beachtung mit absoluter Sicherheit feststehen. Von Auftragnehmern kann nicht verlangt werden, kostenintensive Leistungen zu erbringen, die in objektiver Hinsicht tatsächlich nicht erforderlich ist, um ein dauerhaft funktionstaugliches Werk herzustellen. Technische Regelwerke als Technische Empfehlungen müssen deshalb nicht nur anerkannt sein, sondern objektiv richtig sein und nicht übermäßig auf der sicheren Seite Anforderungen maximieren, ohne dass daraus ein Nutzen zu erwarten ist.

„Anerkennung“ als Element der „Vorwerfbarkeit“ erforderlich?

Die „Anerkennung“ bei den beteiligten Verkehrskreisen in Bezug auf die „Richtigkeit“ und die „Praxisbewährung“ hat seinen Ursprung in zwei Entscheidungen des Reichsgerichtes (RG, 26.06.1891 – VI D 1621/91; RG, 11.10.1910 – IV 644/10). Dabei ist es wichtig, sich zu vergegenwärtigen, dass das Element der „Anerkennung“ und der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Technik eigentlich mit der Feststellung, ob ein Mangel vorliegt, nichts zu tun hatte. Vielmehr ging es dem RG darum, den Fahrlässigkeitsvorwurf in Bezug auf ein Tötungsdelikt dahingehend einzuschränken, dass nicht jeder Fehler automatisch strafbar ist. Eine technische Regel, die weder bei den beteiligten Verkehrskreisen als richtig bekannt noch anerkannt ist, muss nicht beachtet werden. Ignoriert ein Architekt diese Regel, ist dies nicht fahrlässig. Dieser Aspekt spielt beim Mangelbegriff jedoch keine Rolle. Denn der Mangelbegriff selbst ist verschuldensunabhängig.

Eine Rolle spielt dies jedoch bei der Architektenhaftung. Da Architekten für Mängel, die sich am Bauwerk manifestieren, in aller Regel nur auf Schadensersatz haften, braucht es ein Verschulden. Hier hat nach den traditionellen Definitionen ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik bereits unmittelbar eine Indizwirkung für ein mögliches Verschulden. Dies allein vermag jedoch nicht zu rechtfertigen, dass die allgemeine Anerkennung in Bezug auf Richtigkeit und Praxisbewährung ein zwingendes Element der Regeln der Technik sein muss.

Letztlich kann auf die Anerkennung dennoch nicht verzichtet werden. Dies deshalb, da der Begriff der anerkannten Regeln der Technik nicht der Beschaffenheitsvereinbarung zuzuordnen ist, sondern im Rahmen des § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB Bedeutung erlangt. Ein Werk, das aber keine allgemeine Anerkennung in Bezug auf Richtigkeit und Praxisbewährung aufweist, kann nicht unter § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB subsumiert werden.

„Anerkennung“: praktische Probleme

Die Feststellung der Anerkennung ist (retrospektiv) für Bausachverständige (für einen bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit) kaum möglich.

Die Feststellung einer Anerkennung in Fachkreisen ist grundsätzlich keine Aufgabe an Sachverständige, da diese keine Demoskopen sind. Insofern können sie auch keine Anerkennung zu einem bestimmten Zeitpunkt feststellen.

Selbst für Untersuchungen z.B. durch AIBau, zu denen etwa 3.000–4.000 Sachverständige, Architekten, Ausführende, Produkthersteller und andere Baubeteiligte angeschrieben werden, antworten nur 10 % bis 15 % der Angefragten. Oft fehlt solchen Umfragen dann die statistische Signifikanz. Sachverständige können noch viel weniger Kenntnisstände in Fachkreisen in Erfahrung bringen. Wenn sich Sachverständige dazu äußern, geben sie oft lediglich eine persönliche und damit sehr subjektive Einschätzung ab, die ggf. nur auf einem Erfahrungsaustausch in einer (sehr) kleinen Gruppe beruht.

### 3. Definitionsvorschläge

Den vorstehenden Problemen und Unklarheiten hat eine im Gesetz verankerte Definition Rech-

nung zu tragen. Dabei dient die Definition im rein rechtlichen Kontext der Bildung eines Mindeststandards und kann Mittel zur Auslegung von Verträgen sein.

Als neue gesetzliche Definition werden folgende Kriterien vorgeschlagen:

Eine anerkannte Regel der Technik liegt vor, wenn sie

1. wissenschaftlich richtig ist, d.h., dass
  - a) sie nachgewiesen objektiv theoretisch richtig ist (belegt durch Labortests) und
  - b) sich in der Praxis bewährt hat (Evaluation der Labortests an gebauten Objekten mit realistischen Einwirkungen, bei relevanten Alterungsvorgängen für einen aussagekräftigen Prüfzeitraum)  
[Stand der Technik]
2. allgemein anerkannt ist, d.h. in den Kreisen der betroffenen Techniker überwiegend bekannt und als richtig anerkannt ist.

Die allgemeine Anerkennung wird vermutet, wenn eine Regel der Technik bei einer Vielzahl vergleichbarer Werke beachtet wurde.

#### IV. DIN-Normen etc: Vermutung a.a.R.d.T? (Steffen)

Da der Bundesgerichtshof in dem Aufsatz „Standpunkt des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäudetyp-E-Gesetz)“ BauR 2024, 1725 zu verstehen gegeben hat, an der bisherigen Rechtsprechung nicht festhalten zu wollen, dass technische Regelwerke wie DIN-Normen die Vermutung in sich tragen, die allgemein anerkannten Regeln der Technik wiederzugeben, kann auf eine gesetzliche Regelung, die hier eingreift, verzichtet

werden. Es genügt deshalb eine entsprechende Empfehlung:

„Eine Vermutungswirkung ist die Ausnahme. Eine Vermutung kann es nur geben, wenn Regelverfasser transparent darlegen, dass die Regel im Sinne der vorstehenden Definition wissenschaftlich richtig und dies allgemein anerkannt ist und hierrüber Konsens im Ausschuss bestand. Dabei genügt es nicht, dass dies nur behauptet wird. Die Transparenz verlangt, dass die Erkenntnisquellen offengelegt werden.“

Daraus folgt die Empfehlung an Verfasser von Technischen Regeln (als Technische Empfehlungen), zwischen der Beschreibung vom Stand der Technik und den anerkannten Regeln der Technik zu unterscheiden und ausdrücklich differenzieren. Da ein Regelwerk nur für sich beanspruchen kann, die anerkannten Regeln der Technik widerzugeben, wenn transparent nachgewiesen wird, dass die Voraussetzungen der Definition beachtet wurden, ist zu empfehlen, dass Regelverfasser die wissenschaftlichen Erkenntnisse aus Labortests und Evaluation und schließlich in Bezug auf die allgemeine Anerkennung im Regelwerk selbst niederlegen. Anknüpfend an die Empfehlung des 9. Baugerichtstags (AK V/VI, 1. Empfehlung) sollten Verfasser von Technischen Empfehlungen folgende Aspekte berücksichtigen:

„Es wird empfohlen, dass DIN, VDI, VDE/DKE und alle Herausgeber technischer Empfehlungen künftig angehalten sein sollen, den Erarbeitungsprozess nach einheitlichen Standards zu dokumentieren. Die Dokumentation soll Dritten auf Verlangen zugänglich gemacht werden, damit die Einhaltung der Regelungen für die Ausarbeitung von technischen Regeln z.B. die DIN 820 auch von Außenstehenden nachvollzogen werden kann.“

## Arbeitskreis II – Vergaberecht

### Arbeitskreisleiter

Dr. Jan Peter Müller, Frankfurt am Main

Dr. Jan Peter Müller ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht und Partner bei GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Frankfurt in den Bereichen öffentlichen Wirtschafts- und Vergaberecht. Er ist Mitherausgeber des Handbuchs Nachhaltigkeit im Vergaberecht im C.H. Beck-Verlag und Lehrbeauftragter des Universität Mannheim. Als Rechtsanwalt berät er sowohl die öffentliche Hand als auch nationale und internationale Unternehmen bei komplexen rechtlichen Angelegenheiten in diesem Bereich. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe, dem Zuwendungs- und EU-Beihilferecht. Er ist spezialisiert auf die Beratung in komplexen Investitions- und Transaktionsprojekten im öffentlichen Sektor, insbesondere bei der Vergabe von Ver- und Entsorgungsdienstleistungen, Planungs- und Bauleistungen sowie in der Informations- und Kommunikationstechnik.

Manuel Zimmermann, LL.M., Hochbahn U5 Projekt GmbH, Freie und Hansestadt Hamburg

Manuel Zimmermann, LL.M. war mehrere Jahre als Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Wirtschaftskanzlei GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Frankfurt am Main tätig und studierte sodann im Rahmen des juristisch-ökonomischen Master-Studiengangs European Master in Law and Economics in Bologna, Rotterdam und Haifa. 2015 wurde Manuel Zimmermann in Frankfurt am Main als Rechtsanwalt zugelassen. Seit 2016 war er als Rechtsanwalt im Bereich Vergaberecht und Vergabemanagement bei der Wirtschaftskanzlei Menold Bezler in Stuttgart tätig und führt seit 2018 den Fachanwaltstitel für Vergaberecht. Im Februar 2020 wechselte er zu der Wirtschaftskanzlei Luther, für die er an den Standorten Berlin, Frankfurt am Main und Essen tätig war. Manuel Zimmermann ist seit Ende 2021 in der vergaberechtl-

chen Inhouse-Beratung, zunächst für die Zentrale der Die Autobahn GmbH des Bundes in Berlin und aktuell für Die Hochbahn U5 Projekt GmbH in Hamburg als Syndikusrechtsanwalt und Leiter Einkauf und Vergabe. Er ist ständiger Autor im juris PraxisReport Vergaberecht, Mitautor im juris PraxisKommentar Vergaberecht, ständiger Dozent für die Verwaltungsakademie Berlin AöR.

### Referenten:

Prof. Dr.-Ing. Alexander Hofmann, Düsseldorf

Prof. Dr.-Ing. Alexander Hofmann ist Geschäftsführer der HOCHTIEF PPP Transport Westeuropa GmbH sowie Professor an der Hochschule Biberach. In seiner Rolle als Geschäftsführer ist er maßgeblich an der Entwicklung und Umsetzung von Infrastrukturprojekten beteiligt, die von der Finanzierung über die Planung und den Bau bis hin zum Betrieb reichen. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf nachhaltigen und energieeffizienten Lösungen, wie sie im Rahmen der Vision „HOCHTIEF PPP goes green“ verfolgt werden. An der Hochschule Biberach ist er im Bereich der Energie- und Gebäudetechnik tätig und beschäftigt sich intensiv mit Themen wie Energieeffizienz, erneuerbaren Energien und nachhaltiger Stadtentwicklung. Seine Forschung und Lehre konzentrieren sich auf die Entwicklung und Implementierung innovativer Energiekonzepte und -systeme.

### A. Thema des Arbeitskreises

Transformation des Vergaberechts

### B. Einführung

Das Vergaberecht hat sich in den vergangenen 25 Jahren stetig und teilweise rasant weiterentwickelt, um den Anforderungen einer modernen und effizienten öffentlichen Beschaffung gerecht zu werden. Mit dem kürzlich im Bundeskabinett beschlos-

senen Vergabetransformationspaket soll(te) eine weitere umfassende Reform angestoßen werden. Die damit angestrebte Transformation zielt(e) darauf ab, die Vergabeverfahren zu vereinfachen, zu digitalisieren und zu beschleunigen, um so die Effizienz und Transparenz zu erhöhen.

Vor dem Hintergrund der jüngsten Reformbestrebungen wird derzeit verstärkt diskutiert, ob öffentliche Auftraggeber künftig verpflichtet sein sollen, bei der Auftragsvergabe mindestens ein soziales oder umweltbezogenes Kriterium zu berücksichtigen. Diese Kriterien könnten auf verschiedenen Stufen der Vergabe, wie bei der Eignung, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen, einbezogen werden. Weiterhin wird zur Vereinfachung und zum Bürokratieabbau ein „Losgrundsatz mit Augenmaß“ erwogen, der eine flexiblere Aufteilung von Aufträgen ermöglichen könnte. Zudem sind Erleichterungen in der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit und Vereinfachungen in der Leistungsbeschreibung sowie ein vereinfachter Wertungsvorgang als Regelfall bei offenen Verfahren im Gespräch. Maßnahmen zur Beschleunigung der Nachprüfungsverfahren mit Einschnitten in den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz und zur vornehmlich digitalen Durchführung der Markterkundung sollen – so manche Stimmen – weiter zur Optimierung beitragen. Zur Stärkung von Mittelstand, Start-ups und Innovationen könnten Auftraggeber verpflichtet werden, mittelständische Interessen zu berücksichtigen und geeignete Zahlungsmodalitäten anzubieten. Regelmäßige Angebotsaufforderungen in Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb und eine stärkere Berücksichtigung von Nebenangeboten könnten ebenfalls vorgesehen werden.

Diese Diskussionspunkte werden mit Blick auf die Beschaffung von Bauleistungen durch weitere Normgebungsprozesse verstärkt. Dabei geraten insbesondere die Berücksichtigung von Aspekten des Klimaschutzes bei der Beschaffung in den Fokus. Neben dem Bundesklimaschutzgesetz und den entsprechenden Landesgesetzen wird die Energy Performance of Buildings Directive (EPBD) der EU hierbei eine Rolle spielen. Diese Richtlinie zielt darauf ab, die Energieeffizienz von Gebäuden zu verbessern und den Gebäudebestand bis 2050 vollständig zu dekarbonisieren. Im Rahmen der kommunalen Transformation bedeutet dies, dass Bauleistungen zunehmend unter Berücksichtigung

von Nachhaltigkeitskriterien vergeben werden müssen. Dies umfasst unter anderem die Förderung energieeffizienter Bauweisen, die Nutzung erneuerbarer Energien und die Implementierung von Maßnahmen zur Reduktion von Treibhausgasemissionen. Kommunale Verwaltungen sind hierbei besonders gefordert, da sie eine Schlüsselrolle bei der Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen spielen. Durch die Integration von Klimaschutzaspekten in die Vergabeverfahren können Kommunen nicht nur zur Erreichung der nationalen Klimaziele beitragen, sondern auch langfristig Kosten sparen und die Lebensqualität ihrer Bürgerinnen und Bürger verbessern.

## C. Thesen

### These 1:

Die Energy Performance of Buildings Directive (EPBD) wird dazu führen, dass Vergabeverfahren nachhaltiger gestaltet werden müssen. Die deutschen Normgeber sollten die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen bei der Umsetzung der Richtlinie berücksichtigen und in diesem Zuge die VOB/A – gleich der Situation im Liefer- und Dienstleistungsbereich – anpassen und vereinheitlichen.

### Begründung:

Die EPBD enthält mehrere Bestimmungen, die direkt auf die Verbesserung der Energieeffizienz und die Reduktion von Treibhausgasemissionen im Gebäudesektor abzielen. Diese Bestimmungen erfordern eine Anpassung der Vergabeverfahren, um sicherzustellen, dass Bauleistungen (Neubau und Sanierung) den neuen Nachhaltigkeitsanforderungen entsprechen. Art. 7 EPBD fordert, dass alle neuen Gebäude ab 2030 Nullemissionsgebäude sein müssen. Dies bedeutet, dass bei der Vergabe von Bauaufträgen für Neubauten strenge Energieeffizienzstandards eingehalten werden müssen, was eine nachhaltigere Gestaltung der Vergabeverfahren erfordert. Art. 8 EPBD schreibt vor, dass bestehende Gebäude schrittweise renoviert werden müssen, um die Gesamtenergieeffizienz zu verbessern. Dies impliziert, dass Vergabeverfahren für Renovierungsprojekte Nachhaltigkeitskriterien berücksichtigen müssen, um die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen. Art. 14 und Art. 15 EPBD legen fest, dass gebäudetechnische Systeme regel-

mäßig inspiziert und optimiert werden müssen, um ihre Energieeffizienz zu gewährleisten. Dies bedeutet, dass bei der Vergabe von Wartungs- und Inspektionsaufträgen Nachhaltigkeitsaspekte eine zentrale Rolle spielen müssen. Art. 20 EPBD fordert die Einführung von Renovierungspässen und die Bereitstellung von Informationen und Beratung zur Energieeffizienz. Dies erfordert, dass Vergabeverfahren für Beratungs- und Informationsdienstleistungen ebenfalls Nachhaltigkeitskriterien integrieren.

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) stellt einen Sonderweg im deutschen Vergaberecht dar, der sich von den Regelungen der Vergabeverordnung (VgV) und der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) unterscheidet. Während die VgV und die UVgO eine einheitliche und vereinfachte Regelung für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowohl oberhalb als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte bieten, bleibt die VOB/A spezifisch für Bauleistungen und führt zu einer Fragmentierung des Vergaberechts. Dieser Sonderweg der VOB/A sollte abgeschafft werden, um eine einheitliche und kohärente Vergabepaxis zu gewährleisten. Die VgV und die UVgO haben gezeigt, dass eine Vereinheitlichung der Vergaberegeln zu mehr Transparenz und Effizienz führen kann. Durch die Abschaffung der VOB/A und die Integration ihrer Regelungen in die bestehenden Verordnungen könnte der Verwaltungsaufwand reduziert und die Rechtssicherheit erhöht werden.

Ein weiterer Vorteil der Abschaffung des Sonderwegs der VOB/A wäre die Förderung des Wettbewerbs. Einheitliche Vergaberegeln würden es Unternehmen erleichtern, sich auf öffentliche Ausschreibungen zu bewerben, da sie sich nicht mit unterschiedlichen Regelwerken auseinandersetzen müssten. Eine einheitliche Regelung würde es erleichtern, diese Nachhaltigkeitsaspekte konsequent und umfassend in allen Vergabeverfahren zu integrieren.

#### These 2:

Die Beschneidung des Rechtsschutzes im Vergabetransformationspaket ist der falsche Weg, um Vergabeverfahren zu beschleunigen.

#### Begründung:

Der Rechtsschutz im Vergabeverfahren ist ein wesentliches Element zur Sicherstellung von Transparenz, Gleichbehandlung und Rechtsstaatlichkeit. Eine Beschränkung des Rechtsschutzes führte das Vergaberecht zurück in eine Zeit vor Umsetzung der Vergaberichtlinien im Jahr 1999. Art. 97 Abs. 6 GWB betont zu Recht die Bedeutung des Rechtsschutzes, indem er sicherstellt, dass Bieter die Möglichkeit haben, Vergabeverfahren auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen. Eine Einschränkung dieser Rechte könnte das Vertrauen der Bieter in das Vergabeverfahren untergraben und zu einer geringeren Teilnahmebereitschaft führen. So führen gerade die Rügeobliegenheiten dazu, dass Bieter bei vermuteten Rechtsverstößen zu einer Aufklärung und ggf. Verbesserung der Vergabeunterlagen beitragen können. In der Regel sind Bieter nicht an einer Verhinderung, sondern an einer Verbesserung der Vergabeunterlagen und letztlich an einer Beauftragung interessiert. Eine Beschneidung dieser Rechte könnte dazu führen, dass Rechtsverstöße unentdeckt bleiben und die Qualität der Vergabeverfahren leidet. Neben den Vergabekammern, sollte dabei auch der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten in zweiter Instanz nicht beschnitten werden. Dies ist ein wichtiger Mechanismus zur Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit und zur Korrektur von Fehlentscheidungen. Auch die Beschneidung von Präklusions- und Wartezeiten ist nicht der richtige Weg. Vielmehr sollte durch eine einfachere und praktikablere Möglichkeit zum Gebrauch von Dringlichkeitsregelungen und eine Verbesserung der Rahmenbedingungen bei den Kammern und Senaten eine Beschleunigung bewirkt werden.

#### These 3:

Die Erleichterung der Gesamtvergabe ist eine gut geeignete Möglichkeit, Vergaben nachhaltiger zu gestalten.

#### Begründung:

Das Vergabetransformationspaket sieht vor, dass die Gesamtvergabe erleichtert wird, um Transformations-, Infrastruktur- und Verteidigungsprojekte zu beschleunigen. Diese Maßnahme kann

auch zur Förderung der Nachhaltigkeit beitragen, da sie mehrere Vorteile bietet:

1. Effizienz und Ressourcenschonung: Durch die Gesamtvergabe können Projekte effizienter geplant und umgesetzt werden. Dies reduziert den Verwaltungsaufwand und die Notwendigkeit mehrfacher Ausschreibungen, was wiederum den Ressourcenverbrauch senkt. Ein einheitlicher Auftrag ermöglicht eine bessere Koordination und Integration nachhaltiger Maßnahmen über alle Projektphasen hinweg.
2. Ganzheitliche Nachhaltigkeitsstrategien: Bei der Gesamtvergabe können Auftragnehmer umfassende Nachhaltigkeitsstrategien entwickeln und umsetzen, die alle Aspekte des Projekts berücksichtigen. Dies umfasst die Auswahl umweltfreundlicher Materialien, energieeffiziente Bauweisen und die Implementierung erneuerbarer Energien. Eine fragmentierte Losvergabe könnte diese ganzheitliche Betrachtung erschweren.
3. Skaleneffekte: Größere Aufträge ermöglichen es den Auftragnehmern, Skaleneffekte zu nutzen, was zu Kosteneinsparungen und einer effizienteren Nutzung von Ressourcen führt. Diese Einsparungen können in nachhaltige Technologien und Verfahren reinvestiert werden.
4. Innovationsförderung: Die Gesamtvergabe bietet größeren Unternehmen die Möglichkeit, innovative und nachhaltige Lösungen zu entwickeln und umzusetzen. Dies kann zu einer schnelleren Verbreitung neuer Technologien und Praktiken im Bauwesen führen. Dies kann sodann von kleinen und mittelständischen Unternehmen antizipiert und in ihre Praxis überführt werden.

Die EU-Richtlinie 2014/24/EU sieht die Möglichkeit der Aufteilung von Aufträgen in Lose vor, um den Wettbewerb zu fördern und kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern. Abweichungen von der Losaufteilung sind danach aber nur zu dokumentieren. Erleichterungen zur gegenwärtigen Rechtslage sind daher europarechtlich daher zulässig und sollten genutzt werden.

#### These 4:

Die Erleichterung der Gesamtvergabe ist besonders geeignet, um die Verkehrswende „von der

Straße auf die Schiene“ im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs und damit die Nachhaltigkeit der Mobilität deutlich zu beschleunigen. Den mit einer nachhaltigen Verkehrswende verknüpften Vorteilen sollte damit grundsätzlich Vorrang gegenüber dem Mittelstandsschutz eingeräumt werden. Diese Auffassung findet sich im Referentenentwurf des BMWi (Stand 18.10.2024) bisher nur als einer der Gründe für die avisierte Erleichterung wieder. Komplexe Infrastrukturprojekte – und zwar nur solche – zur Förderung der Verkehrswende sollten aufgrund ihrer gesellschaftlichen Bedeutung als Regelbeispiel für eine mögliche Abweichung in § 97 Abs. 4 GWB aufgenommen werden, um durch das so geschaffene Maß an Rechtssicherheit eine weitere Beschleunigung zu erreichen und das Erreichen der ambitionierten Klimaziele zu fördern.

#### Begründung:

Für die Verkehrswende, insbesondere den Ausbau des schienengebundenen ÖPNV in Innenstadtbereichen oder Ballungsgebieten sind Planungs- und Bauvorhaben aufgrund der Vielzahl der Stakeholder und externen Faktoren überdurchschnittlich komplex. Zu nennen seien hier nur Anwohner, Leitungsträger, eine Vielzahl von Behörden, geänderte technische, rechtliche oder politische Vorgaben während der Projektlaufzeit, Kreuzungen mit anderen Verkehrswegen, der Anschluss an das Bestandsnetz oder die Beeinträchtigung vorhandener Grünanlagen.

Die Berücksichtigung sämtlicher Belange erfordert einerseits – im Rahmen des Möglichen – eine im Vorfeld äußerst präzise zeitliche Taktung der einzelnen Gewerke und Streckenabschnitte. Dabei sind die Interessen der vorgenannten Stakeholder und Belange angemessen zu berücksichtigen. Andererseits weisen solche Projekte aufgrund der geschilderten Gegebenheiten naturgemäß auch eine hohe Dynamik auf. Es muss daher auch ausreichend Raum bleiben, die Taktung der einzelnen Maßnahmen rasch und flexibel anzupassen, um das übergeordnete Ziel, etwa den avisierten Gesamtfertigstellungstermin eines neuen Streckenabschnittes, einzuhalten.

Sowohl die präzise zeitliche Taktung im Vorfeld als auch die erforderliche Dynamik für mögliche

Anpassungen von gewerke- oder abschnittsspezifischen Zwischenfertigstellungsterminen lässt sich häufig nur durch mit Augenmaß bemessene Gesamtvergaben erreichen, die in einem – möglichst kooperativ ausgestalteten – Vertragsverhältnissen mit einem Generalunternehmer münden.

#### These 5:

Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPPs) können maßgeblich dazu beitragen, nachhaltige Aspekte bei der Beschaffung zu berücksichtigen. Die rechtlichen Möglichkeiten zur Eingehung einer ÖPP sollten daher erleichtert und geschärft werden.

#### Begründung:

ÖPPs bieten eine strukturierte und langfristige Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Sektoren, die es ermöglicht, Nachhaltigkeitsziele systematisch zu integrieren und umzusetzen. Dies betrifft insbesondere die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz sowohl während des Baus als auch des Betriebs. Angesichts der zunehmenden Bedeutung von Nachhaltigkeit und Klimaschutz könnten ÖPPs eine Renaissance erleben, da sie eine effektive Möglichkeit bieten, ökologische Aspekte in großen Infrastrukturprojekten zu berücksichtigen. Durch die enge Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Partnern können innovative und nachhaltige Lösungen entwickelt und umgesetzt werden, die sowohl ökonomischen als auch ökologischen Anforderungen gerecht werden.

1. ÖPPs ermöglichen eine ganzheitliche Betrachtung des gesamten Lebenszyklus eines Projekts, von der Planung über den Bau bis hin zum Betrieb und der Instandhaltung. Dies fördert die Implementierung nachhaltiger Praktiken, da private Partner Anreize haben, langfristig kosteneffiziente und umweltfreundliche Lösungen zu entwickeln und umzusetzen. Bspw. können energieeffiziente Bauweisen und Materialien gewählt werden, die über die gesamte Lebensdauer des Projekts hinweg Kosten und Umweltbelastungen reduzieren.
2. Im Rahmen von ÖPPs werden die Gesamtkosten eines Projekts über dessen gesamte

Lebensdauer hinweg betrachtet, nicht nur die anfänglichen Investitionskosten. Dies führt dazu, dass nachhaltige und energieeffiziente Lösungen, die möglicherweise höhere Anfangskosten haben, aber langfristig kosteneffizienter sind, bevorzugt werden. Die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten stellt sicher, dass die wirtschaftlich und ökologisch besten Lösungen gewählt werden.

3. ÖPPs bieten die Möglichkeit, strenge Energieeffizienzstandards sowohl während der Bauphase als auch im laufenden Betrieb durchzusetzen. Private Partner haben ein starkes Interesse daran, die Betriebskosten zu minimieren, was durch den Einsatz energieeffizienter Technologien und Verfahren erreicht werden kann. Dies trägt zur Reduktion von Treibhausgasemissionen und zur Erreichung der Klimaziele bei.

Um die Vorteile von ÖPPs voll ausschöpfen zu können, sollten die rechtlichen Rahmenbedingungen für deren Eingehung erleichtert werden. Dies könnte durch Anpassungen im Vergaberecht geschehen, die die Flexibilität und Attraktivität von ÖPPs erhöhen.

#### These 6:

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.08.2024 (Verg 6/24) legt den Begriff der Wirtschaftlichkeit nach § 97 Abs. 4 GWB falsch aus. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass auch Kosten der Allgemeinheit bei der Entscheidung zur Gesamtlosvergabe berücksichtigt werden dürfen.

#### Begründung:

§ 97 Abs. 4 GWB verlangt keine auf den Auftraggeber beschränkte einzelwirtschaftliche Betrachtung, sondern lässt eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung zu. Der Wortlaut des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB spricht von „wirtschaftlichen Gründen“, ohne diese explizit auf den Auftraggeber zu beschränken. Dies impliziert, dass auch gesamtwirtschaftliche Aspekte berücksichtigt werden können. Eine enge Auslegung, die nur die einzelwirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers berücksichtigt, widerspricht dem Gesetzeswortlaut und dem gesetzgeberischen Ziel, eine umfassende

Wirtschaftlichkeit zu gewährleisten. Wenn das Vergaberecht bereits die Berücksichtigung externer Umwelteffekte anerkennt, wie in § 58 Abs. 2 VgV und § 7c EU Abs. 1 VOB/A festgelegt, verdeutlicht dies, dass das Vergaberecht einen gesamtwirtschaftlichen Ansatz verfolgt, der über die unmittelbaren Kosten für den Auftraggeber hinausgeht und auch langfristige Umwelt- und Wirtschaftseffekte einbezieht. Eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung ermöglicht es, volkswirtschaftliche Schäden und Nutzen in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Dies ist besonders relevant bei großen Infrastrukturprojekten, bei denen die Auswirkungen auf die gesamte Wirtschaft erheblich sein können. Eine enge Auslegung, die nur die unmittelbaren Kosten für den Auftraggeber berücksichtigt, würde wichtige gesamtwirtschaftliche Aspekte vernachlässigen.

#### These 7:

Der Gesetzgeber sollte die Möglichkeiten zur Berücksichtigung des CO<sub>2</sub>-Schattenpreises in Beschaffungsvorgängen (haushalts- und vergaberechtlich) deutlicher regeln, da dieses Instrument zur Berücksichtigung der Aspekte des Klimaschutzes zunehmend an Bedeutung gewinnen wird.

#### Begründung:

Der CO<sub>2</sub>-Schattenpreis ist ein Instrument, das den CO<sub>2</sub>-Emissionen eines Produkts oder einer Dienstleistung einen fiktiven Preis zuweist, der die Folgeschäden des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes abbilden soll. Dies ermöglicht eine umfassendere Bewertung der Umweltkosten und fördert nachhaltigere Entscheidungen bei öffentlichen Beschaffungen.

Die rechtlichen Grundlagen zur Berücksichtigung des CO<sub>2</sub>-Schattenpreises bestehen bereits in der Vergabeverordnung (VgV) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A). Gem. § 58 Abs. 2 VgV können Umweltaspekte, einschließlich der Lebenszykluskosten, als Zuschlagskriterien herangezogen werden. Ebenso erlaubt § 7c EU Abs. 1 VOB/A die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Bewertung von Angeboten. Diese bestehenden Regelungen sollten jedoch präzisiert und erweitert werden, um die Anwendung des CO<sub>2</sub>-Schattenpreises zu fördern.

Insbesondere sollten die diversen Ansichten zum Begriff der Wirtschaftlichkeit konzertiert und auf ein einheitliches, für alle die Beschaffung betreffenden Rechtsgebiete (insbesondere Haushalts- und Vergaberecht) gleichermaßen geltendes Verständnis gebracht werden, nach welchem externe Umwelteffekte vom Wirtschaftlichkeitsbegriff umfasst sind.

#### These 8:

Eine wirksame Transformation des Vergaberechts sollte durch Zuwendungen unterstützt werden, wobei investitionshemmende Rückforderungsrisiken wie folgt reduziert werden sollten: Der Prüfungsmaßstab bzw. der Umfang rückforderungsbegründender Verstöße sollte angemessen reduziert werden. Insbesondere sollten nicht wesentliche Verstöße gegen das Vergaberecht nicht zu Rückforderungen führen. Darüber hinaus sollte der Prüfungsmaßstab zu Gunsten von mehr Transparenz präzisiert werden.

#### Begründung:

Die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) regeln die Vergabe und Verwaltung von Zuwendungen des Bundes. Diese Regelungen haben Vorbildwirkung für die entsprechenden Regelungen der Länder und sollen daher an dieser Stelle beispielhaft für die Begründung herangezogen werden. Gem. § 44 BHO und der Verwaltungsvorschrift zu dieser Norm dürfen Zuwendungen nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt werden, wobei die zweckentsprechende Verwendung nachzuweisen ist.

1. Bereits bei rein formalen Verstößen gegen das Vergaberecht können Rückforderungen ausgelöst werden.
2. Zudem zeichnen sich die Nebenbestimmungen/Auflagen von Zuwendungsbescheiden häufig durch unklare und lückenhafte und somit bestenfalls auslegungsbedürftige Regelungen aus. Zu nennen sei nur die Formulierung, dass weitergehende Vorschriften „unberührt“ bleiben, ohne dass klargestellt wird, ob die Einhaltung ebener weitergehender Vorschriften auch durch den Zuwendungsgeber geprüft werden. Hinzu tritt, dass Zuwendungsgeber in der Praxis äußerst zurückhaltend damit sind, verbindliche Aussagen zur Präzisierung und Auslegung zu

treffen. Ein Grund dürfte sein, dass sie ihre Prüfungspraxis vor dem zuständigen Rechnungshof rechtfertigen müssen.

3. Eindeutige Regelungen, wie etwa die Aufzählung von nicht zuwendungsrelevanten vergaberechtlichen Bestimmungen in Ziffer 3.1 der Anlage 2 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO sind in aktuellen Nebenbestimmungen die Ausnahme.
4. Die Einhaltung (gesetzlicher) vergaberechtliche Vorschriften, die primär oder ausschließlich den Wettbewerbsschutz zum Ziel haben, können durch betroffene Unternehmen mit den einschlägigen Rechtsschutzmöglichkeiten bereits effektiv und in ausreichendem Maße durchgesetzt werden.
5. Dennoch werden solche Vorschriften nach den derzeitigen Auflagen für die Verwendung von Zuwendungen zumeist zusätzlich von Zuwendungsgebern bzw. vom zuständigen Rechnungshof – oft Jahre nach Auszahlung – geprüft. Es existieren aktuell nur vereinzelte Ansätze, die Relevanz solcher Vorschriften für die Prüfung der Verwendung von Zuwendungen zu reduzieren, etwa der Verzicht auf die Prüfung eines Verstoßes gegen § 22 UVgO (Losaufteilung) in Ziffer 3.1 Anlage 2 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO. Die Länder haben diese Vorgabe bisher kaum übernommen.

Die strikte Rückforderungspraxis bei formalen Verstößen, die bestehenden Unklarheiten der

Vergabevorschriften für Zuwendungen sowie die Prüfung wettbewerbsschützender Vorschriften durch Stellen, denen originär die Sicherstellung der Einhaltung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit obliegt, bremst die Innovationsbereitschaft der öffentlichen Hand. Behörden und Institutionen zögern, innovative Projekte anzugehen, aus Angst vor möglichen, auch Jahre später noch drohenden Rückforderungen. Nicht selten wird der Weg „im Zweifel das strengst mögliche“ Verständnis einer Regelung gewählt. Besonders im Bereich großer Infrastrukturmaßnahmen kann die aktuelle Rückforderungskulisse den Erfolg ganzer Projekte gefährden. Projekte, die langfristig angelegt sind und hohe Investitionen erfordern, sind allein aufgrund ihrer Komplexität anfällig für formale Fehler, die jedoch keine wirtschaftlichen Auswirkungen haben. Zudem führt die aktuelle Handhabung zu einem erhöhten, teilweise unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand. Dies bindet Ressourcen, die besser in die Umsetzung und Überwachung der eigentlichen Projekte investiert werden könnten. Durch eine entsprechende Anpassung der Erlasslage könnte eine Balance zwischen der notwendigen Kontrolle und der Förderung von Innovation und Effizienz erreicht werden, ohne den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu missachten.

## Arbeitskreis III – Bauprozessrecht

### Arbeitskreisleiterin

Präsidentin des OLG Gudrun Schäpers, Hamm

Gudrun Schäpers ist seit 2021 Präsidentin des Oberlandesgerichts Hamm. Seit ihrer erstinstanzlichen Tätigkeit in Bausachen sowie der Erprobung in einem für Bausachen zuständigen Senat des OLG Hamm ist sie dem Baurecht besonders verbunden. Bereits beim 9. Baugerichtstag 2023 hat sie den Arbeitskreis III zum Bauprozessrecht geleitet. Neben der langjährigen Tätigkeit in erstinstanzlichen Zivilsachen bei den Landgerichten Essen und Dortmund sowie in mehreren Zivilsenaten des OLG Hamm bearbeitete sie sowohl beim Oberlandesgericht als auch im Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen in verschiedenen Führungspositionen Verwaltungssachen, zuletzt als Leiterin der Abteilung für Haushalt, Liegenschaften und Organisation der Gerichte und Staatsanwaltschaften. Bei dem Oberlandesgericht Hamm führt Frau Schäpers neben ihren Verwaltungsaufgaben den Vorsitz im 1. Zivilsenat.

### Stellvertretende Arbeitskreisleiterin und Referentin

Prof. Dr. Marie Herberger, LL.M., Bielefeld

Prof. Dr. Marie Herberger, LL.M. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Methodenlehre, Recht der Digitalisierung und Legal Tech an der Universität Bielefeld. Ihr besonderes Interesse gilt den Auswirkungen der Digitalisierung im Rechtswesen mit der Zielsetzung, die dortigen Workflows zu optimieren. Zuletzt hat sie in Zusammenarbeit mit dem Baugerichtstag eine bundesweite Umfrage zu der Frage durchgeführt, inwiefern Bauverfahren so strukturiert werden können, dass Verzögerungen vermieden werden.

### Referentin

Richterin am Oberlandesgericht Isabelle Biallaß, Hamm

Isabelle Biallaß ist seit 2024 Richterin am Oberlandesgericht in Hamm. Sie leitet seit 2023 den Think Tank Legal Tech und KI der Justiz NRW, der beim Zentralen IT-Dienstleister der Justiz NRW angesiedelt ist. Von 2019 bis 2021 war sie

an das Ministerium der Justiz des Landes NRW abgeordnet und dort für die Themen Fragen des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte, Informationssicherheit, Europäische e-Justice Projekte, KI und Legal Tech zuständig. Frau Biallaß bearbeitete während ihrer vorherigen Tätigkeit beim Amtsgericht Essen mehrere Jahre Gerichtsverwaltungssachen, u.a. führte sie als IT-Dezernentin erfolgreich Pilotprojekte des elektronischen Rechtsverkehrs durch. Sie ist Vorstandsmitglied des Deutschen EDV-Gerichtstags e.V. Mit den Themen IT-Recht, e-Justice, KI und Legal Tech befasst sie sich auch als Referentin auf Fachtagungen und Fortbildungsveranstaltungen, als Lehrbeauftragte an der TH Köln sowie als Autorin wissenschaftlicher Beiträge.

### A. Thema des Arbeitskreises

Ein Update für den Bauprozess

### B. Einführung

Bauprozesse, die sich nicht selten durch hohe Komplexität und eine vergleichsweise lange Verfahrensdauer auszeichnen, können sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht äußerst herausfordernd und anspruchsvoll sein. Häufig handelt es sich um sogenannte „Umfangsverfahren“ oder „Punktesachen“, es treten zahlreiche Beteiligte wie Bauherren, Architekten, Ingenieure, Unternehmer und Subunternehmer auf, es gibt eine Vielzahl streitiger Positionen, eine umfassende Beweisaufnahme unter Beteiligung von Sachverständigen verschiedener Fachrichtung wird notwendig und verschiedene rechtliche Fragestellungen müssen erörtert werden.

Mit zunehmender Digitalisierung bestehen zahlreiche und vielseitige Möglichkeiten, die Verfahrensabläufe zu beschleunigen und zu vereinfachen, sie also insgesamt effizienter zu gestalten. Darüber hinaus besteht das Potenzial, die Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien weniger kostenintensiv und aufwendig zu führen.

Derartige Möglichkeiten sind bspw. digitale Instrumente, insbesondere – aber nicht nur – Künstliche Intelligenz oder Virtual Reality Technologie, und eine stärkere Kooperation aller beteiligten Akteure.

Der Arbeitskreis III des Deutschen Bundesarbeitsgerichtstages hat sich bereits 2023 mit dem Thema „moderner und digitaler Bauprozesse“ befasst und die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen einer effizienteren, moderneren Verfahrensgestaltung aufgezeigt. Diese Ansätze sollen vertieft, weitergedacht und durch neue Aspekte ergänzt werden.

Im Schwerpunkt sollen denkbare Ausprägungen einer stärkeren Kooperation analysiert werden, dies auch mit Bezug auf eine verstärkte Nutzung digitaler Instrumente. Darüber hinaus soll erörtert werden, wie weit Unterstützungsleistungen durch Einsatz künstlicher Intelligenz und anderer Möglichkeiten der Digitalisierung gehen dürfen und welche Unterstützungsleistungen sinnvoll sind.

Diesen Potentialen stehen gleichzeitig hohe tatsächliche, insbesondere technologische, und rechtliche Herausforderungen gegenüber, die ebenfalls beleuchtet werden sollen. Die Möglichkeiten müssen tatsächlich umsetzbar sein und rechtlich anerkannt werden. Sie müssen stets in einem Rahmen gedacht und entwickelt werden, der den rechtsstaatlichen Prinzipien und Anforderungen der Zivilprozessordnung entspricht. Deshalb soll innerhalb des Arbeitskreises zusätzlich die Frage aufgegriffen werden, ob rechtliche Rahmen hier gewandelt oder angepasst werden müssen.

### C. These von Prof. Dr. Marie Herberger, LL.M.

#### These 1:

Die Abläufe im Bauprozess sollten unter den Bedingungen der Digitalisierung dahingehend ausgestaltet werden, dass das Potential der Kooperation zwischen allen beteiligten Akteuren soweit als möglich ausgeschöpft wird.

#### Begründung:

In Bauprozessen treffen – wie auch in anderen Prozessen – kooperative und nicht-kooperative (konfrontative) – Verhaltensnotwendigkeiten aufeinander. Die Digitalisierung eröffnet im kooperativen Bereich eine Fülle von Chancen der effektiven Zusammenarbeit im Interesse aller Prozessbeteiligten. Die Effizienz einer derartigen Kooperation hängt von vielen Einzelelementen ab, die bspw. wie folgt aussehen können.

#### 1. Elektronische Kooperationsplattform

Für die Realisierung des Grundgedankens einer Kooperation bietet sich im Zeitalter der Digitalisierung die Einrichtung einer gemeinsamen Plattform an. Dadurch kann – bei geeigneter Organisation – sichergestellt werden, dass relevante Informationen in systematisch geordneter Weise für alle beteiligten Akteure zur Verfügung stehen. Gleichzeitig wird so die Notwendigkeit von Akteneinsichtsgesuchen obsolet, da der gesamte Akteninhalt an einem Platz zusammengefasst ist und zum jederzeitigen Abruf zur Verfügung steht.

#### 2. Strukturierter maschinenlesbarer Datensatz

Automatisierte Auswertungsmöglichkeiten führen zu Entlastung und liegen somit im Kooperationsinteresse aller beteiligten Akteure. Als Anknüpfungspunkt für diese Überlegung kommt § 2 Abs. 3 ERVV in Betracht, wonach elektronischen Dokumenten ein strukturierter maschinenlesbarer Datensatz im Dateiformat XML beigelegt werden „soll“, der bestimmten Definitions- oder Schemadateien entspricht und bestimmte Angaben beinhaltet. Eine „Soll“-Vorschrift ist nicht geeignet, die insoweit grundsätzlich für notwendig erkannte Homogenität zu gewährleisten. Die „Soll“-Vorschrift ist deshalb in eine „Muss“-Vorschrift umzugestalten. Außerdem ist der Katalog für die notwendigen Inhalte der maschinenlesbaren Datensätze zu erweitern, bspw. um ein Feld für Anträge.

#### 3. Ersatzeinreichung

Eine effektive, kooperativ angelegte Bearbeitung der relevanten Prozessdokumente setzt voraus, dass diese als elektronisches Dokument vorliegen. Die Ersatzeinreichung nach § 130d Satz 2 ZPO führt dazu, dass Akteninhalte nicht in elektronischer Form bei Gericht eingehen können. Deshalb sollte in § 130d Satz 3 ZPO festgelegt werden, dass nicht nur auf Anforderung ein elektronisches Dokument nachzureichen ist. Vielmehr ist insofern eine generelle Verpflichtung zu normieren.

#### 4. Datei-Ebene

Effektive Kooperation setzt einen möglichst effektiven Workflow auch auf Datei-Ebene voraus. In § 2 Abs. 1 Satz 1 ERVV in der Fassung vom 24.11.2017 war noch vorgesehen, dass elektronische Dokumente in druckbarer, kopierbarer und, soweit technisch möglich, durchsuchbarer Form im

Dateiformat PDF zu übermitteln sind. Heute ist in § 2 Abs. 1 Satz 1 ERVV nur noch festgelegt, dass elektronische Dokumente im Dateiformat PDF zu übermitteln sind. Dies hat zur Konsequenz, dass die Möglichkeit einer Gesamtsuche im relevanten Informationsbestand nicht garantiert ist. Deshalb muss die frühere Anforderung der Durchsuchbarkeit normativ wiederhergestellt werden.

### 5. Reziprozität im Anwalts-Gerichts-Verhältnis

Kooperation betrifft nicht nur die Kommunikationsrichtung von Anwalt zu Gericht, sondern auch den Rückkanal vom Gericht zum Anwalt. Insofern ist sicherzustellen, dass eine papiergebundene Kommunikation von den Gerichten hin zu den Anwälten weitestgehend ausgeschlossen wird.

### 6. Einsatz künstlicher Intelligenz

Durch die geschilderten kooperativen Ansätze kann die Fehlerträchtigkeit auf der Input-Seite minimiert werden, mit der Folge, dass nachgeschaltet im Workflow ein Einsatz von Künstlicher Intelligenz nur noch in einer reduzierten Weise erwogen werden muss.

### D. Thesen von Richterin am Oberlandesgericht Isabelle Biallaß

#### These 1:

KI wird auch die anwaltliche Tätigkeit in Bauprozessen verändern.

#### Begründung:

Die Thesen 1. und 2. bauen auf der 4. Empfehlung des Arbeitskreises III – Bauprozessrecht des 9. Baugerichtstags 2023 auf. Unter Berücksichtigung der aktuellen technischen Entwicklungen sollen die Möglichkeiten und Grenzen von Künstlicher Intelligenz weiter ausgeschärft werden.

Nach der Veröffentlichung von ChatGPT 3.5 am 30.11.2022 wurde deutlich, dass seine semantischen Fähigkeiten ein Niveau erreichen, das auch eine Arbeit mit juristischen Texten möglich macht. Seitdem sind zahlreiche Anwendungen, die Anwälten den Einsatz von generativer KI gestatten, auch auf dem deutschsprachigen Markt verfügbar. Sie nutzen vielfach Retrieval-Augmented Generation (RAG), d.h. für die Ausgaben wird auf

Informationen aus externen, verlässlichen Quellen statt auf die Trainingsdaten des Modells zurückgegriffen. Auch juristische Verlage, wie Wolters Kluwer, der Otto-Schmidt-Verlag, juris und beck-online, bieten mittlerweile KI-basierte Funktionen an. Besonderes Aufsehen hat „Frag den Grüneberg“ auf sich gezogen, da auf den Grüneberg sowie auf mehr als 250.000 im Grüneberg zitierte Fundstellen bei beck-online als Wissensbasis zugegriffen werden kann.

Während die Unterstützung durch KI in der Vergangenheit insbesondere in Bezug auf sog. Massenverfahren diskutiert wurde, ist durch die fortschreitende technische Entwicklung und das damit einhergehende Medienecho zu erwarten, dass künftig auch in Bauprozessen KI eingesetzt wird.

Denkbar ist, dass Anwälte bei der Erstellung ihrer Schriftsätze und der Auswertung der gegnerischen Schriftsätze KI einsetzen. Hierdurch besteht die Gefahr, dass Schriftsätze nicht mehr vollständig selbst gelesen werden und die Parteien aneinander vorbei kommunizieren. Des Weiteren besteht insbesondere bei der Nutzung von KI – ohne das relevante Wissen über die Funktionsweise – das Risiko von rechtlich unzutreffenden Angaben, die Gefahr von Fehlzitataten und von falschen Verweisen. Zudem könnten in Schriftsätzen versteckte Arbeitsanweisungen an das durch die Gegenseite oder das Gericht eingesetzte KI-System verborgen werden, die bspw. durch die Verwendung von weißer Schrift auf weißem Grund für das menschliche Auge nicht sichtbar sind.

Um zu verhindern, dass die neuen Möglichkeiten die Qualität der Kommunikation im Bauprozess senken, sollte diskutiert werden, ob mit den neuen technischen Möglichkeiten auch neue Pflichten einhergehen sollten. Ein Anhaltspunkt hierfür könnte die in Art. 4 KI-VO geforderte KI-Kompetenz sein. Denkbar wäre auch eine Transparenzpflicht über den Einsatz von KI oder die Ausstellung von weitergehenden berufsrechtlichen Pflichten. Welche Maßnahmen auf Seiten der Gerichte denkbar sind, wird in These 2 untersucht.

#### These 2:

Um den Einsatz von KI in der Justiz zu ermöglichen, sollten die Anforderungen an eine

eigenverantwortliche Erarbeitung des Sach- und Streitstands durch den Richter nicht aufgeweicht werden. Der Einsatz von KI-Systemen zur Unterstützung im Kernbereich richterlicher Tätigkeit setzt voraus, dass ihre Ergebnisse transparent sind.

**Begründung:**

Aktuell wird in der Literatur diskutiert, ob auch und inwiefern Gerichte generative Künstliche Intelligenz im Rahmen ihrer Tätigkeit nutzen dürften. Die Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs haben sich bereits 2022 in ihrem Grundlagenpapier zum Einsatz von KI und algorithmischen Systemen in der Justiz<sup>1</sup> mit dem Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Justiz befasst und festgestellt, dass die Grenzen für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Justiz durch nationales und europäisches Recht gezogen werden.

Auch in der 4. Empfehlung des Arbeitskreises III – Bauprozessrecht des 9. Baugerichtstags 2023 wurde klargestellt, dass der Einsatz von Künstlicher Intelligenz an die Einhaltung von ihn begrenzenden Voraussetzungen geknüpft werden muss. Die Empfehlung lautet: „Der DBGT begrüßt den Einsatz von KI unter folgenden Voraussetzungen: Die Entscheidungsfindung muss als Kernbereich rechtssprechender Gewalt Richterinnen und Richtern vorbehalten bleiben. Allein bei der Vorbereitung der Entscheidungsfindung, bspw. durch Strukturierung, Recherche oder Textvergleiche, kann KI unterstützende Beiträge leisten. Dazu bedarf es einer regelmäßigen Sensibilisierung. Richterinnen und Richter müssen die für ihre Entscheidungsfindung und -begründung relevanten Faktoren vollständig und selbstständig nachvollzogen und durchdrungen haben.“

Immer wieder wird jedoch diskutiert, ob das in dem Grundlagenpapier und auch in der Empfehlung aufgestellte Transparenzerfordernis aufgeweicht werden könnte, da hierdurch die Einsatzmöglichkeiten von Künstlicher Intelligenz erheblich eingeschränkt würden. So kann KI zur Zusammenfassung eines Schriftsatzes eingesetzt werden, zugleich wäre die Richterinnen oder der Richter jedoch nach heute wohl herrschender Meinung verpflichtet,

den Schriftsatz selbst einmal vollständig zu lesen und seine Inhalte nachzuvollziehen, um zu prüfen, ob alle relevanten Inhalte in die Zusammenfassung aufgenommen wurden.

Insofern soll diskutiert werden, ob Richterinnen und Richter sich künftig in der ersten Instanz auf die Ergebnisse eines KI-Systems, dessen Ergebnisse bei Tests eine hinreichend hohe Qualität hatten, verlassen dürfen. Gegen eine derartige Annahme spricht, dass die Erarbeitung des streitrelevanten Sachverhalts eine ureigene richterliche Aufgabe ist, die nicht abgegeben werden kann.

**These 3:**

Als Alternative zum Einsatz von KI zur Erfassung des Prozessstoffs kommt der Einsatz von Strukturierungsvorgaben in Betracht.

**Begründung:**

These 3 baut auf der 1. Empfehlung des Arbeitskreises III – Bauprozessrecht des 9. Baugerichtstags 2023 und auf den Überlegungen in These 2 zu den Grenzen des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz auf. Die 1. Empfehlung lautete „Der DBGT empfiehlt, geeignete Wege für eine Strukturierung des Prozessstoffs zu erproben. Die anwaltlichen Vortragsmöglichkeiten dürfen inhaltlich dadurch nicht beschränkt werden. Die Darstellung kann in einem geeigneten digitalen Dokument mit vorgegebener Struktur erfolgen, auf das alle Beteiligten zugreifen können. Diese alternative Form des Vortrags findet nur im Einvernehmen der Parteien und des Gerichts statt.“

Wie unter These 2 diskutiert, stoßen die Möglichkeiten zum Einsatz von Künstlicher Intelligenz zur Erfassung des Prozessstoffs an Grenzen, soweit man die bislang selbstverständlichen Anforderungen an den Umfang der richterlichen Tätigkeit nicht grundlegend in Frage stellt. Eine Alternative zur Ermöglichung einer schnelleren Durchdringung des Prozessstoffs trotz immer komplexer werdender Lebenssachverhalte, wäre es, Strukturierungsvorgaben zu machen.

<sup>1</sup> [https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/einsatz\\_von\\_ki\\_und\\_algorithmischen\\_systemen\\_in\\_der\\_justiz.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/einsatz_von_ki_und_algorithmischen_systemen_in_der_justiz.pdf).

Überlegungen hierzu können auf Erkenntnisse aus dem Reallabor zur Erprobung eines digital aufbereiteten Parteivortrags des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, des Niedersächsischen Justizministeriums und der Universität Regensburg aufbauen.<sup>2</sup>

Der Hintergedanke dieses Ansatzes ist es, die durch die Digitalisierung entstandenen Möglichkeiten vollumfänglich nutzbar zu machen. Statt wie bisher in asynchroner Kommunikation PDFs auszutauschen, soll gemeinsam in einem Dokument gearbeitet werden. Durch die hiermit verbundenen Möglichkeiten einer logischen Anordnung und erleichterten Bezugnahme (bspw. können Anlagen unmittelbar mit dem Beweisangebot verknüpft werden) soll eine gesteigerte Übersichtlichkeit erreicht werden, von der Rechtsanwälte und Gericht profitieren. Doppelter Vortrag wird so vermieden. Wirksames Bestreiten des Vortrags könnte jedoch künftig daran geknüpft werden, dass es der gegnerischen Tatsachenbehauptung unmittelbar gegenübergestellt bzw. mit ihr verknüpft wird. Richterliche Hinweise können an passender Stelle angebracht werden. Das Dokument ermöglicht es den Nutzern, zwischen verschiedenen Darstellungsformen zu wählen, z.B. einer Relationsansicht oder dem Verschieben einzelner Punkte zur Arbeitserleichterung. Strukturvorgaben für den Aufbau oder die Gliederung des Vortrags wären denkbar, sind jedoch bei diesem Ansatz nicht zwingend.

Die Nutzung eines solchen Basisdokuments könnte an Erprobungsbehörden verpflichtend werden (zu ähnlichen Planungen in einem anderen Fall, siehe den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entwicklung und Erprobung eines Online-Verfahrens in der Zivilgerichtsbarkeit [OVERpG]).

#### These 4:

Bei fortschreitender Verbesserung der Verfügbarkeit von Virtual Reality Technologie hat diese das Potenzial, Ortstermine zu ersetzen oder an Stelle von Bildern einen konkreteren Eindruck von Beweistatsachen zu ermöglichen.

#### Begründung:

Eine VR-Simulation ermöglicht die dreidimensionale Wahrnehmung von virtuellen Bildern i.d.R. über eine VR-Brille. In Deutschland wurde bislang in den Medien über Anwendungsfälle aus aufsehenerregenden Strafverfahren berichtet, z.B. über eine VR-Rekonstruktion des Konzentrationslagers Auschwitz-Birkenau im Strafverfahren gegen den ehemaligen KZ-Aufseher Reinhold Hanning oder die Augenscheinnahme des Tatorts im Falle der sog. „Polizisten-Morde von Kusel“.

Bei künftiger weiterer Verbreitung und günstigerer Verfügbarkeit der notwendigen Technik, gilt es jedoch kritisch zu hinterfragen, ob auch eine Entscheidung im Bauprozess sinnvoll sein könnte. So wäre es bspw. denkbar, den jeweiligen streitentscheidenden Baustand virtuell „einzufrieren“.<sup>3</sup> Hierdurch könnten Ortstermine des Gerichts und des Sachverständigen ersetzt werden. Die Aussagekraft von Virtual Reality Dokumentation würde über die von Bildern deutlich hinausgehen.

<sup>2</sup> Abschlussbericht, [https://www.uni-regensburg.de/assets/forschung/reallabor-parteeivortrag-im-zivilprozess/Abschlussbericht\\_2024-07-24.pdf](https://www.uni-regensburg.de/assets/forschung/reallabor-parteeivortrag-im-zivilprozess/Abschlussbericht_2024-07-24.pdf).

<sup>3</sup> Heetkamp/Leeb/Schlicht, jM 2024, 44 (45).

## Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

### Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach

RA Prof. Dr. Heiko Fuchs ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner in der Kanzlei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB mit Büros in Berlin, Brüssel, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Hamburg, Köln, Mönchengladbach und München sowie Honorarprofessor für Bauvertragsrecht an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sein Arbeitsschwerpunkt liegt neben dem Architekten- und Ingenieurrecht auf dem Gebiet des juristischen Projektmanagements für mittlere und große Bauvorhaben privater und öffentlicher Auftraggeber sowie innovativen Projektentwicklungsmodellen. Prof. Dr. Fuchs ist durch zahlreiche Seminare und Veröffentlichungen zum Bauvertrags- und Architektenrecht bekannt. Er ist Schriftleiter der NZBau, Mitherausgeber des Beck'schen HOAI- und Architektenrechtskommentars Fuchs/Berger/Seifert und kommentiert das Architekten- und Ingenieurvertragsrecht im BeckOK Bauvertragsrecht Leupertz/Preussner/Sienz.

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert, Würzburg

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert ist Architekt und seit 1998 öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger mit Büro in Würzburg. Von 2013 bis 2023 war er Lehrbeauftragter an der Hochschule für Technik in Stuttgart. Bis zur 8. Auflage war er Mitautor des HOAI-Kommentars Korbion/Mantscheff/Vygen, ist Mitherausgeber und Mitautor des Kommentars Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, Mitautor von verschiedenen weiteren Buchveröffentlichungen und Autor zahlreicher Aufsätze und Urteilsanmerkungen. Er ist Mitherausgeber und ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift IBR und Mitarbeiter für ziviles

Baurecht der Zeitschrift BauR. Herr Seifert ist Leiter und Mitglied verschiedener Fachgremien und Fachausschüsse. Er ist langjähriger Referent insbesondere für die Themenbereiche „Honorare“ und „Kostenplanung“.

### Referenten

Markus Ernst, Stuttgart

Diplom-Ingenieur/freier Architekt

Gründer und Vorstand ERNST<sup>2</sup> Architekten AG

1997 Dipl.-Ing. Architektur

1991–1996 studentischer Mitarbeiter in Stuttgarter Architekturbüros

1998 Gründung ERNST<sup>2</sup> Architekten GdbR mit Zwillingbruder Stefan Ernst

Schwerpunkt Leistungsphasen 6–8 HOAI

2012 Umwandlung in ERNST<sup>2</sup> Architekten AG, seitdem Vorstand neben Vorstand Stefan Ernst und Vorstand Olaf Sachtler

Aktuell: ca. 550 Mitarbeiter an über 22 Standorten in Deutschland

Weiterhin Schwerpunkt Leistungsphasen 6–8 HOAI

Thomas Ryll, Ludwigshafen/Rhein

RA Thomas Ryll ist bei der id Verlags GmbH verantwortlich für den Verlagsbereich „Architekten und Ingenieure“ und Schriftleiter der verlagseigenen Zeitschrift „IBR Immobilien- und Baurecht“. Daneben ist er tätig als Syndikusrechtsanwalt im Vertrags- und Nachtragsmanagement bei der sander.hofrichter architekten GmbH, einem der größten Architektur- und Generalplanungsbüros in Deutschland. RA Ryll ist als Referent und Autor auf dem Gebiet des Architekten- und Ingenieurrechts aktiv.

Dr. Walter Klein, Köln

RA Dr. Walter Klein ist Partner der Sozietät Loschelder in Köln. Er ist schwerpunktmäßig im Architekten- und Ingenieurrecht sowie im Rahmen von baubegleitender Rechtsberatung von Großprojekten tätig. Walter Klein ist außerdem Referent bei Seminarveranstaltungen und Autor verschiedener Kommentierungen; er ist Lehrbeauftragter für Architekten- und Ingenieurrecht.

### A. Thema des Arbeitskreises

Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zur Präzisierung des Inhalts und Umfangs der Überwachungspflicht von Architekten und Ingenieuren?

### B. Einführung von RA Prof. Dr. Heiko Fuchs und Dipl.-Ing. (FH) Architekt Werner Seifert

über|wa|chen, schwaches Verb, Bedeutung: 1. genau verfolgen, was jemand (der verdächtig ist) tut; jemanden, etwas durch ständiges Beobachten kontrollieren; 2. beobachtend, kontrollierend für den richtigen Ablauf einer Sache sorgen; darauf achten, dass in einem bestimmten Bereich alles mit rechten Dingen zugeht.<sup>1</sup>

Was der DUDEN eingängig definiert, ist im Vertragsrecht der Architekten und Ingenieure keineswegs abschließend geklärt. Der genaue Inhalt und Umfang von vertraglich übernommenen Überwachungspflichten ist Gegenstand zahlloser Gerichtsentscheidungen und rechtswissenschaftlicher Veröffentlichungen. Und dennoch hat der hiesige Arbeitskreis IV des 3. Deutschen Baugerichtstags im Jahr 2010 einstimmig folgende Empfehlung<sup>2</sup> beschlossen:

Der Baugerichtstag spricht sich dafür aus, die mit der gesamtschuldnerischen Haftung der Architekten und Ingenieure gemeinsam mit den Unternehmern im Überwachungsbereich verbundenen Probleme umfassend zu untersuchen und sach- und interessengerechten Lösungen zuzuführen. Dabei sind materiell-rechtliche, versicherungsrechtliche, vergaberechtliche und prozessuale Aspekte zu bearbeiten.

Diese Empfehlung ist in ihrem zeitlichen Kontext zu würdigen. Das 2018 in Kraft getretene „Neue Bauvertragsrecht“ im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) mit dem neu geschaffenen Vertragstyp des Architekten- und Ingenieurvertrags<sup>3</sup> war noch nicht einmal am Horizont zu erkennen. Allerdings war die Überwachung von Bauleistungen seit der im Jahr 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung<sup>4</sup> bereits in den Regelungen über die Verjährung von Mängelansprüchen im Werkvertragsrecht angesprochen, genauer in § 634a Abs. Nr. 2 BGB, wo für Leistungen für ein Bauwerk und ein Werk, „dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht“, eine Verjährungsfrist von fünf Jahren nach Abnahme vorgesehen war (und bis heute vorgesehen ist). Aber auch zuvor zählte die Überwachung von Bauleistungen zu den im BGB nicht geregelten, aber von der Rechtsprechung angenommenen vertragstypischen Pflichten eines Architekten oder Ingenieurs. Diese wurden vom Reichsgericht zunächst dem Recht des Dienstvertrags zugeordnet, wobei es sich der Auffassung des Architekten, er „übernehme es allerdings nicht, dass das Haus zustande komme, sondern lediglich, dass das Zustandekommen des Hauses nicht an mangelnder Bauleitung scheitere“, nicht angeschlossen hat.<sup>5</sup> Später hat der Bundesgerichtshof selbst den nur die Überwachung (auf der Grundlage von § 19 Abs. 4 GOA: „Aufgaben des örtlichen Bauführers“) und nicht die Planung umfassenden Architektenvertrag dem Werkvertragsrecht zugeordnet.<sup>6</sup>

1 DUDEN online, <https://www.duden.de/rechtsschreibung/ueberwachen>, zuletzt abgerufen am 02.01.2025.

2 Mit ausführlicher Begründung veröffentlicht in BauR 2010, 1381 ff.

3 Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren v. 28.04.2017, BGBl. I 2017 S. 969 ff.

4 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I 2011 S. 3138 ff.

5 RG, Urt. v. 18.05.1906 – VII ZR 435/05.

6 BGH, Urt. v. 22.10.1981 – VII ZR 310/79.

Im Preisrecht der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) war die Überwachung von Bauleistungen seit ihrem erstmaligen Inkrafttreten am 01.01.1977 in den meisten Leistungsbildern als Grundleistung erfasst, vgl. für die Objektplanung für Gebäude bspw. § 15 Abs. 2 Nr. 8 HOAI 1977. Bis zur aktuellen, am 01.01.2021 in Kraft getretenen Fassung der HOAI ist die betroffene Grundleistung im Leistungsbild Objektplanung Gebäude und Innenräume im Kern unverändert geblieben und lautet:

„Überwachen der Ausführung des Objektes auf Übereinstimmung mit der öffentlich-rechtlichen Genehmigung oder Zustimmung, den Verträgen mit ausführenden Unternehmen, den Ausführungsunterlagen, den einschlägigen Vorschriften sowie mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik“

Im Vergleich zur Fassung 1977 wurde der Überwachungsmaßstab lediglich hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Genehmigung (anstatt Baugenehmigung) und der neu hinzugefügten Verträge mit den ausführenden Unternehmen geändert. Die übrigen Leistungsbilder der aktuellen HOAI weisen vergleichbare Grund- oder Besondere Leistungen der Überwachung auf.<sup>7</sup> Allen diesen Gebührentatbeständen ist gemein, dass sie zwar den Maßstab der vom Honorar abgegoltenen Überwachung konkretisieren, aber nicht deren Inhalt oder Umfang. Soweit die Parteien daher zur Konkretisierung des vom Architekten oder Ingenieur geschuldeten Leistungsumfangs vertraglich auf diese Grund- oder Besonderen Leistungen verweisen, erledigt sich dadurch die Empfehlung des 3. Deutschen Baugerichtstags nicht.

Dies gilt auch nach Inkrafttreten des Neuen Bauvertragsrechts zum 01.01.2018. Dort ist die Überwachung in den Regelungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag zweifach angesprochen. Einmal bei der Definition der vertragstypischen Pflichten eines solchen Vertrags in § 650p Abs. 1 BGB sowie im Zusammenhang mit der sog. Zielfindungsphase nach Abs. 2 dieser Vorschrift:

„(1) Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführ-

ung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

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

Zum Anderen unter der Überschrift „Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer“ in § 650t BGB:

„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.“

Ansonsten kennt das BGB den Begriff der Überwachung in vergleichbarem Kontext nicht.<sup>8</sup> Aber auch die neu hinzugefügten, vorzitierten Regelungen klären den Inhalt oder Umfang von Überwachungspflichten nicht. In § 650p BGB ist lediglich von „Überwachungszielen“ die Rede,

7 Objektplanung Freianlagen (Anlage 11 LPH 8 a), Objektplanung Ingenieurbauwerke (Anlage 12 LPH 8 Besondere Leistung „örtliche Bauüberwachung“), Objektplanung Verkehrsanlagen (Anlage 13 LPH 8 Besondere Leistung „örtliche Bauüberwachung“), Fachplanung Tragwerksplanung (Anlage 14 LPH 8 Besondere Leistungen, insb. „Ingenieurtechnische Kontrolle der Ausführung des Tragwerks auf Übereinstimmung mit den geprüften statischen Unterlagen“, diese sollen mit der kommenden HOAI-Novelle ggf. als Grundleistungen geregelt werden) sowie Fachplanung Technische Ausrüstung (Anlage 15 LPH 8 Grundleistung a). Von den weiteren Fachplanungs- und Beratungsleistungen der Anlage 1 umfasst nur das Leistungsbild Bauphysik annähernd vergleichbare Besondere Leistungen, nicht hingegen die Leistungsbilder der Flächenplanung gem. Teil 2 der HOAI.

8 Erwähnung findet er lediglich in § 75 BGB („Eintragung bei Insolvenz“) bei der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans.

also dem Werkerfolg gem. § 631 Abs. 2 BGB, der bei vertragsgemäßer Überwachung eintreten soll. Wie diese auszugestalten ist, wird in Abs. 1 nur mittelbar angedeutet. Danach ist für einen Architekten- oder Ingenieurvertrag typisch, dass der Unternehmer die „nach dem Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlichen Leistungen“ zu erbringen hat. Welche das genau sind, lässt die Vorschrift indes offen. § 650t BGB setzt demgegenüber einen Überwachungsfehler voraus, der zwar in einer bezüglich des Inhalts oder Umfangs unzureichenden Überwachung besteht, der aber in der Norm ebenfalls nicht näher konkretisiert wird.

Die berechnete Frage, wie ein Architekt oder Ingenieur eine vertragskonforme Überwachung zu erbringen hat, kann daher weder anhand des BGB noch der HOAI beantwortet werden.

Die höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung stellt in einer kaum zu überblickenden Fülle an Entscheidungen hohe Anforderungen an Inhalt und Umfang der Überwachungspflichten der Architekten und Ingenieure. Dazu heißt es beim Bundesgerichtshof<sup>9</sup> bspw. grundlegend:

„Der die Bauaufsicht führende Architekt ist nicht verpflichtet, sich ständig auf der Baustelle aufzuhalten. Er muss jedoch die Arbeiten in angemessener und zumutbarer Weise überwachen und sich durch häufige Kontrollen vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt werden. Bei wichtigen oder kritischen Baumaßnahmen, die erfahrungsgemäß ein hohes Mangelrisiko aufweisen, ist der Architekt zu erhöhter Aufmerksamkeit und zu einer intensiveren Wahrnehmung der Bauaufsicht verpflichtet.“

Dementsprechend erwähnt die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung zwar laufend sog. „handwerkliche Selbstverständlichkeiten“, bei denen eine geringere Überwachungsintensität gerechtfertigt sei, ohne den überwachenden Planer im jeweiligen Einzelfall aber mit dieser Begründung aus der Haftung zu entlassen.<sup>10</sup>

Natürlich bleibt es den Parteien eines Architekten- oder Ingenieurvertrags unbenommen, die Leistungspflichten des Unternehmers zu konkretisieren. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass sich die eigene Haftung am besten dadurch

begrenzen lasse, dass man nicht mehr verspreche, als man halten könne.<sup>11</sup> Doch in der Praxis ist festzustellen, dass die vom Architekten oder Ingenieur zu erbringenden Leistungen allenfalls durch vertraglichen Verweis auf die Leistungsbilder der HOAI konkretisiert werden, nur sehr selten auch darüber hinaus oder auch abweichend davon. Dabei könnte an § 4 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B angeknüpft werden, also Regelungen, die regelmäßig zwischen Besteller und ausführendem Unternehmer vereinbart werden. Dort heißt es:

„2. Der Auftraggeber hat das Recht, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung zu überwachen. Hierzu hat er Zutritt zu den Arbeitsplätzen, Werkstätten und Lagerräumen, wo die vertragliche Leistung oder Teile von ihr hergestellt oder die hierfür bestimmten Stoffe und Bauteile gelagert werden. Auf Verlangen sind ihm die Werkzeichnungen oder andere Ausführungsunterlagen sowie die Ergebnisse von Güteprüfungen zur Einsicht vorzulegen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, wenn hierdurch keine Geschäftsgeheimnisse preisgegeben werden. Als Geschäftsgeheimnis bezeichnete Auskünfte und Unterlagen hat er vertraulich zu behandeln.“

3. Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (Absatz 2) Anordnungen zu treffen, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind. Die Anordnungen sind grundsätzlich nur dem Auftragnehmer oder seinem für die Leitung der Ausführung bestellten Vertreter zu erteilen, außer wenn Gefahr im Verzug ist. Dem Auftraggeber ist mitzuteilen, wer jeweils als Vertreter des Auftragnehmers für die Leitung der Ausführung bestellt ist.“

Ein vertraglicher Verweis im Architekten- oder Ingenieurvertrag auf diese Klauseln würde indes dem überwachenden Planer nur (aber immerhin) die zur Überwachung erforderlichen Rechte gegenüber dem Ausführenden einräumen, die der Besteller mit diesem vereinbart hat, Inhalt und

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 09.09.2000 – VII ZR 362/99.

<sup>10</sup> Jüngst bspw. OLG Frankfurt, Urt. v. 16.09.2024 – 29 U 61/23.

<sup>11</sup> Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, HOAI, 9. Aufl., Einl. Rdnr. 31.

Umfang der Überwachungspflicht aber nicht näher konkretisieren.

Der bevorstehende 10. Deutsche Baugerichtstag hat es sich daher zur Aufgabe gemacht, die bis heute aktuelle Empfehlung des 3. Deutschen Baugerichtstags aufzugreifen und umzusetzen. Unter dem Thema

„Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zur Präzisierung des Inhalts und Umfangs der Überwachungspflicht von Architekten und Ingenieuren?“

sollen sowohl das „Ob“ als auch das „Wo“ und das „Wie“ einer gesetzlichen Konkretisierung der Überwachungspflicht diskutiert werden. Nach dem aktuellen Bauschadensbericht des Bauherrenschutzbundes,<sup>12</sup> der auf einer Auswertung bei einer großen Architektenhaftpflichtversicherung gemeldeter Schäden beruht, stellt die Kombination aus Planungs- und Überwachungsfehler mit 39,9 % die mit Abstand häufigste Schadensursache dar, reine Überwachungsfehler haben aber mit 16,8 % einen über die ausgewerteten Jahrzehnte stabil hohen Anteil an den Ursachen. Eine Konkretisierung von Inhalt und Umfang der Überwachungspflicht und damit auch der Annahme eines Überwachungsfehlers ist daher für die betroffenen Architekten und Ingenieure sowie deren Haftpflichtversicherer von hoher wirtschaftlicher Relevanz.

Dabei sollen nicht alle Grundleistungen, welche die HOAI der Leistungsphase 8 „Objektüberwachung und Dokumentation“ zuordnet, betrachtet werden, wie bspw. die Koordination der an der Objektüberwachung fachlich Beteiligten oder das Aufstellen, Fortschreiben und Überwachen eines Terminplans, solange diese nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Überwachung im Sinne einer die Ausführungsqualität sichernden Leistung stehen. Im Fokus stehen also Leistungen einer externen Qualitätssicherung, welche die Pflicht des Ausführenden, eine eigene Qualitätssicherung zu betreiben, unberührt lässt. Denn der Ausführende hat nach § 633 Abs. 1 BGB zunächst sein herzustellendes Werk dem Besteller frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. In der (mit dem Ausführenden zu vereinbarenden) VOB/B ist diese Verantwortung in § 4 Abs. 2 Nr. 1 wie folgt konkretisiert:

„Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten. Es ist seine Sache, die Ausführung seiner vertraglichen Leistung zu leiten und für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen.“

Wegen dieser Pflicht zur Leitung und damit Qualitätssicherung der eigenen Leistung ist auch rechtlich anerkannt, dass der Ausführende dem Besteller bei mangelhaften Bauleistungen nicht ein Mitverschulden wegen unzureichender Aufsicht des Architekten entgegenhalten kann. Denn der Besteller schuldet dem Ausführenden keine Bauaufsicht und der Architekt kann deshalb insoweit nicht sein Erfüllungsgehilfe sein.<sup>13</sup> Dass Besteller oder auch Ausführender in der Praxis von dem mit der Überwachung beauftragten Architekten oder Ingenieur die Leitung der vertraglichen Leistung des Ausführenden einfordern, ist mit der vorstehend skizzierten Pflichtenlage daher nicht in Übereinstimmung zu bringen.

Ein Nebeneinander von Eigen- und Fremdüberwachung zum Zwecke der Qualitätssicherung ist für bestimmte Bauleistungen in technischen Normen geregelt, bspw. für Betoninstantsetzungen.<sup>14</sup> Dort dient die Fremdüberwachung allerdings in erster Linie der Sicherstellung einer angemessenen Eigenüberwachung des Ausführenden, nicht der Mangelfreiheit des Bauwerks selbst,<sup>15</sup> und bleibt daher deutlich hinter der *de lege lata* von der Rechtsprechung konturierten Überwachungspflicht der Architekten oder Ingenieure zurück. Andere Vertragstypen kennen entweder eine standardisierte Fremdüberwachung nicht oder allenfalls in nicht mit der Objektüberwachung vergleichbarem Kontext, wie bspw. die Fremd-

12 Entwicklung der Bauschäden und Bauschadenskosten – Update 2022, Stand 2022, abrufbar unter [https://www.bsb-ev.de/fileadmin/user\\_upload/1\\_Startseite/Politik\\_und\\_Presse/Analysen\\_und\\_Studien/Bauschadenbericht\\_Update\\_2022.pdf](https://www.bsb-ev.de/fileadmin/user_upload/1_Startseite/Politik_und_Presse/Analysen_und_Studien/Bauschadenbericht_Update_2022.pdf), zuletzt abgerufen am 02.01.2025.

13 St. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2002 – VII ZR 70/01.

14 Dazu ausf. Motzke in Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 181 ff.

15 Motzke, a.a.O., Rdnr. 185.

überwachung bei der Herstellung von Medizinprodukten.<sup>16</sup>

Generell – und zwar leistungsbildübergreifend – werden auf dem weiten Feld der Ausführungsüberwachung und Bauleitung unterschiedliche Begriffe verwendet. Obwohl hier in der Praxis mitunter sprachliche Vermischungen vorgenommen werden, sind verschiedene Funktionen sorgfältig auseinanderzuhalten: Die Bauoberleitung ist die Leistungsphase 8 der Leistungsbilder Objektplanung Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen, dabei handelt es sich um die Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung. Diese ist wiederum Besondere Leistung der vorgenannten Leistungsbilder, dort auch mit näherer Aufgabendefinition. Mit Objektüberwachung oder Bauüberwachung werden gemeinhin die Leistungen der Leistungsphase 8 der Leistungsbilder Objektplanung Gebäude und Innenräume, Objektplanung Freianlagen und der Fachplanung Technische Ausrüstung angesprochen. Die Gebührenordnung für Architekten (GOA, bis 1976) kannte noch eine „Oberleitung“ (§ 19 Abs. 1g) und eine „Bauführung“ bzw. „Örtliche Bauaufsicht“ (§ 19 Abs. 4 GOA). Die Künstlerische Oberleitung ist das Überwachen der Herstellung des Objekts (lediglich hinsichtlich der Einzelheiten der Gestaltung. Sie war zunächst in § 19 Abs. 1f) GOA und dann in § 15 Abs. 3 HOAI 1996 geregelt. Seit der HOAI 2009 ist sie gänzlich entfallen. Als „Bauleiter“ wird häufig die im bauausführenden Unternehmen unternehmensintern mit der Bau(eigen)überwachung betraute Person bezeichnet (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B: „für die Leitung der Ausführung bestellter Vertreter“), aber auch die mit der Objektüberwachung betraute Person. In beiden Fällen wird die Funktionsbezeichnung nicht stets als (strenger) Rechtsbegriff verwendet. Gleiches gilt für Begriffe wie Oberbauleiter, Abschnittsbauleiter, Vorarbeiter, Polier, (Teil-)Projektleiter, usw. Die Bauleitung ist die gelegentliche Sammelbezeichnung für die Gesamtübertragung der Leistungsphasen 6–8 der Objektplanung Gebäude an ein Büro, was Ausdruck der zunehmenden Spezialisierung bei der Projektentwicklung von Großbauvorhaben ist. Von der zivilrechtlich so verstandenen Bauleitung ist die bauordnungsrechtliche Funktion als verantwortlicher Bauleiter abzugrenzen, die Gegenstand der dritten Besonderen Leistung der Leistungsphase 8 gem. Anlage 10 zur HOAI ist.

Bei der Konkretisierung von Inhalt und Umfang der Überwachungspflichten wird schließlich die Frage zu berücksichtigen sein, ob von einem überwachenden Architekten oder Ingenieur dieselbe Fachkenntnis hinsichtlich der zu beachtenden technischen Normen und allgemein anerkannten Regeln der Technik hinsichtlich aller, zu seinem Vertragsgegenstand zählenden und damit von ihm zu überwachenden Gewerke verlangt werden kann, wie von dem jeweils für das Gewerk verantwortlichen ausführenden Unternehmer. Insoweit hat bereits Marcus Vitruvius Pollio (Vitruv) im 1. Jahrhundert vor Christus in seinen „Zehn Büchern über die Baukunst“<sup>17</sup> (*De architectura libri decem*) erkannt:

„Die Wissenschaft des Architekten ist durch mehrere Disciplinen und durch mannigfaltige Kenntnisse geschmückt, und durch sein Urtheil empfangen alle Werke, welche von den übrigen Künsten ausgeführt werden, ihre Billigung. ... Auch muss er schriftkundig sein, in der Zeichenkunst erfahren, in der Geometrie unterrichtet, in der Optik nicht unwissend, mit der Arithmetik vertraut, er muss mancherlei Geschichten kennen, die Philosophen fleissig gehört haben, die Musik verstehen, in der Medicin nicht unwissend sein, die Entscheidungen der Rechtsgelehrten kennen und sich mit der Sternkunde und der Natur des Himmels bekannt gemacht haben.

... Weil also ein solches auf natürlicher Begabung beruhendes Genie nicht gemeinhin allen Völkern, sondern nur wenigen Männern vergönnt ist; die Aufgabe des Architekten aber erheischt, dass er in allen Wissenszweigen geübt sei, und weil wegen des weiten Umfanges dieser Aufgabe die Natur der Sache gestattet, nicht mit Nothwendigkeit die höchste, sondern auch eine mässige Kenntnis der verschiedenen Wissenschaften zu besitzen ...“

Sollte sich der Arbeitskreis für eine gesetzliche Konkretisierung des Inhalts und des Umfangs der

16 Insb. auf Grundlage des Anhang II der Medizinprodukterichtlinie (RL 93/42/EWG v. 14.06.1993), vgl. LG Frankenthal, Urt. v. 14.03.2013 – 6 O 304/12, bzgl. mangelhafter Brustimplantate.

17 Marcus Vitruvius Pollio, *De architectura libri decem*, in der Übersetzung von Karl Lorentzen, 1857, S. 5 ff.

Überwachungspflicht entscheiden, könnte dies schuldrechtlich im BGB oder preisrechtlich in der HOAI erfolgen. Zum „Wie“ der Konkretisierung werden zu berücksichtigen sein

1. die aufgrund der jeweiligen Ausbildung zu erwartenden fachlichen Kenntnisse der Architekten und Ingenieure,
2. der für die Überwachung notwendige Personaleinsatz unter Berücksichtigung der weiteren, im Zuge der Bauausführung regelmäßig zu erbringenden Leistungen,
3. die den ausführenden Unternehmen obliegenden Leitungs- und Eigenüberwachungshandlungen,
4. die Verteilung des Risikos der Insolvenz des Ausführenden sowie
5. die Versicherbarkeit der Überwachungsleistungen.

Als konkretisierende oder haftungsreduzierende Regelungen kommen insbesondere die folgenden in Betracht:

1. Rückkehr zur Anwendung des Dienstvertragsrechts auf die Überwachungsleistungen
2. Höhere Gewichtung des Verursachungsanteils des ausführenden Unternehmers im Innenausgleich
3. Schärfung der subsidiären Inanspruchnahme des Überwachers gem. § 650 t BGB durch Regelung einer Einrede der Vorausklage entsprechend § 771 BGB (gesetzlicher Regelfall bei einer Bürgschaft), so dass der Besteller wegen des Baumangels zunächst die Zwangsvollstreckung gegen den ausführenden Unternehmer erfolglos versucht haben muss
4. Beschränkung der Haftung des Überwachenden auf wesentliche, zur Abnahmeverweigerung berechtigende Baumängel
5. Beschränkung des Überwachungsgegenstands auf eine ordnungsgemäße Leitung und Eigenüberwachung des ausführenden Unternehmers
6. Schaffung von Anreizen für eine partei-autonome Festlegung der geschuldeten Überwachungsintensität

Der Vorbereitung der Diskussionen in der Präsenzsitzung des Arbeitskreises dient zunächst die nachfolgende fachlich-praktische Bewertung der Herausforderungen einer ordnungsgemäßen Überwachung der Bauleistungen. In der dieser

folgenden rechtlichen Bewertung schien es angezeigt, zunächst die aktuelle Rechtslage, die von den Instanzgerichten nicht stringent angewendet wird, in Thesenform darzustellen, damit eine einheitliche Diskussionsgrundlage geschaffen wird, bevor dann einige der vorgenannten Lösungsmöglichkeiten untersucht werden.

### C. Thesen Markus Ernst

#### Beschreibung der aktuellen Situation der örtlichen Bauüberwachung aus Sicht des Bauleiters

Die Aufgabenstellung der Leitung des Arbeitskreises IV „Architekten- und Ingenieurrecht“ an mich als juristischem Laien, aber auch als seit über 25 Jahren vorrangig im Bereich der Ausschreibung/Vergabe und Objektüberwachung tätigen Architekten war, die Möglichkeiten und Unmöglichkeiten der Leistungserbringung der Objektüberwachung sowie die sich inzwischen festzusetzenden Realitäten und Erwartungen an die Objektüberwachung zu beschreiben.

Ebenso habe ich versucht, die aus meiner Sicht möglicherweise gesetzlich oder juristisch anzupassenden Themenbereiche zu definieren, gerade im Hinblick auf die resultierenden Haftungsfolgen bei Ausführungsmängeln vor und nach der Abnahme/Fertigstellung der Bauleistung.

Die Anforderungen an die Objektüberwachung sind im BGB und in der HOAI knapp und wenig detailliert oder differenziert beschrieben und bilden damit ein weites Feld der Leistungs-Erwartungsmöglichkeiten der Leistungserbringung.

Beide Vorgaben eint das Ziel der Übergabe eines mangelfreien Bauvorhabens an den Bauauftraggeber.

#### Leistungsphase 8 Objektüberwachung – ein modernes Märchen

Da selten konkrete Überwachungsziele im Sinne von § 650p BGB, gleichwohl aber die Grundleistungen der Anlage 10 zur HOAI als zu erbringend vereinbart sind, verpflichtet sich der Architekt theoretisch und praktisch folglich im Regelfall zur Überwachung auf Grundlage der öffentlich-rechtlichen Genehmigung, den Verträgen (Leistungsverzeichnissen) der gewerblichen Auftragnehmer sowie den einschlägigen Vorschriften und den allgemein anerkannten Regeln der Technik.

Dies bedeutet folglich für den Bauleiter oder das Bauleitungsteam:

1. Die Mitarbeiter der örtlichen Bauleitung haben während Ihres Studiums detaillierte Kenntnisse von rund 30–40 Gewerken in Bezug auf Werk- und Detailplanung/Koordination von Bauabläufen und Baustellen/Baurecht/VOB-Teil A-C/Ausschreibung und Vergabe usw., erhalten, da diese vom Leistungsumfang der Tätigkeit eines Architekten nach der Honorarbewertung durch die HOAI rund 70 % umfassen.
2. Die örtliche Bauüberwachung prüft die Ausführungsplanung des planenden Architekten sowie die von den ausführenden Unternehmen erstellte und vom planenden Architekten freigegebene Montageplanung auf die inhaltliche und technische Richtigkeit sowie auf die Anforderungen aus Brandschutz, Bauphysik, Genehmigungen, Rechtsvorschriften usw.
3. Die örtliche Bauüberwachung prüft und vergleicht die vom planenden Architekten erstellten und dem ausführenden Unternehmer beauftragten Leistungsverzeichnisse auf Übereinstimmung mit der zur Ausführung freigegebenen Ausführungs- und Montageplanung, die ja zudem von ihm selbst auf alle Grundlagen/technische Regelungen geprüft wurden, dies für im Regelfall 30–40 Einzelgewerke
4. Die örtliche Bauüberwachung prüft die Ausführungsplanung und Schalplanung der Architekten und Tragwerksplaner auf grundsätzliche Übereinstimmung mit den Ausführungs- (Montage?) -Plänen der technischen Fachgewerke, im Regelfall 4–8 Gewerke.
5. Die Vergabe/Beauftragung der Leistungen erfolgt bei öffentlichen Aufträgen konsequent nach VOB (A+B) nach Eignung und Wirtschaftlichkeit. Ungeeignete Bieter oder Bieter mit unangemessen niedrigem Angebot werden genau überprüft und ggf. innerhalb des Vergabebereichs von der Vergabe ausgeschlossen
6. Die örtliche Bauüberwachung führt und protokolliert die Startgespräche mit den ausführenden Gewerken und koordiniert/stimmt die Feintermine und Abläufe ab und bereitet einen möglichst störungsfreien Ablauf vor. (Teilnehmer: Fachbauleiter Auftragnehmer, Auftraggeber, projektleitender Architekt/Planer, örtliche Bauüberwachung)
7. Die örtliche Bauüberwachung führt und protokolliert regelmäßige und vorausschauende Bau- und Koordinationsgespräche mit den ausführenden Gewerken
8. Die örtliche Bauüberwachung überprüft und begleitet zusätzlich zu der Fachbauleitung der Gewerke die komplette gewerbliche Ausführung, auch die rein technische und handwerkliche Durchführung kontinuierlich, bei Ausführungen von besonders überwachungsbedürftigen Ausführungen (wie oder von wem auch immer diese Einstufung festgelegt wird). Dies bedeutet, dass die örtliche Bauüberwachung detaillierte Fachkenntnisse bis hinein in die Tiefe der Herstellung/Ausführung und aktuellen Vorschriften und DIN- und sonstigen bautechnischen Normen einschließlich Herstellerrichtlinien (auch die in Vorbereitung) von über 30–40 Gewerken haben muss, wobei die meisten Gewerke mehrjährige Ausbildungsberufe sind.
9. Bei vertragsabweichender Ausführung/Mängel/Verzug von Terminen usw. leitet die örtliche Bauleitung in Abstimmung und tatkräftiger Unterstützung durch und mit dem Auftraggeber die gemäß VOB/BGB möglichen Maßnahmen ein und setzt die möglichen Konsequenzen konsequent und mutig um (z.B. Vertragskündigung, Ersatzmaßnahmen). Dieses konsequente Handeln wird von den ausführenden Firmen klar wahrgenommen. Dies bedeutet für die ausführenden Firmen/Gewerke:
10. Die Fachbauleitung jedes Gewerkes stellt anhand der eigenen Arbeitsvorbereitung, der rechtzeitigen Abstimmung der Ausführung mit den planenden Architekten und der örtlichen Bauleitung und den anderen Gewerken sowie eines vorausschauenden Abrufes der Lieferungen und den erforderlichen Hebezeugen einen reibungslosen Ablauf der Ausführung sicher. Sie nimmt hierzu an den Koordinations- und Abstimmungsterminen der Baustellen regelmäßig und vorbereitet teil.
11. Die Fachbauleitung jedes Gewerkes ist gemäß Vergabe fachkundig, koordiniert die Arbeitsvorbereitung und Personaleinsatz, prüft die Vorleistung und beherrscht gemäß Vertragsbedingungen die deutsche Sprache mündlich und schriftlich.
12. Die Fachbauleitung jedes Gewerkes erstellt einen Ablaufterminplan ihrer Leistung und

stimmt diese mit der örtlichen Bauleitung und den anderen Gewerken ab und stellt diese Termine sicher.

Bei Störungen in Bezug auf die geplanten Termine meldet sie sich selbstständig und arbeitet konstruktiv an Lösungen mit.

13. Die Fachbauleitung jedes Gewerkes führt alle eingesetzten Arbeiter und Nachunternehmer in die Durchführung der Arbeiten ein, versorgt diese mit Planunterlagen, weist auf Besonderheiten hin und garantiert die Fachkunde der führenden Mitarbeiter.
14. Die Fachbauleitung jedes Gewerkes ist regelmäßig vor Ort, begleitet persönlich die besonders überwachungsbedürftigen Ausführungen und überprüft und dokumentiert die Ausführung fotografisch und schriftlich und kontrolliert/führt das Bautagebuch des Gewerks und übergibt dieses unaufgefordert jede Woche an die örtliche Bauleitung

#### Fazit:

Alle Planer, ausführende Firmen übergeben ein mängelfreies Werk im Rahmen des ursprünglich vereinbarten Fertigstellungstermin.

Soweit das moderne Märchen bzw. die Theorie:

– und wie sieht die Realität aus?

15. Die meisten Architekten und Bauingenieure haben während ihres Studiums keinerlei Wissen oder detaillierte Kenntnisse in Bezug auf Werk- und Detailplanung/Koordination von Bauabläufen und Baustellen/Baurecht/VOB- Teil A-C/Ausschreibung und Vergabe usw., vermittelt bekommen, obwohl dies vom Leistungsumfang der Tätigkeit eines Architekten nach der Honorarbewertung der HOAI rund 70 % umfassen, die Objektüberwachung davon ein gutes Drittel.  
Viele Absolventen der Architektur (Bauingenieurwesen) haben während ihres Studiums keinerlei Kontakt zur Ausführung/Baustelle gehabt, sind in jeder Hinsicht in Bezug auf die Ausführung ahnungslos und müssen erst in den Büros mühsam ausgebildet werden.
16. Die örtliche Bauüberwachung kann maximal stichprobenhaft die Ausführungs- und Montage-Planung vor Ausführung prüfen, da die Planung im Regelfall baubegleitend und damit „just in time“ erfolgt.

17. Die Grundlage zur Erstellung der Leistungsverzeichnisse ist im Regelfall keine koordinierte, abgestimmte und abgeschlossene Ausführungsplanung, sondern der zu diesem Zeitpunkt vorliegende, regelmäßig dahinter zurückbleibende Planungsstand.
18. Die Planung der technischen Gewerke ist im Regelfall unkoordiniert, entspricht nicht den Anforderungen an eine Ausführungsplanung gemäß Leistungsphase 5, eine Prüfung auf grundsätzliche Übereinstimmung mit den Ausführungs- (Montage?)-Plänen der technischen Fachgewerke ist nicht möglich.
19. Die Vergabe/Beauftragung der Leistungen bei öffentlichen Vergaben erfolgt im Grunde konsequent in einem reinen Preiswettbewerb. Dies ermöglicht ungeeigneten Bietern über den Angebotspreis oder spekulativer Preisbildung Aufträge zu akquirieren.
20. Die Auftragnehmer sind oft reine Dienstleister, die mit Material und Menschen (Arbeiter) handeln und strenggenommen gar keine eigene handwerkliche Leistung erbringen
21. Bei Startgesprächen mit Gewerken sind die Auftragnehmer oft nicht mit den späteren an der Durchführung beteiligten Mitarbeitern vertreten. Oft ist zudem noch nicht bekannt, welcher Subunternehmer vor Ort tätig sein wird. Es sind meist inhaltslose, sinnlose Gespräche, im Regelfall sind die Teilnehmer des Auftragnehmers in keiner Weise vorbereitet.
22. Die ausführende Firma versucht im Regelfall, den geschuldeten Terminplan/Ablaufplan nicht erstellen oder abgeben zu müssen, oder gibt einen nicht annehmbaren, von den Vertragsterminen weit abweichenden Terminablauf ab.
23. Die Teilnahme der Fachbauleiter an den Bau- und Koordinationsgesprächen der örtlichen Bauleitung erfolgt ungenügend, unvorbereitet und selten vorausschauend. Der Koordinationsgedanke ist gering, Eigeninteresse und vordringliches Aufzeigen von angeblichen Problemen und Behinderungen steht im krassen Widerspruch zu Lösungsideen. Dazu kommen zwischenzeitlich auch erhebliche Sprachbarrieren.
24. Die örtliche Bauüberwachung rutscht auf Grund der nachfolgend beschriebenen Abwesenheit der

Fachbauleitung in die Fachbauleitung/Anleitung der Gewerke bis hinein zur gewerblichen Ausführung. Auf Grund des sich daraus ergebenden zeitlichen Aufwandes können eigentliche Aufgaben der örtlichen Bauleitung nur begrenzt wahrgenommen werden. Oft müssen den ausführenden Firmen Ausführungsdetails, Arbeitsschritte usw. detailliert erklärt werden.

25. Bei vertragsabweichender Ausführung/Mängel/Verzug von Terminen usw. sind die Auftraggeber im Regelfall nur im äußersten Notfall und mit umfangreicher Absicherung gegenüber allen anderen Beteiligten bereit, mit Hilfe der örtlichen Bauleitung die gemäß VOB/BGB möglichen Maßnahmen einzuleiten, wie z.B. Vertragskündigung, Ersatzmaßnahmen. Dieses führt bei etlichen, regelmäßig vertragswidrig tätigen Auftragnehmern dazu, dass Verzugsanzeigen, Mängelanzeigen usw. ignoriert werden und parallel die Auftraggeber konsequent unter Druck gesetzt werden.  
Realität der Fachbauleitung bei den ausführenden Firmen/Gewerken
26. Die Fachbauleitung der Auftragnehmer, insbesondere bei den Ausbaugewerken, findet nicht oder nur äußerst mangelhaft statt. Im Regelfall ist sie überlastet, fachlich und oft auch inhaltlich nur bedingt geeignet und dazu mit Sprachbarrieren zu der örtlichen Bauüberwachung wie auch zu den eigenen Nachunternehmern belastet. Eine eigene Arbeitsvorbereitung, die rechtzeitige Abstimmung der Ausführung mit den planenden Architekten und der örtlichen Bauleitung und den anderen Gewerken sowie ein vorausschauender Abruf der Lieferungen und der erforderlichen Hebezeuge für einen reibungslosen Ablauf der Ausführung existiert nicht. Die Materialien werden unkoordiniert abgerufen und geliefert, die Nachunternehmer kommen unvorbereitet, nicht eingewiesen und im Regelfall ohne Pläne auf die Baustelle und sind sich selbst überlassen.
27. Die Fachbauleitungen nehmen nur unregelmäßig an den Koordinations- und Abstimmungsterminen der Baustellen, und wenn dann im Regelfall unvorbereitet, teil.
28. Die Fachbauleitung vieler Gewerke ist nicht (ausreichend) fachkundig, die eingesetzten Mitarbeiter weisen oft eine zu geringe Qualifikation auf. Die Schere zwischen planerischer

Qualitätsanforderung und Ausführung geht immer weiter auf.

29. Die Fachbauleitung jedes Gewerkes führt die eingesetzten Arbeiter und Nachunternehmer in die Durchführung der Arbeiten nicht ein, versorgt diese nicht mit Planunterlagen, weisen auf keine Besonderheiten hin und können wenig zur Fachkunde der führenden Mitarbeiter vor Ort sagen.
30. Die Fachbauleitung jedes Gewerkes ist zu wenig vor Ort, begleitet zu wenig oder überhaupt nicht, auch nicht die besonders überwachungsbedürftigen Ausführungen, und überprüft und dokumentiert auch nicht persönlich die Ausführung fotografisch. Es wird kein Bautagebuch des Gewerks geführt und folglich auch nicht abgegeben. Die Prüfung der Vorleistung erfolgt nicht oder zu spät.
31. Nachhaltig gefordert werden im Regelfall nach Ausführungen angebliche Erschwernisse oder angebliche zusätzliche Leistungen auf Nachweis.

#### Fazit:

Alle Planer und ausführende Firmen erstellen mühsam ein Werk mit erheblichen Mängeln oft außerhalb des Rahmens des ursprünglich vereinbarten Fertigstellungstermin

Man fragt sich nun vielleicht, warum in diesem Vortrag so detailliert die Darstellung der örtlichen Bauüberwachung im Idealbild als modernes Märchen und in der Realität sicherlich etwas überzogen und diametral auseinanderliegend vorgestellt wird.

Am Ende der Errichtung von Bauvorhaben werden wir aktuell und in der Zukunft alle immer mehr mit dem Thema Mängel/Schadensersatzforderungen zu tun haben, je stärker die tatsächliche Bauüberwachung dem hier dargestellten negativen Realitätsbild entspricht, und damit auch mit der Frage der Haftung für diese Mängel/Schadensersatzforderungen.

Neben der Frage, ob man mittelfristig überhaupt noch Architekten und Bauingenieure finden wird, die diese Planungs- und Bauleistungsaufgaben übernehmen, geschweige denn dass diese für Ihre Tätigkeit eine Berufshaftpflichtversicherung für einen realen und finanzierbaren Versicherungs-

beitrag finden, stellt sich auch die Frage, ob die aktuell übliche Bewertung der Aufteilung der Schadensquoten und Haftungsübernahme angemessen geregelt ist.

Von Seiten der ausführenden Unternehmer wird hier sicherlich kein Änderungsbedarf gesehen. Ob die aktuelle Sicht mittel- und langfristig für die Auftraggeber der richtige Weg ist, darf bezweifelt werden.

Aus meiner Sicht sollten folgende Themenbereiche in der nahen Zukunft realitätsnah und pragmatisch lösbar angepasst werden, zum einen um die Verantwortlichkeiten wieder dort zuzuordnen, wo sie richtig sind, zum anderen um das gesamte Qualitätsniveau (und damit auch weniger Mängel) bei der Baudurchführung anzuheben:

Abgrenzung/Differenzierung der Verantwortlichkeit (Haftung) zwischen der planerischen Leistung und der tatsächlichen handwerklichen Leistung. Diese Aufteilung im Streitfall der Einschätzung des gerichtlich bestellten Gutachters zu überlassen, ist falsch.

1. Planerische Verantwortung endet im Regelfall eindeutig und ist teilbar (Planer/Überwachung/Ausführung)
2. Handwerkliche Verantwortung kann außer bei offensichtlichen handwerklichen Fehlern in erster Linie ausschließlich beim ausführenden Auftragnehmer liegen.
3. Ist die Einführung von Anforderung an geregelte Überwachungsdokumentation der Ausführung eine Lösung oder nur weitere Bürokratie?

#### Beispiel:

Die planerische Festlegung und Auswahl der Abdichtung unter Fliesenbelägen ist ein eindeutig planerisches Thema des planenden Architekten und der ausführenden Firma.

Die stichprobenartige Überprüfung der Ausführung dieser Abdichtung und augenscheinlich des verwendeten Materials ist eine leistbare Überwachungspflicht einer örtlichen Objektüberwachung.

Die Überwachung und Sicherstellung, ob die konkret ausführenden Mitarbeiter die Abdichtung fachgerecht überall aufgebracht haben, das Material nach Herstellungsvorschrift eingebaut

wurde und ob sie dafür ausgebildet/geschult wurden, kann nur der Fachbauleiter des Ausführenden überprüfen und dafür haften.

1. Juristisch-technische Klärung des Begriffes „besonders überwachungsbedürftiges Gewerk/Ausführung“. Umfasst diese besondere Überwachung und Nachweisführung nur die Eigenüberwachungsleistung durch den Auftragnehmer (Stichwort: Fachbauleiter/Polier/Vorarbeiter), oder in welchem Umfang auch die schlussendlich übergeordnete Bauüberwachung?
2. Klärung, in welchem Umfang ein Auftragnehmer vertraglich eine eigene Überwachung der Ausführung mit welcher Qualifikation und örtlicher Präsenz schuldet (Fachbauleitung), wo hier die Überwachungsziele wie vereinbart sein müssen und wie die Anforderungen an die Qualifikation der hierfür eingesetzten Mitarbeiter mindestens festgelegt wurde (früher: Meisterpflicht)?
3. Wiedereinführung eines umfangreicheren Meisterzwangs für mehr Baugewerke: Thema: Meisterbetrieb/Montagebetrieb
4. Festlegung, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang Überwachungsziele zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden müssen.

Ist eine Vereinbarung/Festlegung innerhalb der Besonderen Vertragsbedingungen richtig?

Klärung/Definition „Grenzen“/Mindestanforderung der Überwachungspflichten des Bauleiters nach HOAI. Thema Unmöglichkeit der Leistungserbringung.

## D. Thesen Ryll/Klein

### These 1:

Bei einem Architekten- oder Ingenieurvertrag über die Erbringung von Überwachungsleistungen für ein Bauwerk oder eine Außenanlage („Überwachungsvertrag“) handelt es sich typischerweise um einen Werkvertrag. Die Schaffung einer gesetzlichen Regelung etwa dergestalt, dass hinsichtlich der Überwachungspflichten des Unternehmers (Architekten oder Ingenieurs) anstelle der Vorschriften des Werkvertragsrechts in Kapitel 1 des Untertitels 1 die Vorschriften des Dienstvertrags in §§ 611 ff. BGB entsprechend Anwendung finden sollen, ist abzulehnen.

**These 2:**

Im Rahmen eines Überwachungsvertrags verspricht der Architekt<sup>18</sup> – als geschuldeter Erfolg – typischerweise die Erbringung von Überwachungsleistungen, die für die Errichtung eines den Überwachungszielen entsprechenden Bauwerks erforderlich und objektiv geeignet sind. Er verspricht dagegen nicht, dass das Bauwerk tatsächlich mangelfrei errichtet wird.

**Erwägungen:****1. Rechtsprechungs- und Gesetzesentwicklung**

Der BGH hat erstmals im Jahr 1959 entschieden, dass ein Vertrag über Planungs- und Überwachungsleistungen als Werkvertrag zu qualifizieren ist.<sup>19</sup> Die planende wie die bauleitende Tätigkeit des Architekten „dienen der Herbeiführung desselben Erfolges im Sinne von § 631 Abs. 2 BGB, der Erstellung des Bauwerks. Der bauleitende Architekt schuldet zwar nicht das Bauwerk selbst als körperliche Sache. Er hat aber durch zahlreiche ihm obliegende Einzelleistungen dafür zu sorgen, dass das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht und zur Vollendung kommt.“ Die von ihm zu erbringenden Tätigkeiten „dienen der Verwirklichung des im Bauplan verkörperten geistigen Werks und haben somit den Zweck, den dem Bauherrn geschuldeten Erfolg, nämlich die mangelfreie Errichtung des geplanten Bauwerks zu bewirken“.<sup>20</sup>

Diese Einordnung hat der Bundesgerichtshof 1981 für einen Vertrag, der ausschließlich Überwachungsleistungen zum Inhalt hat („Überwachungsvertrag“), bestätigt.<sup>21</sup> Vom allein mit der Bauführung<sup>22</sup> betrauten Architekten werde nicht erwartet, dass er selbst das Bauwerk errichte, wohl aber, dass er die Arbeiten der Bauunternehmer und übrigen am Bau Beteiligten so leite, koordiniere und überwache, dass das Bauwerk plangerecht und mangelfrei zur Vollendung komme. „Plangerechtigkeit und Mangelfreiheit sollen der Erfolg sein, den der bauführende Architekt schuldet“, resümiert der BGH.<sup>23</sup> Danach hat der Architekt durch eine Fülle von Einzelmaßnahmen für die mangelfreie Herstellung des Bauwerks zu sorgen – inhaltlich schuldet der Architekt danach die Entstehung eines mangelfreien Bauwerks.

Selbst im Fall einer nur stichprobenartigen Kontrolle des Bauvorhabens und der gutachterlichen Erfassung von Mängeln ordnete der BGH den zugrunde liegenden Vertrag unter das Werkvertragsrecht ein, weil eine „erfolgsbezogene Tätigkeit“ geschuldet sei.<sup>24</sup> Bei einem Projektsteuerungsvertrag sei Werkvertragsrecht jedenfalls dann anwendbar, wenn die erfolgsorientierten Aufgaben dermaßen überwiegen, dass sie den Vertrag prägen; das sei anzunehmen, wenn die zentrale Aufgabe des Projektsteuerers die technische Bauüberwachung eines Generalübernehmers ist.<sup>25</sup>

Ausgehend von den vorzitierten Entscheidungen sowie der Rechtsprechung des BGH zur Gesamtschuld<sup>26</sup> fand der Überwachungsvertrag mit der Schuldrechtsmodernisierung zunächst Eingang in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Dessen Regelungsgehalt erschöpft sich allerdings darin, die Verjährung für Mängelansprüche „bei einem Bauwerk“ mit Mängelansprüchen bei Werken gleichzustellen, deren „Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen [für ein Bauwerk]“ besteht.<sup>27</sup> Mit der Reform des Bauvertragsrechts anno 2018 ist der Architekten- und Ingenieurvertrag in Bezug auf Planung, aber auch auf Überwachung unter Titel 9 („Werkvertrag und ähnliche Verträge“) in einem eigenen Untertitel als ein dem Werkvertrag ähnlicher Vertrag kodifiziert worden, auf den die Regelungen des Werkvertragsrechts allerdings nur entsprechende Anwendung finden.<sup>28</sup>

Fast beiläufig hat der BGH in einem Beschluss aus dem Jahre 2020 unter Verweis auf Berger<sup>29</sup> und Fuchs<sup>30</sup> Folgendes ausgeführt und damit den

18 Sofern hier und im Folgenden (nur) vom überwachenden Architekten die Rede ist, gilt das Gesagte für den mit der Überwachung beauftragten Ingenieur entsprechend.

19 BGH, Urt. v. 29.11.1959 – VII ZR 120/58.

20 Ebd.

21 BGH, Urt. v. 22.10.1981 – VII ZR 310/79.

22 Im Sinne von § 19 Abs. 4 der VO PR Nr. 66/50 über die Gebühren für Architekten (GOA).

23 BGH, Urt. v. 22.10.1981 – VII ZR 310/79.

24 BGH, Urt. v. 11.10.2001 – VII ZR 475/00.

25 BGH, Urt. v. 10.06.1999 – VII ZR 215/98.

26 Grundlegend: BGH, Beschl. v. 01.02.1965 – GSZ 1/64.

27 Vgl. BT-Drucks. 14/6857, 36.

28 Eingehend zu dieser Typisierung: BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 7 ff. m.w.N.

29 Berger, in: FBS, HOAI, 2. Aufl., vor §§ 650p B. I. Rdnr. 18.

30 Fuchs: in, BeckOK Bauvertragsrecht, Stand: 31.07.2020, § 650p BGB Rdnr. 87 ff.

vorläufigen Schlusspunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum geschuldeten Werkerfolg gesetzt:

„Der Architektenvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Architekt eine Planungs- oder Überwachungsleistung verspricht, die als Grundlage für die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks geeignet ist. Er verspricht dagegen nicht, dass das Bauwerk tatsächlich mangelfrei errichtet wird [...]“.<sup>31</sup>

## 2. Geschuldeter Werkerfolg

### a) Inhalt der Überwachungspflicht

Ob und wenn ja welchen Erfolg der Architekt im Rahmen eines Überwachungsvertrags verspricht, ist nach allgemeinen Grundsätzen durch Auslegung des Vertrags gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.<sup>32</sup> Es kommt mithin darauf an, was die Parteien gewollt haben.<sup>33</sup> Trotz des in § 133 BGB enthaltenen Verbots der Buchstabeninterpretation<sup>34</sup> hat die Auslegung vom Wortlaut auszugehen.<sup>35</sup> Maßgebend ist im Zweifel der allgemeine Sprachgebrauch. Es ist also im ersten Schritt danach zu fragen, was sich die Parteien unter einer Überwachung vorstellen bzw. was sie hierunter verstanden haben. Der Duden nennt als typisches Beispiel für die Überwachung die eines Tatverdächtigen; überwachen wird beschrieben als „genau verfolgen, was jemand (der verdächtig ist) tut“ oder jemanden durch ständiges Beobachten kontrollieren.<sup>36</sup> Wikipedia beschreibt die Überwachung als zielgerichtete Beobachtung und Informationserhebung von Objekten, Personen, Personenvereinigungen oder Gegenständen durch am Geschehen unbeteiligte Dritte.<sup>37</sup> Von bestimmten Zielen oder gar Erfolgen ist nicht die Rede.

§ 650p Abs. 1 BGB beschreibt nur den Vertragstypus und bestimmt und begrenzt als solche den Anwendungsbereich der §§ 650p ff. BGB;<sup>38</sup> die Norm begründet weder Leistungspflichten noch determiniert sie den geschuldeten Werkerfolg.

Die „alte“ Formel des BGH, wonach der Architekt verspreche, die Errichtung eines plangerechten und mangelfreien Bauwerks zu bewirken, ist aus den im Folgenden näher darzustellenden Gründen abzulehnen. Der überwachende Architekt verspricht vielmehr die Erbringung von Überwachungs-

leistungen, die für die Errichtung eines den Überwachungszielen entsprechenden Bauwerks erforderlich und objektiv geeignet sind.<sup>39</sup> Anknüpfungspunkt ist somit nicht das Bauwerk, das der überwachende Architekt selbst nicht schuldet und auf dessen mangelfreie Entstehung er allenfalls mittelbar Einfluss hat. Anknüpfungspunkt ist allein die vom Architekten zu erbringende Überwachungsleistung.<sup>40</sup> Im Kern entspricht das der neuerdings, in der Entscheidung aus dem Jahr 2020 vom BGH geprägten Formel (s.o.).

Nicht weiterführend für die Beschreibung der Überwachungsleistung ist eine „Fremdüberwachung“ durch eine anerkannte Überwachungsstelle wie etwa nach ZTV-ING, Teil 1 Abschnitt 1, Nr. 2.3.3. und Teil 3, Abschnitt 4, Nr. 1.8.3. Zwar handelt es sich bei der Objektüberwachung auch um die Überwachung fremder Leistungen, nämlich derer des ausführenden Unternehmers. Auch bei der „Fremdüberwachung“ hängt der Umfang der Überwachungspflicht vom Inhalt des geschlossenen Vertrages ab.<sup>41</sup> Nach Maßgabe der techni-

31 Beschl. v. 08.10.2020 – VII ARZ 1/20, Rdnr. 76; daran anknüpfend Sacher, FS Leupertz, S. 633 ff. und jüngst OLG Stuttgart, Ur. v. 23.07.2024 – 12 U 158/23.

32 Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich beim Architektenvertrag im Ausgangspunkt um einen typengemischten Vertrag handelt, BT-Drucks. 18/8486, 66 f. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags im Einzelfall auf den dienstvertraglichen Elementen oder schuldet der Planer diese sogar ausschließlich, richtet sich der Vertrag nach dem Dienstvertragsrecht, zutreffend: BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 3, 13; Einordnung als Dienstvertrag in der jüngeren obergerichtlichen Rspr: OLG Brandenburg, Beschl. v. 21.01.2020 – 12 U 69/19; OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2023 – 8 U 193/22.

33 Vgl. Ellenberger, in: Grüneberg, BGB, 2024, § 133 Rdnr. 7 ff.

34 BGH, Ur. v. 19.12.2001 – XII ZR 281/99.

35 BGH, Ur. v. 10.12.1992 – I ZR 186/90.

36 Duden.der/rechtschreibung/ueberwachen.

37 <https://de.wikipedia.org/wiki/ueberwachung>.

38 BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 3 f.; Rodemann, BauR 2019, 374 (376); Korbion/Mantscheff/Vygen/Rehbein, HOAI, 10. Aufl. 2024, Kap. 2, Rdnr. 275.

39 In diese Richtung auch: BeckHOAI/Berger, 3. Aufl. 2022, Vor §§ 650p ff. BGB, Rdnr. 59; BeckHOAI/Seifert/Fuchs, 3. Aufl. 2022, § 34 HOAI, Rdnr. 282a; BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 89, 91; Klein, BauR 2015, 358 (364 f.); Dressel, BauR 2019, 398 (407).

40 Siehe bereits These 1 (Dammert) des AK IV, 5. DBG, BauR 2014, 1606, 1608.

41 Motzke/Seewald/Tschäpe/Motzke, Prozesse in Bausachen, 4. Aufl. 2024, § 8 Rdnr. 182.

schen Regeln überwacht die Überwachungsstelle im Auftrag des Unternehmers die Ordnungsmäßigkeit der vom Unternehmer vorzunehmenden Eigenüberwachung und stellt mithin eine Form der Qualitätssicherung dar. Die Überwachungsstelle hat also nicht die Aufgabe der Begutachtung der Leistung auf ihre Mangelfreiheit. Es geht um die Überwachung der Eigenüberwachung: Prüfungsgegenstand der Überwachungsstelle sind die baubetrieblichen, personellen, organisatorischen Voraussetzungen bei dem beauftragten Unternehmer für eine bestimmte Baumaßnahme. Die Überwachungsstelle prüft nur das Unternehmen, nicht aber das vom Unternehmer herzustellende Werk.<sup>42</sup> Daher geht es bei der Fremdüberwachung – anders als bei der Überwachung durch den Architekten – nicht um das Bauvorhaben und dessen vertragsgemäße Ausführung, sondern um die Sicherstellung der Qualität der Eigenüberwachung.<sup>43</sup> Es handelt sich schon nicht um einen Werkvertrag mit Erfolgsverpflichtung. Diese Form der Überwachung hat mit der Objektüberwachung des Architekten nichts zu tun.

#### b) Architektenwerk (un-)gleich Bauwerk?

Der bauausführende Unternehmer schuldet die Erbringung einer mangelfreien Bauleistung. Die Überwachungsleistung durch den Architekten bezweckt die plangerechte und mangelfreie Entstehung des Bauwerks. Die Ziele der geschuldeten Leistungen von bauausführendem Unternehmer einerseits und bauüberwachenden Architekten andererseits entsprechen sich daher. Diese Zweckidentität rechtfertigt indessen keine Erfolgsidentität. Vielmehr ist zwischen der körperlichen Bauleistung und der geistig-schöpferischen Überwachungsleistung streng zu trennen (vgl. bereits § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB, der verjährungsrechtlich zwischen dem Bauwerk und dem Überwachungswerk differenziert). Die „alte“ Erfolgsformel des BGH berücksichtigt die unterschiedlichen Leistungen der Beteiligten nicht hinreichend und verwässert die Grenzen zwischen Überwachungsleistung und Bauleistung. Dies führt im Ergebnis zu einem „Reflex“: die Mangelhaftigkeit der Ausführungsleistung wird mit der Mangelhaftigkeit der Überwachungsleistung gleichgesetzt. Dieser Schluss ist unzulässig.<sup>44</sup>

Diese definitorische Schwäche ist bereits in den Grundsatzentscheidungen des BGH aus den

Jahren 1959 und 1981 selbst angelegt, denn auf die These, dass der Architekt Plangerechtigkeit und Mangelfreiheit – oder auch nur deren Bewirkung – als Erfolg schulde, folgt sogleich die Relativierung: „Selbstverständlich“ werde vom überwachenden Architekten nicht erwartet, „daß er selbst das Bauwerk errichtet, wohl aber, daß er die Arbeiten der Bauunternehmer und übrigen am Bau Beteiligten so leitet, koordiniert und überwacht, daß das Bauwerk plangerecht und mangelfrei zur Vollendung kommt“.<sup>45</sup> Es ist eine Binsenweisheit, dass der Architekt im Rahmen der Überwachung das Bauwerk nicht selbst errichten muss. Er muss nach diesen Vorgaben aber die Überwachung so ausführen, dass das Bauwerk mangelfrei entsteht. Der überwachende Architekt müsse nicht für sämtliche Mängel des Bauwerks eintreten, „sondern nur für solche, die durch eine objektiv mangelhafte Erfüllung seiner Bauführeraufgaben verursacht sind“.<sup>46</sup> Der Satz, der Architekt hafte nicht für „sämtliche Mängel“ am Bauwerk, offenbart das Dilemma der Überwachung: da das Bauwerk nicht das Werk des Architekten darstellt, haftet der Architekt im Rahmen der Überwachung überhaupt nicht für Mängel am Bauwerk – er haftet nur für Mängel seiner eigenen Überwachung. Diese Überwachungsmängel manifestieren sich möglicherweise in einem Mangel am Bauwerk. Dieser Mangel ist dann für den Architekten ein Folgeschaden. Der BGH differenziert zwar in diesem Sinne und knüpft an die Überwachungsleistung an; er zieht daraus aber nicht die notwendigen Schlüsse für die Bestimmung des geschuldeten Erfolgs.

Mit dem Versprechen, die Entstehung eines plangerechten und mangelfreien Bauwerks zu bewirken (und dafür haftungsrechtlich auch eintreten zu wollen), übernehme der überwachende Architekt ein von ihm jedenfalls weitgehend unbeherrschbares Risiko. Der Auftraggeber kann im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB redlicherweise aber nicht davon ausgehen, dass der überwa-

42 Motzke/Seewald/Tschäpe/Motzke, Prozesse in Bausachen, 4. Aufl. 2024, § 8 Rdnr. 186.

43 Motzke/Seewald/Tschäpe/Motzke, Prozesse in Bausachen, 4. Aufl. 2024, § 8 Rdnr. 182.

44 Kritisch bereits These 1 (Dammert) des AK IV, 5. DBGT, BauR 2014, 1606 (1608).

45 BGH, Urt. v. 29.11.1959 – VII ZR 120/58.

46 BGH, Urt. v. 22.10.1981 – VII ZR 310/79.

chende Architekt das Risiko für den Eintritt eines Erfolgs übernehmen will, den er faktisch allenfalls mittelbar und rechtlich regelmäßig gar nicht beeinflussen kann (zu den rechtlichen Eingriffsmöglichkeiten sogleich). Die bloße Überwachungsleistung vermag ein Bauwerk nicht entstehen zu lassen. Erst durch die Bauleistung der bauausführenden Unternehmer gelangt das körperliche Bauwerk zur Entstehung. Ohne deren Mitwirkung ist der Architekt schlicht außerstande, ein plangerechtes, mangelfreies Bauwerk zu bewirken. Die Fremdleistung des bauausführenden Unternehmers (Bauwerk) bleibt dessen Leistung und darf nicht systemwidrig zu einer geschuldeten Eigenleistung des Architekten werden – es wird in der Rechtsprechung deshalb zu Recht betont, dass der Architekt nicht das Bauwerk selbst schuldet.

## 2. (Un-)Beherrschbarkeit des Erfolgseintrittsrisikos?

Wenn klargestellt ist, dass es sich bei der Errichtung des Bauwerks einerseits und der Überwachung der Ausführung andererseits um verschiedene Leistungen handelt und weiter für die mangelhafte Überwachung überprüft werden muss, ob die Überwachung selbst – und nicht etwa die Ausführung – mangelhaft war, dann stellt sich die Frage, was der überwachende Architekt tun muss und tun kann, damit er seine Leistung in Bezug auf ein mangelfreies Bauwerk erfüllt. Der überwachende Architekt verfügt im Verhältnis zum Bauunternehmer typischerweise nicht über (Eingriffs-) Rechte, die ihn dazu in die Lage versetzen würden, den Bauunternehmer zur vertragsgemäßen Ausführung anzuhalten.<sup>47</sup> Da der Architekt in keinem Vertragsverhältnis zum Bauunternehmer steht, scheiden eigene vertragliche Einwirkungsrechte a priori aus. Er kann allenfalls vom Bauherrn abgeleitete Rechte ausüben. Auch dem Bauherrn als Auftraggeber eines Bauvertrags stehen nur äußerst eingeschränkte Rechte zur Verfügung, um den Bauunternehmer zur mangelfreien Herstellung des Bauwerks zu bewegen. Seit den Entscheidungen des BGH zu der Frage, ob dem Besteller vor Abnahme Mängelrechte zustehen, sind die Möglichkeiten des Bestellers, in den Vorgang der Ausführung einzugreifen, stark eingeschränkt.<sup>48</sup> Der ausführende Unternehmer schuldet sein Werk erst zu dem Zeitpunkt in einem mangelfreien und vertragsgemäßen Zustand, wenn er es dem Besteller

verschafft, § 633 Abs. 1 BGB. Dies ist regelmäßig der Zeitpunkt der Abnahme. Bis dahin kann der Unternehmer auf seine Dispositionsfreiheit verweisen. Dem Besteller steht vorher kein fälliger Anspruch auf eine mangelfreie Leistung zu, zumal der Unternehmer nicht eine mangelfreie Einzelleistung (wie z.B. die Herstellung einer Bodenplatte) schuldet, sondern ein einheitliches, mangelfreies (Gesamt-)Werk. Nur in Ausnahmefällen, wie etwa einer Erfüllungsgefährdung nach § 323 Abs. 4 BGB, kann der Besteller berechtigt sein, schon vorher in die Ausführung einzugreifen. Abgesehen davon, dass der Tatbestand der Erfüllungsgefährdung in der Praxis sehr schwer zu beurteilen ist, stellt er einen Ausnahmefall dar und verschafft dem Auftraggeber ein Rücktritts- oder – als minus – ein Kündigungsrecht. Das Interesse des Auftraggebers ist aber in der Regel nicht auf die Rückabwicklung oder (ex-nunc-)Beendigung des Vertrags gerichtet; etwas anderes mag in Einzelfällen für eine Teilkündigung nach 648a Abs. 2 BGB gelten, die den Ausgangspunkt einer Ersatzvornahme (vergleichbar mit § 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/B) bilden kann. Die Entscheidungen des BGH sind zum Schuldrecht in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung – und damit vor Einführung des Bauvertragsrechts – ergangen. Durch das Bauvertragsrechts hat sich an der dogmatischen Einordnung des Bauvertrages als reiner Werkvertrag nichts geändert. Von daher gelten die vom BGH entwickelten Grundsätze auch für das Bauvertragsrecht in der seit dem 1.1.2018 geltenden Fassung.

Es kann festgehalten werden, dass dem Besteller gegen den ausführenden Unternehmer nach der Rechtsprechung des BGH im Rahmen eines BGB-Bauvertrages vor Abnahme grundsätzlich keine Mängelrechte zustehen. Wenn der Besteller den ausführenden Unternehmer vor Abnahme nicht zur mangelfreien Ausführung anhalten kann, steht es dem Unternehmer bis zur Abnahme frei, vertragswidrig – „mangelhaft“ – zu leisten, ohne dass dies eine Pflichtverletzung des Unternehmers darstellen würde. Zur Pflichtverletzung wird dieses Vorgehen erst dann, wenn die Leistung zur Zeit der

<sup>47</sup> Näher zum Ganzen statt aller: Dressel, BauR 2019, 398 (402 ff.).

<sup>48</sup> Grundlegend: BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13 und Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15.

Fälligkeit, spätestens zur Zeit der Abnahme, nicht vertragsgemäß ist. Es ist bereits im Ansatz schwer nachzuvollziehen, warum eine vertragswidrige Leistung des Unternehmers zwar nicht für diesen, aber für die Leistung des überwachenden Architekten eine Pflichtverletzung darstellen soll. Denklogisch ausgeschlossen ist eine Pflichtverletzung des überwachenden Architekten jedenfalls dann, wenn er – wie der Besteller – keine Möglichkeit hatte, auf den Unternehmer wirksam Einfluss zu nehmen. Wenn dem Besteller keine Mängelrechte vor Abnahme gegen den ausführenden Unternehmer zustehen, gilt dies in gleicher Weise für den Überwacher, der nur die vom Besteller abgeleiteten Rechte gegen den Unternehmer geltend machen kann.

Dies gilt in vielen Fällen auch für den VOB/B-Bauvertrag. Zwar sieht § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B vor, dass vertragswidrige Leistungen während der Ausführung durch vertragsgemäße Leistungen zu ersetzen sind – faktisch durchsetzen über eine Kündigung und eine kostenpflichtige Ersatzvornahme lässt sich dies nach der Entscheidung zur Unwirksamkeit des § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B<sup>49</sup> nicht. Dabei wäre auch zu berücksichtigen, dass die Wirksamkeit der Regelung in Satz 1, sollte sie inhaltlich über den Erfüllungsanspruch nach § 631 BGB hinausgehen, fraglich ist.<sup>50</sup> Lediglich bei einer Stellung der VOB/B durch den Unternehmer oder einer Privilegierung durch § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB bei vollständiger Einbeziehung ohne inhaltliche Abweichung kommt eine Eingriffsmöglichkeit in Betracht. Dies sind in der Praxis Ausnahmefälle.

Vor dem Hintergrund der fehlenden Eingriffsrechte kann der Architekt das Risiko einer vertragsgemäßen und mangelfreien Erstellung des Bauwerks nicht beeinflussen oder steuern. Das Risiko, das der Architekt mit dem Versprechen eines plangerechten und mangelfreien Bauwerks übernehmen würde, wäre für ihn in einem Maße unbeherrschbar, dass die Einordnung als Werkvertrag in Frage gestellt werden müsste.<sup>51</sup> So wird beim Behandlungsvertrag nach § 630a BGB der Behandelnde lediglich zur fachgerechten Vornahme der Behandlung verpflichtet, da wegen der unbeherrschbaren Komplexität der Vorgänge im menschlichen Körper ein Behandlungserfolg im Allgemeinen nicht garantiert werden könne,<sup>52</sup> und der Behandlungsvertrag deshalb als Dienst-

leistungsvertrag qualifiziert.<sup>53</sup> Zugespitzt: Ist „die Baustelle“ für den Architekten wirklich beherrschbarer als der menschliche Körper für den Arzt? Gerade unter Berücksichtigung des Umstandes, dass hier weitere Beteiligte tätig sind, deren Wirken durch den bauüberwachenden Architekten nicht gesteuert und damit auch nicht „beherrscht“ werden kann, erscheint dies fraglich.

### 3. Werkvertragliche Qualifikation auf der Kippe?

Gegen das Abstellen auf die objektive Eignung der vom Architekten zu erbringenden Überwachungsleistungen für die Entstehung eines mangelfreien Bauwerks kann nicht eingewendet werden, dass damit nur noch eine Tätigkeit als solche geschuldet und deshalb von einem Dienstvertrag auszugehen sei. Der überwachende Architekt schuldet nicht nur eine Tätigkeit nach den Regeln der Kunst, sondern verspricht über die bloße Erbringung der Dienstleistung i.S.v. § 631 Abs. 2 BGB hinaus, dass diese als Grundlage für die Entstehung eines mangelfreien Bauwerks objektiv geeignet ist. Darin besteht das Überwachungsziel. Für das Erreichen des Erfolgs genügt die bloße Erbringung von Überwachungsleistungen nicht (ebenso wenig wie die mangelfreie Herstellung des Bauwerks erforderlich und ausreichend wäre).<sup>54, 55</sup> Dass der Werkvertrag grundsätzlich in der Erbringung von Überwachungsleistungen bestehen kann, ist auch in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB angelegt.

49 BGH, Urt. v. 19.01.2023 – VII ZR 34/20.

50 Statt aller: Bolz/Jurjeleit/Karczewski, *ibr-online-Kommentar VOB/B*, 16.12.2024, § 13 Rdnr. 371.

51 Zur Beherrschbarkeit des Erfolgseintrittsrisikos als Abgrenzungsmerkmal zwischen Werk- und Dienstverträgen statt aller: BGH, Urt. v. 16.07.2002 – X ZR 27/01: „Je größer die mit der Tätigkeit erkennbar verbundenen Unwägbarkeiten sind, umso ferner kann es aber auch aus Sicht eines verständigen Bestellers liegen, dass der Unternehmer das Erfolgsrisiko dennoch übernehmen will.“

52 BT-Drucks. 17/10488, 17.

53 Weidenkaff, in: Grüneberg, *BGB*, 2024, Vorb v § 630a Rdnr. 1.

54 Andernfalls wäre die Mangelfreiheit des Architektenwerks letztlich vom Zufall abhängig, weil das Bauwerk theoretisch auch mangelfrei errichtet werden, ohne dass der zur Überwachung verpflichtete Architekt die Baustelle auch nur betritt. Nach der hiesigen Erfolgsdefinition wäre darin ein zur Minderung berechtigender Mangel der Architektenleistung zu sehen.

55 BeckOK *BauVertrR/Fuchs*, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 91.

Dementsprechend hat der V. Senat des BGH im Zusammenhang mit Forschungs- und Entwicklungsleistungen erkannt, dass der geschuldete Erfolg auch in einem bestimmten Arbeitsergebnis oder auch nur in der ordnungsgemäßen Durchführung von Untersuchungen und der Anfertigung von Berichten bestehen könne.<sup>56</sup> Ferner hat der BGH – um im freiberuflichen Bereich zu bleiben – bei Steuerberatungsleistungen die Ausführung von Buchhaltungsarbeiten und den Entwurf der Jahresabschlüsse als Werkvertrag qualifiziert, weil der Unternehmer erfolgsgerichtet eine ordnungsgemäße und für die steuerliche Gewinnermittlung geeignete Buchführung sowie die Entwürfe für deren Jahresabschlüsse schuldet.<sup>57</sup>

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts regelmäßig zu sach- und interessengerechteren Ergebnissen führen dürfte als das Dienstvertragsrecht.<sup>58</sup> Insbesondere darf nicht vergessen werden, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts auch Vorteile für den Architekten hat, etwa die Sicherungsrechte des §§ 650e, 650f BGB – freilich auch eine Kompensation des dem Werkvertrag immanenten Vorleistungsrisiken – oder § 648 BGB, der dem Architekten eine gegenüber § 628 Abs. 1 BGB günstigere Vergütungsfolge im Falle einer „freien“ Kündigung zuspricht.

Die Einordnung der Überwachungsleistung außerhalb des Werkvertragsrechts wäre auch systemwidrig, weil sie die systematische Stellung der §§ 650p ff. BGB unberücksichtigt lassen würde; letztlich würde die Einordnung der Überwachungsleistungen im Dienstvertragsrechts das Problem der Haftung für Mängel am Bauwerk nicht lösen: auch wenn der Architekt nur zu einer Dienstleistung verpflichtet wäre, könnte ihm vorgeworfen werden, seine Dienste nicht pflichtgemäß ausgeführt zu haben. Er könnte dann ebenfalls nach § 280 Abs. 1 BGB in Anspruch genommen werden.

### These 3:

Bei den Überwachungszielen im Sinne von § 650p BGB handelt es sich um die bei Vertragsschluss vereinbarten und im Zuge der Erbringung der Planungsleistungen schrittweise konkretisierten Planungsziele, deren Umsetzung im Rahmen der Bauausführung durch den Architekten zu überwachen ist.

### Erwägungen:

Die Formulierung des § 650p Abs. 1 BGB soll nach der gesetzgeberischen Intention unter anderem zum Ausdruck bringen, dass „zwischen dem Planungserfolg und den Planungs- und Leistungsschritten zu unterscheiden ist“.<sup>59</sup> Soweit jedoch wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, ordnet § 650p Abs. 2 BGB – als vertragliche Hauptleistungspflicht<sup>60</sup> – an, dass der Architekt zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen und diese dem Besteller zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vorzulegen hat.<sup>61</sup> Die beiden Absätze des § 650p BGB sollen die Pflichten des Architekten nach der Vorstellung des Gesetzgebers präziser beschreiben „als der bisher einschlägige § 631 Absatz 1 BGB, wonach der Unternehmer die ‚Herstellung des versprochenen Werks‘ schuldet“.<sup>62</sup> Dieses Ansinnen zur Konkretisierung verfehlt der Gesetzgeber jedenfalls insoweit, als er den elementaren Begriff der „Planungs- und Überwachungsziele“ (gemeinsam auch „Leistungsziele“ genannt) nicht näher definiert.

In der Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich bei den Planungs- und Überwachungszielen um Anforderungen an das zu planende und zu überwachende Bauwerk – und nicht etwa an die vom Architekten zu erbringenden Leistungen – handelt, also insbesondere qualitative und quantitative Vorgaben.<sup>63</sup> Dabei wird man auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BGH davon ausgehen müssen, dass die Funktionstauglichkeit der Planung ebenso konkludent als Beschaffenheit und damit als Planungsziel

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2002 – X ZR 27/01.

<sup>57</sup> BGH, Urt. v. 07.03.2002 – III ZR 12/01.

<sup>58</sup> So bereits BGH, Urt. v. 22.10.1981 – VII ZR 310/79.

<sup>59</sup> BT-Drucks. 18/8486, 66.

<sup>60</sup> BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 167 m.w.N.

<sup>61</sup> Zur Zielfindungsphase eingehend der AK IV des 9. DBGT, BauR 2023, 1803 ff.

<sup>62</sup> BT-Drucks. 18/8486, 66.

<sup>63</sup> Dauner-Lieb/Berger, in: Langen/Berger, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650p BGB, Rdnr. 18 ff.; BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 96; auch der Gesetzgeber spricht von „Vorstellungen von dem zu planenden Bauvorhaben“ und nennt als exemplarisch „die Art des Daches, die Zahl der Geschosse oder ähnliche für die Planung grundlegende Fragen“, BT-Drucks. 18/8486, 66.

mitvereinbart wird wie die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik.<sup>64</sup> Gleiches dürfte für die dauerhafte Genehmigungsfähigkeit der Planung gelten.<sup>65</sup>

Die Planungs- und Überwachungsziele sind unter anderem deshalb von besonderer Bedeutung, weil sich nach dem Verständnis von § 650p Abs. 1 BGB der geschuldete Leistungsumfang danach bestimmt: Der Architekt hat die Leistungen zu erbringen, die zur Erreichung der Planungs- und Überwachungsziele erforderlich sind (dazu näher unter These 4). Die auf dieser Grundlage vom Architekten als Hauptleistung zu erfüllenden Pflichten definiert das Gesetz – anders als bspw. im Kauf- oder Mietrecht – nicht selbst, sondern verweist auf die Planungs- und Überwachungsziele, die die Parteien vereinbaren.<sup>66</sup> Die vertragliche Vereinbarung ist damit entscheidend dafür, welche Hauptleistungspflichten der Architekt zu erfüllen hat.<sup>67</sup> Im Übrigen sind die Planungs- und Überwachungsziele auch insofern haftungsbestimmend, als die Planungs- und Überwachungsleistungen mangelhaft sind, wenn sie nicht als Grundlage für die Errichtung eines zielkonformen Bauwerks geeignet sind.

Im Hinblick auf das Thema des hiesigen Arbeitskreises stellt sich die Frage, was unter „Überwachungszielen“ zu verstehen ist.<sup>68</sup>

Versteht man Planungsziele als die an das zu planende Bauwerk gestellten und in der Planung umzusetzenden Anforderungen, dann stellen sich die Überwachungsziele zunächst nur als eine (unselbständige) Fortsetzung der Planungsziele und als Ausdruck des dem Architektenvertrag immanenten Prozesscharakters dar: Es handelt sich um die bei Vertragsschluss vereinbarten und im Zuge der Erbringung der Planungsleistungen schrittweise konkretisierten (oder nach §§ 650q Abs. 1, 650b BGB geänderten) Planungsziele, deren Umsetzung im Rahmen der Bauausführung durch den Architekten zu überwachen ist.<sup>69</sup> Bei einer getrennten Beauftragung von Planung und Ausführung an unterschiedliche Auftragnehmer gilt nichts anderes.

Ob die Überwachungsziele einen über die (fortgeschriebenen) Planungsziele hinausgehenden, eigenständigen Inhalt haben können, erscheint zweifelhaft. Kniffka sieht die Beschränkung der Überwachungs-

aufgabe (z.B. bei Einschaltung mehrerer Architekten) als einen möglichen Anwendungsfall.<sup>70</sup> Das wäre dann zu bejahen, wenn die Bestimmung (der Grenzen) des Vertragsgegenstandes<sup>71</sup> den Überwachungszielen zugeordnet wird.<sup>72</sup> Das wiederum wäre nach der hier vertretenen und von der gesetzgeberischen Intention getragenen Definition, wonach es bei den Planungs- und Überwachungszielen um die bauwerksbezogenen Anforderungen geht, inkonsequent. Denn in der Sache geht es um eine (zumeist räumliche) Begrenzung der vom Architekten zu erbringenden Überwachungsleistungen, die keine Auswirkungen auf die an das Bauwerk gestellten Anforderungen haben.<sup>73</sup> Es spricht daher einiges dafür, dass die (leistungsbezogenen) Bearbeitungsgrenzen nicht den (bauwerksbezogenen) Überwachungszielen zuzuordnen sind.

#### These 4:

Schließen die Parteien einen Überwachungsvertrag, ohne den Leistungsumfang durch detaillierte Beschreibung der einzelnen Leistungen (Arbeitsschritte) festzulegen, schuldet der Architekt diejenigen Leistungen, die im konkreten Einzelfall erforderlich sind, um die vereinbarten Überwachungsziele zu erreichen. Dabei handelt es sich regelmäßig um die Grundleistungen der Leistungsphase 8 nach dem jeweils einschlägigen HOAI-Leistungsbild, soweit nicht die Umstände des Einzelfalls eine Modifikation – sei es Erweiterung, sei es Reduzierung – gebieten.

64 Dauner-Lieb/Berger, in: Langen/Berger, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650p BGB, Rdnr. 31 m.w.N.

65 Dazu statt aller: BGH, Urt. v. 10.02.2011 – VII ZR 8/10, Rdnr. 22 m.w.N.

66 BGH, Urt. v. 11.07.2019 – VII ZR 266/17, Rdnr. 21.

67 Ebd.

68 Diese Frage wird in der Literatur nur vereinzelt adressiert: BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 93; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl. 2023, Rdnr. 666; Kniffka, BauR 2018, 351, 365.

69 BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 93.

70 Kniffka, BauR 2018, 351, 365.

71 Zum Begriff: Dauner-Lieb/Berger, in: Langen/Berger, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650p BGB, Rdnr. 11 m.w.N.

72 Mit Kniffka, ebd., bejahend: BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 126.

73 Vgl. auch Dauner-Lieb/Berger, in: Langen/Berger, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650p BGB, Rdnr. 50.

**Erläuterung:**

Treffen die Parteien eines Überwachungsvertrags unbewusst oder – etwa bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung<sup>74</sup> – bewusst keine Vereinbarung über die vom überwachenden Architekten zu erbringenden (Einzel-)Leistungen, ist ebenfalls durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, welche Leistungen der Architekt zu erbringen hat, um die Überwachungsziele für das individuelle Bauvorhaben zu erreichen und damit den geschuldeten Werkerfolg herbeizuführen.<sup>75</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH enthält die HOAI keine normativen Leitbilder für den Inhalt (genauer: den geschuldeten Leistungsumfang) von Architekten- und Ingenieurverträgen, sondern lediglich preisrechtliche Gebührentatbestände.<sup>76</sup> Die HOAI begründet keine Leistungspflichten, sondern setzt deren Bestehen voraus.

Der BGH hat in seinem grundlegenden Urteil zur Etablierung von Teilerfolgen im Jahr 2004 Folgendes ausgeführt:

„[...] Umfang und Inhalt der geschuldeten Leistung des Architekten sind, soweit einzelne Leistungen des Architekten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, nicht als selbständige Teilerfolge vereinbart worden sind, durch Auslegung zu ermitteln. Nach dem Grundsatz einer interessengerechten Auslegung sind die durch den konkreten Vertrag begründeten Interessen des Auftraggebers an den Arbeitsschritten zu berücksichtigen, die für den vom Architekten geschuldeten Werkerfolg erforderlich sind. Der Auftraggeber wird im Regelfall ein Interesse an den Arbeitsschritten haben, die als Vorgaben aufgrund der Planung des Architekten für die Bauunternehmer erforderlich sind, damit diese die Planung vertragsgerecht umsetzen können. Er wird regelmäßig ein Interesse an den Arbeitsschritten haben, die es ihm ermöglichen zu überprüfen, ob der Architekt den geschuldeten Erfolg vertragsgemäß bewirkt hat, die ihn in die Lage versetzen, etwaige Gewährleistungsansprüche gegen Bauunternehmer durchzusetzen, und die erforderlich sind, die Maßnahmen zur Unterhaltung des Bauwerkes und dessen Bewirtschaftung zu planen.“<sup>77</sup>

Bei der Einführung der §§ 650p ff. BGB im Zuge der Novelle des Bauvertragsrechts hat der Gesetzgeber nicht nur aus rechtssystematischen Gründen

auf eine Bezugnahme auf die HOAI zur Beschreibung der vertragstypischen Pflichten verzichtet. Er ließ sich auch von der Erwägung leiten, dass die HOAI-Leistungsbilder „nicht zwingend alle Leistungen abdecken, die der Architekt oder der Ingenieur im Einzelfall vertraglich schuldet“.<sup>78</sup> Das ist schon deshalb zutreffend, weil die HOAI-Leistungsbilder generalisierend (nur) diejenigen Grundleistungen enthalten, die „zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich“ sind (§ 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI).<sup>79</sup>

Gleichwohl kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass die HOAI-Leistungsbilder die Planungspraxis maßgeblich prägen. Darüber hinaus werden sie im Zuge der HOAI-Novellierungen evaluiert, um sie an die aktuellen baufachlichen Bedürfnisse anzupassen. Obwohl die HOAI nur Preise regelt – mittlerweile: empfiehlt – und die HOAI-Leistungsbilder nur Gebührentatbestände sind, richtet die Planungs- und Überwachungspraxis ihre Leistungen danach aus. Aufgrund dieser in der Praxis ganz überwiegend zu beobachtenden tatsächlichen Übung können die Leistungsbilder als Verkehrssitte i.S.v. § 157 BGB Bedeutung erlangen;<sup>80</sup> *Preussner*<sup>81</sup> ordnet die HOAI-Leistungsbilder als übliche Beschaffenheit i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB ein. Dies ist weniger eine dogmatische, sondern eher eine praxisbezogene Betrachtung. Aber es ist nicht zu verkennen, dass sich die Leistungsbilder in den letzten Jahrzehnten als „Standardleistungsbeschreibung“ in der Praxis bewährt haben und ihnen deshalb eine überraschende praktische Bedeutung zukommt.

74 Dazu eingehend: BeckOK BauVertrR/Fuchs, 27. Ed. 01.11.2024, BGB § 650p Rdnr. 147 ff.

75 IbrOK BauVertrR/Zahn, § 650p BGB, Rdnr. 83 f., 89; BeckOK BauVertrR/Fuchs, 26. Ed. 01.08.2024, BGB § 650p Rdnr. 149 f.; Dressel, BauR 2019, 398 (399 f.); Dauner-Lieb/Berger, in: Langen/Berger, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650p BGB, Rdnr. 35b ff.

76 Grundlegend: BGH, Urt. v. 24.10.1996 – VII ZR 283/95.

77 BGH, Urt. v. 24.06.2004 – VII ZR 259/02.

78 BT-Drucks. 18/8486, 68.

79 S.a. die Verordnungsbegründung zur HOAI 2009 in BR-Drucks. 395/09, 160, wonach „nicht alle Leistungen in den Leistungsbildern grundsätzlich bei jedem Objekt zur Erreichung des Vertragsziels notwendig sind“.

80 In diese Richtung auch Kniffka, BauR 2018, 351 (354); zur Verkehrssitte eingehend statt aller: MünchKomm.-Busche, BGB, 10. Aufl. 2025, BGB § 157 Rdnr. 16.

81 BeckOK HOAI/Preussner, 14. Ed. 01.11.2024, HOAI 2013 § 3 Rdnr. 29; ders., BauR 2006, 898 ff.; zustimmend: IbrOK BauVertrR/Zahn, § 650p BGB, Rdnr. 82.

Welcher dogmatischen Einordnung auch immer man hier zugeneigt ist: Ausgangspunkt einer jeden Auslegung sollten aus den vorgenannten rechtstat-sächlichen Gründen die HOAI-Leistungsbilder sein. In einem weiteren Schritt ist sodann zu prüfen, ob die in den HOAI-Leistungsbildern erfassten Grundleistungen nach dem jeweiligen Stand der Planung bzw. Ausführung erforderlich sind, um die vereinbarten Ziele zu erreichen (vgl. § 650p Abs. 1 BGB). Bei der Auslegung sind stets die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und der beauftragte Leistungsumfang ist konkret festzustellen, wobei die Darlegungs- und Beweislast bei demjenigen liegt, die hieraus günstige Rechtsfolgen für sich ableitet.<sup>82</sup> Nach dem Grundsatz einer interessengerechten Auslegung sind die durch den konkreten Vertrag begründeten Interessen des Auftraggebers an den Arbeitsschritten zu berücksichtigen, die für den vom Architekten geschuldeten Werkerfolg erforderlich sind.<sup>83</sup> Rückschlüsse aus dem Parteivorhalten – insbesondere dem Auftragsumfang vom Bauherrn beauftragter Dritter (also anderer Planungs- und Baubeteiligter) – im Rahmen der Vertragsdurchführung wurden vom BGH ausdrücklich für zulässig erachtet.<sup>84</sup>

#### These 5:

Der Architekt verspricht nicht – im Sinne eines verschuldensunabhängig herbeizuführenden Erfolgs –, seine Überwachungsleistungen so zu erbringen, dass bereits die Entstehung von Bauwerksmängeln verhindert wird. Der Architekt genügt seinen Überwachungspflichten, wenn er den Bauwerksmangel im Rahmen der gebotenen Intensität der Überwachung rechtzeitig erkannt und den ausführenden Unternehmer durch eine („faktische“) Anweisung unverzüglich zur vertragsgemäßen Ausführung aufgefordert hat. Leistet der ausführende Unternehmer der Aufforderung keine Folge, hat der überwachende Architekt den Auftraggeber unverzüglich darüber zu informieren.

#### Erwägungen:

##### 1. Rechtsprechungsüberblick

Nach der Rechtsprechung des BGH hat der überwachende Architekt schon während der Ausführung dafür zu sorgen, dass der Bau plangerecht und frei von Mängeln errichtet wird.<sup>85</sup> Er sei dabei nicht verpflichtet, sich ständig auf der Baustelle aufzuhalten, müsse allerdings die Arbeiten in angemessener

und zumutbarer Weise überwachen und sich durch häufige Kontrollen vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt werden.<sup>86</sup> Bei wichtigen oder bei kritischen Arbeiten, die erfahrungsgemäß ein hohes Mängelrisiko aufweisen, sei der Architekt zu erhöhter Aufmerksamkeit und zu einer intensiveren Wahrnehmung der Bauaufsicht verpflichtet.<sup>87</sup>

Die Frage, ob der überwachende Architekt verpflichtet ist, bereits während der Bauausführung die Entstehung von Mängeln zu verhindern, hat der BGH bislang noch ausdrücklich beantwortet.<sup>88</sup> In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung gibt es eine Tendenz, dies zu bejahen:

„Zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Bauaufsichtspflicht gehört es zwar nicht, jeden Baumangel durch ständige Anwesenheit auf der Baustelle zu verhindern. Gleichwohl muss, auch bei einem Bau unter Zeitdruck, insbesondere bei typischen Gefahrenquellen, kritischen Bauabschnitten für den Gesamterfolg und nur kurzzeitig kontrollierbaren Gewerken im Rahmen der ordnungsgemäßen Bauaufsicht bereits rechtzeitig vor Verwirklichung von Mängeln im Bauwerk das Entstehen von Mängeln verhindert, bzw. [sic!] rechtzeitig deren Behebung veranlasst werden. Maßgeblich für eine in diesem Sinn geschuldete intensive Objektüberwachung sind Art und Umfang des Baumangels, seine Erkennbarkeit während der Bauerrichtung und seine Zuordnung zu einem für den Gesamterfolg wichtigen Gewerk.“<sup>89</sup>

82 BGH, Urt. v. 14.05.2020 – VII ZR 205/19, Rdnr. 16.

83 BGH, Urt. v. 14.05.2020 – VII ZR 205/19, Rdnr. 23 m.w.N.

84 BGH, Urt. v. 14.05.2020 – VII ZR 205/19, Rdnr. 21 unter Verweis auf Kniffka, BauR 2015, 883 (895).

85 BGH, Urt. v. 06.07.2000 – VII ZR 82/98.

86 BGH, Urt. v. 10.02.1994 – VII ZR 20/93.

87 BGH, Urt. v. 10.02.1994 – VII ZR 20/93.

88 Statt aller: BGH, Urt. v. 06.07.2000 – VII ZR 82/98: „[Die fehlerhafte Ausführung] hätte der Beklagte bei fachgerechter Überprüfung schon während der Errichtung des Wintergartens erkennen müssen. Er hätte alsdann den Unternehmer zur fehlerfreien Ausführung der Dachkonstruktion veranlassen müssen.“ – damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob der Architekt die Mangelentstehung bereits hätte verhindern müssen. Nach der Formulierung könnte auch die unverzügliche Rüge nebst Beseitigungsaufforderung genügen.

89 OLG München, Urt. v. 08.06.2010 – 28 U 2751/06, daran anschließend: OLG Frankfurt, Urt. v. 27.11.2013 – 23 U 203/12; ähnlich: KG, Urt. v. 27.11.2012 – 27 U 25/09, wonach es „um Fehlervermeidung, nicht um Mängelbeseitigung [geht]“; OLG Celle, Beschl. v. 28.09.2016 – 7 U 77/16.

Nach verbreiteter obergerichtlicher Rechtsprechung dürfe sich der überwachende Architekt nur bei einfachen, gängigen Tätigkeiten („handwerkliche Selbstverständlichkeiten“), wie bspw. Maler-, Putz- oder Bodenverlegearbeiten, die für die Funktionalität der Gesamtleistung nicht ausschlaggebend sind, auf die Einweisung vor Beginn der Arbeiten, Stichproben während der Arbeiten und eine Endkontrolle nach Abschluss der Arbeiten des jeweiligen Gewerks beschränken.<sup>90</sup> Das schließe nicht nur die Art der Ausführung ein, sondern auch das Material, das vor dessen Verwendung u.U. zu prüfen ist.<sup>91</sup> Auch Stichproben müssen eine hinreichende und mit einem vertretbaren Aufwand zu erlangende Sicherheit für die Erkenntnis bieten, dass die Bauleistungen mangelfrei erbracht werden.<sup>92</sup>

## 2. Bewertung

Bei einer interessengerechten Auslegung des Vertrags nach §§ 133, 157 BGB besteht keine Erfolgsverpflichtung des überwachenden Architekten derart, bereits die Entstehung von Bauwerksmängeln zu verhindern („Mangelverhinderungspflicht“). Eine solche Pflicht scheitert regelmäßig schon an der fehlenden rechtlichen Möglichkeit des Bestellers und damit des überwachenden Architekten, in den Bauablauf des Unternehmers einzugreifen. Zudem bestünde ein Wertungswiderspruch darin, eine Verletzung der Überwachungspflicht in der unterlassenen Mängelverhinderung während der Ausführung zu sehen, obgleich dem Bauunternehmer eine vertragliche Pflichtverletzung wegen mangelhafter Ausführung vor Verschaffung des Bauwerks i.S.v. § 633 BGB grundsätzlich nicht vorgeworfen werden kann.

### a) Handlungsmöglichkeiten und -pflichten des Architekten

Wie bereits oben zu These 1 und 2 ausgeführt, verfügt der überwachende Architekt in der Regel über keine rechtlichen Eingriffsbefugnisse, die ihn in die Lage versetzen würden, Mängel zu verhindern. In Ermangelung entsprechender Eingriffsrechte bestünde demnach auch keine rechtliche Befolgungspflicht des ausführenden Unternehmens, das sich in Ausübung seiner Dispositionsfreiheit schlicht über die Aufforderung des Architekten hinwegsetzen und die Arbeiten fortführen könnte. Folglich muss der Architekt seinen Über-

wachungspflichtigen regelmäßig schon dadurch genügen können, dass er den – bereits entstandenen – Bauwerksmangel rechtzeitig erkennt und den ausführenden Unternehmer durch eine „faktische“ Anweisung unverzüglich zur mangelfreien Ausführung auffordert. Leistet der ausführende Unternehmer dem keine Folge, hat der überwachende Architekt den Auftraggeber unverzüglich zu informieren und ihn in die Lage zu versetzen, etwaige vertragliche oder gesetzliche Rechte gegenüber dem ausführenden Unternehmer auszuüben. Dabei haben der Architekt wie der Auftraggeber zu berücksichtigen, dass ihnen ggf. keine Eingriffsmöglichkeiten wie eine (Teil-)Kündigung und eine Ersatzvornahme zur Seite stehen.

Fest steht aber bereits jetzt: der Mangel am Bauwerk liegt vor, ohne dass dem Architekten bis hierhin ein Vorwurf zu machen wäre. Wenn der Architekt den Unternehmer nach Erkennen des Mangels anweist, ohne dass dieser angemessen reagiert, haftet er ebenso wenig für die Kosten einer Ersatzvornahme wie bei dem Fall, dass er diese Aufforderung unterlässt. Der Architekt hat den Bauwerksmangel nicht verursacht – selbst wenn er daneben gestanden hätte, würden ihm die Eingriffsmöglichkeiten fehlen. Der Unternehmer ist allein für die Ausführung verantwortlich. Der Mangel ist entstanden, ohne dass dem Architekten eine Pflichtverletzung angelastet werden kann. Dann ist es nicht schlüssig, den Architekten für die Kosten einer Mangelbeseitigung in Anspruch zu nehmen. Dieser Inanspruchnahme liegt die Überlegung zugrunde, dass der Architekt die Aufgabe hatte, die mangelfreie Entstehung des Bauwerks zu gewährleisten und der Mangel bei pflichtgemäßem Verhalten nicht aufgetreten wäre. Dies ist im Ergebnis nicht zutreffend. Angesichts der Dispositionsfreiheit des Unternehmers hat der

90 Statt aller: OLG Koblenz, Urt. v. 08.10.2020 – 6 U 1945/19.

91 OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.11.2012 – 23 U 156/11; einschränkend zu Recht: OLG Köln, Urt. v. 05.10.2016 – 11 U 21/15: „Es ist aber grundsätzlich nicht Aufgabe eines Architekten, ohne besonderen Umstände den Einsatz eines vertraglich eindeutig bezeichneten Materials zu überprüfen. Auf die Verwendung des vom Malerbetrieb angebotenen und beauftragten Anstrichs kann sich der Architekt regelmäßig verlassen.“ aus der Lit.: Locher/Koebler/Frik/Zahn, Kommentar zur HOAI, 16. Aufl. 2025, § 34 HOAI, Rdnr. 246 a.E. m.w.N.

92 OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.04.2016 – I-21 U 102/15.

Architekt gar nicht die Möglichkeit, das Entstehen des Mangels zu verhindern.

Der Bauwerksmangel geht daher nicht zu Lasten des Architekten. Mit einer rechtzeitigen Feststellung des Mangels nebst entsprechender Beseitigungsaufforderung wird auch dem berechtigten Interesse des Auftraggebers genügt, das final darauf gerichtet ist, ein mangelfreies Bauwerk zu erhalten.

Dies kann anders sein, wenn der Bauwerksmangel die Erfüllung des Vertrages gefährdet und der Architekt untätig bleibt. Der Architekt haftet ggf. auch für vermeidbare Mehrkosten, die durch eine verspätete Sanierung anfallen, wenn er den Ausführungsmangel im Rahmen einer pflichtgemäßen Überwachung erkennen und ab einem bestimmten Zeitpunkt auf eine Sanierung hätte drängen müssen. Die (reinen) Mangelbeseitigungskosten fallen ihm aber nicht zur Last.

#### b) Erkennbarkeit des Bauwerksmangels und Überwachungsintensität

Ob und wann der überwachende Architekt den Bauwerksmangel erkennen konnte und musste, ist aus einer ex-ante-Perspektive unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.<sup>93</sup> Die Erkennbarkeit richtet sich einerseits nach Art und Umfang des Baumangels und andererseits nach der bei den ausgeführten Arbeiten gebotenen Überwachungsintensität.<sup>94</sup> Bei der Überwachungsintensität kann auf die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien abgestellt werden, namentlich die Bedeutung der Bauarbeiten für die Funktionalität des Bauwerks sowie deren Komplexität, Gefahrgeneigtheit und Schadensträchtigkeit. In der Rechtsprechung hat sich hier eine Dichotomie wie folgt herausgebildet:

- (1) Nach der oben zitierten Formel des BGH erfordern „wichtige“ oder „kritische“ Arbeiten, die „erfahrungsgemäß ein hohes Mängelrisiko aufweisen“, eine hohe Überwachungsintensität. Eine unmittelbare örtliche Überwachung hat daher bei besonders wichtigen und schadensgeneigten Ausführungsschritten zu erfolgen. Im Rahmen der Zumutbarkeit ist jedoch zu berücksichtigen, dass regelmäßig parallel in verschiedenen Bereichen (besonders) überwachungsbedürftige Arbeiten ausgeführt werden und der überwachende Architekt – selbst bei Einsatz mehrerer Bauüberwacher und bei optimaler zeitlicher (Eigen-)Organisation<sup>95</sup> und

Baublaukoordination – nicht gleichzeitig alle Baustellenbereiche beaufsichtigen kann,<sup>96</sup> jedenfalls nicht mit zumutbarem Personaleinsatz. Deshalb besteht keineswegs ein Automatismus dergestalt, dass bei besonders überwachungsbedürftigen Arbeiten jeder Bauwerksfehler zu erkennen und zu vermeiden ist. Vielmehr können bei komplexen Baustellenverhältnissen, die sich durch eine Vielzahl parallel zu überwachender Arbeiten charakterisieren, auch bei besonders überwachungsbedürftigen Arbeiten Bauwerksmängel für den überwachenden Architekten unvermeidbar sein. Freilich ist der Architekt gerade in solchen Situationen gehalten, seine Überwachungsmaßnahmen dezidiert zu dokumentieren, um im Streitfall seiner Darlegungs- und Beweislast gerecht werden zu können.

- (2) Demgegenüber sind die Anforderungen an die Überwachungsintensität bei „handwerklichen Selbstverständlichkeiten“ insoweit reduziert, als regelmäßig eine Einweisung in die Arbeiten, Stichproben und die Endkontrolle zu erwarten sind.<sup>97</sup> Im Einzelfall, bei einfachsten und/oder kurzzeitigen handwerklichen Arbeiten, kann auch eine bloße Endkontrolle genügen. Eine vollständige Freistellung von der Überwachung ist jedoch kaum mit den berechtigten Interessen des Auftraggebers zu vereinbaren.<sup>98</sup> Allerdings können bestimmte Umstände eine Erhöhung der Überwachungsintensität erforderlich machen, etwa bei Anhaltspunkten für Mängel (z.B. aufgrund eines vorangehenden Bedenkenhinweisen) oder anhaltend schlechtleistenden Bauunternehmen.

93 Vgl. BeckHOAI/Seifert/Fuchs, 3. Aufl. 2022, § 34 HOAI, Rdnr. 282a m.w.N.; OLG Naumburg, Urt. v. 26.11.2002 – 11 U 234/01: „Als durch mangelhafte Bauüberwachung hervorgerufen können nur die Mängel gelten, die normalerweise bei ordnungsgemäßer Leistung des Architekten erkannt worden wären.“

94 BeckHOAI/Seifert/Fuchs, 3. Aufl. 2022, § 34 HOAI, Rdnr. 288; OLG München, Urt. v. 08.06.2010 – 28 U 2751/06.

95 Zur Obliegenheit, sich zeitlich so zu organisieren, dass die überwachungsbedürftigen Arbeiten auch tatsächlich überwacht werden: OLG Naumburg, Urt. v. 26.11.2002 – 11 U 234/01.

96 Vgl. BeckHOAI/Seifert/Fuchs, 3. Aufl. 2022, § 34 HOAI, Rdnr. 28.

97 BeckHOAI/Seifert/Fuchs, 3. Aufl. 2022, § 34 HOAI, Rdnr. 288 m.w.N.

98 A.A. womöglich OLG Koblenz, Urt. v. 20.12.2012 – 1 U 926/11 m.w.N.

In der Praxis, insbesondere bei den Instanzgerichten, lässt sich die Tendenz erkennen, dass die handwerklichen Selbstverständlichkeiten eher zurückhaltend angenommen werden. Selbst wenn handwerkliche Selbstverständlichkeiten auszuführen sind, hat der Architekt zu prüfen, ob die äußeren Bedingungen (z.B. Witterung) passend sind;<sup>99</sup> er muss – obwohl es sich um eine handwerkliche Selbstverständlichkeit handelt – das Verlegen von Teppichboden überwachen, wenn es um die Grundierung geht.<sup>100</sup> Umgekehrt werden zunehmend besonders überwachungspflichtige Arbeiten angenommen.

#### These 6:

Kommt es zu einem Bauwerksmangel, hat der Architekt nunmehr alle ihm zur Verfügung stehenden, erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Beseitigung des Bauwerksmangels durch den ausführenden Unternehmer zu veranlassen und auf diese Weise die vereinbarten Überwachungsziele zu erreichen. Kommt der Architekt dem nach, dann ist seine Überwachungsleistung selbst dann vertragsgerecht, wenn der bauausführende Unternehmer den Ausführungsmangel nicht (ordnungsgemäß) beseitigt.

#### Erwägungen:

Stellt der überwachende Architekt im Rahmen der Überwachung einen Mangel der Ausführung fest, hat der Architekt sodann geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Beseitigung des Bauwerksmangels durch den ausführenden Unternehmer zu veranlassen. Der Architekt hat den Mangel unverzüglich zu dokumentieren und den Auftraggeber darüber zu informieren und auch alles Weitere zu unternehmen, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, seine vertraglichen Rechte gegenüber dem bauausführenden Unternehmer auszuüben.<sup>101</sup> Abhängig von der vertraglichen Gestaltung oder einer initialen Absprache mit dem Auftraggeber anlässlich des Bauwerksmangels hat entweder der Architekt selbst – im Rahmen des nach §§ 3, 5 RDG Zulässigen<sup>102</sup> – den bauausführenden Unternehmer zur Mängelbeseitigung aufzufordern oder Zuarbeiten zu einer entsprechenden Mängelbeseitigungsaufforderung des Auftraggebers zu leisten.

Die weiteren Schritte sind abhängig vom Verhalten des bauausführenden Unternehmens: Erklärt sich

das ausführende Unternehmen zur Mängelbeseitigung bereit, hat der Architekt die Arbeiten zu koordinieren und zu überwachen. Ist die Mängelbeseitigung erfolglos, hat er die vorbeschriebenen Schritte zu wiederholen. Verweigert das ausführende Unternehmen die Mängelbeseitigung, ist der Auftraggeber, sofern er davon noch keine Kenntnis hat, darüber zu informieren und – wiederum im Rahmen des nach §§ 3, 5 RDG Zulässigen – über mögliche Maßnahmen zur Wahrung seiner Rechte zu beraten (nochmalige Aufforderung mit Kündigungsandrohung, Kündigung, Ersatzvornahme etc.). Gleiches gilt, wenn sich der ausführende Unternehmer zwar zur Mängelbeseitigung bereit erklärt, diese jedoch nicht zum Erfolg führt.

Ergreift der überwachende Architekt die vorbeschriebenen Maßnahmen, ist seine Überwachungsleistung selbst dann vertragsgerecht, wenn der bauausführende Unternehmer den Ausführungsmangel überhaupt nicht oder jedenfalls nicht ordnungsgemäß beseitigt.

#### These 7:

Der DBGT empfiehlt dem Gesetzgeber, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die vorsieht, dass

- (1.) der Unternehmer (überwachender Architekt) verpflichtet ist, dem Besteller rechtzeitig vor Beginn der geschuldeten Überwachungsleistungen einen Überwachungsplan zur Zustimmung vorzulegen, in dem die für das Vorhaben vorgesehenen Überwachungsmaßnahmen nach Art und Umfang zu beschreiben sind,
- (2.) die Zustimmung des Bestellers als erteilt gilt, wenn der Besteller sie nicht innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage des Überwachungsplans unter Angabe der Gründe verweigert, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über die

99 OLG Köln, Urt. v. 08.09.2017 – 19 U 133/16; Staudinger/Klein/Moufang, BGB, §§ 650q i.V.m. 633 Rdnr. 134.

100 OLG Frankfurt, Urt. v. 16.09.2024 – 29 U 61/23, demzufolge es sich aufgrund der erheblichen Verlegefläche sogar um eine besonders überwachungspflichtige Arbeit handeln soll.

101 Vgl. BeckHOAI/Seifert/Fuchs, 3. Aufl. 2022, § 34 HOAI, Rdnr. 282c.

102 Zur Problematik: BeckHOAI/Seifert/Fuchs, 3. Aufl. 2022, § 34 HOAI, Rdnr. 282c; Ryll, BauR 2024, 1099 (1114 f.).

Erklärungsfrist und die Rechtsfolgen einer nicht oder nicht rechtzeitig erfolgten Verweigerung unterrichtet hat,

- (3.) im Falle der (ggf. fingierten) Zustimmung die in Übereinstimmung mit dem Überwachungsplan erbrachten Überwachungsleistungen als vertragsgemäß gelten, es sei denn, die im Überwachungsplan vorgesehenen Maßnahmen waren von Anfang an nicht als Grundlage für die Errichtung eines den Überwachungszielen entsprechenden Bauwerk oder eine Außenanlage geeignet.

#### **Erläuterung:**

Die Ausführungen zum Inhalt der Überwachungspflicht im Rahmen der vorangegangenen Thesen verdeutlichen die erheblichen Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung. Die BGH-Rechtsprechung ist geprägt von formelhaften Wendungen, die nur einen (groben) Rahmen vorgeben. Die Ausfüllung erfolgt durch eine stark einzelfallgeprägte und in Teilbereichen divergierende Instanzrechtsprechung. Dieser Befund ist angesichts der Bedeutung der Überwachung und deren Haftungsrelevanz problematisch.

Es kommen – neben der richterrechtlichen Weiterentwicklung – verschiedene gesetzgeberische Lösungsmöglichkeiten in Betracht. Gegen eine Konkretisierung der Überwachungspflichten durch Einführung einer entsprechenden Regelung im BGB sprechen rechtssystematische Gründe. Das mit § 650p Abs. 2 BGB erstmals angewendete Regelungsmodell, dispositivrechtlich die Pflicht zur Erbringung einzelner Planungs- oder Überwachungsleistungen (dort: Planungsgrundlage nebst Kosteneinschätzung als synallagmatische Hauptleistungspflichten) zu begründen, begegnet Bedenken. Denn unmittelbare (Preis- und) Leistungsabreden als Kernbereich der Ausübung privatautonomer Handlungsfreiheiten sollten grundsätzlich nicht hoheitlich durch heteronome Rechtssetzung, sondern von den Parteien geregelt werden (vgl. die ratio legis von § 307 Abs. 3 BGB).<sup>103</sup> Eine andere Möglichkeit bestünde darin, eine Konkretisierung durch Überarbeitung der HOAI-Leistungsbilder zu bewirken, die zwar nicht als gesetzliches Leitbild für Überwachungsleistungen, aufgrund ihrer verbreiteten Heranziehung zur Leistungsbeschreibung gleichsam als faktisches Leitbild in die Rechtspraxis wirken könnten. Aber

auch hier stellt sich die Frage, ob die Leistungsbilder der HOAI als Gebührentatbestände der „richtige“ Ort sind, um das Konkretisierungsanliegen umzusetzen.

Eine andere Herangehensweise bestünde darin, nicht die Überwachungspflichten als solche gesetzlich zu regeln, sondern einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen, der die Parteien zu einer privatautonomen Vereinbarung entsprechend der konkreten Bedürfnisse des Einzelfalls anhält. Die hier vorgeschlagene Regelung sieht im Wesentlichen vor, dass die Parteien einen sog. Überwachungsplan vereinbaren sollen und für die Überwachungsleistungen, die der Architekt plankonform erbringt, die (widerlegliche) Vermutung der Vertragsgemäßheit streitet. Zur Begründung ist Folgendes auszuführen:

#### **1. Pflicht zur Vorlage eines „Überwachungsplans“**

Der überwachende Architekt wird verpflichtet, dem Auftraggeber rechtzeitig vor Beginn der Bauausführung und der damit korrespondierenden Überwachungsleistungen einen Überwachungsplan zur Zustimmung vorzulegen. Der Überwachungsplan soll eine detaillierte Beschreibung der konkret auszuführenden Überwachungsleistungen bezogen auf das individuelle Bauvorhaben liefern, um als geeignete und möglichst erschöpfende Grundlage für eine privatautonome Beschaffenheitsvereinbarung über die Überwachungspflichten fungieren zu können.

Im Überwachungsplan sind die für das Vorhaben vom Architekten vorgesehenen Überwachungsmaßnahmen nach Art und Umfang detailliert zu beschreiben. Der Überwachungsplan sollte differenziert nach den vom Architekten zu überwachenden Gewerken und unter Bezugnahme z.B. auf Leistungsverzeichnisse, Ausführungs- und Bauzeitpläne darstellen, wann der überwachende Architekt welche Maßnahmen zu Erreichung der Überwachungsziele ergreift. Bezogen auf das jeweilige Gewerk sollten daher nähere Festlegungen zur Einweisung in die Arbeiten sowie insbesondere zur Art, zum Umfang und zur Häufigkeit der vom

<sup>103</sup> Kues/v. Kiedrowski/Bolz AGB-Klauseln Bauverträge/Ryll, 1. Aufl. 2024, § 19 Rdnr. 28.

überwachenden Architekten – ggf. stichprobenhaft – durchzuführenden Kontroll- und Aufsichtsmaßnahmen enthalten. Die Festlegungen sind vom Architekten nicht willkürlich zu treffen, sondern sollten objektiv dazu geeignet sein, die Überwachungsziele zu erreichen, da andernfalls die als Rechtsfolge vorgesehene Vermutung widerlegt werden kann (dazu sogleich näher).

## 2. Rechtsfolge: Vermutungswirkung

Stimmt der Auftraggeber dem vorgelegten Überwachungsplan ausdrücklich oder konkludent zu, wird er Vertragsinhalt. Die Zustimmung soll als erteilt gelten (Fiktion), wenn der Auftraggeber sie nicht innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage des Überwachungsplans unter Angabe der Gründe verweigert, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über die Erklärungsfrist und die Rechtsfolgen einer nicht oder nicht rechtzeitig erfolgten Verweigerung unterrichtet hat. Verweigert der Auftraggeber die Zustimmung, wird der Überwachungsplan nicht Vertragsinhalt. Die – in Anlehnung an § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB – Obliegenheit, die Verweigerung zu begründen, erscheint im Lichte des Kooperationsgebots und zur Initiierung eines konstruktiven, auf Herbeiführung eines Einverständnisses gerichteten Dialogs geboten. Können sich die Parteien nicht auf einen Überwachungsplan einigen, bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen, das heißt, der überwachende Architekt muss die Überwachungsleistungen erbringen, die erforderlich und für die Errichtung eines den Überwachungszielen entsprechenden Bauwerks objektiv geeignet sind.

Wie eingangs ausgeführt, wird der Überwachungsplan im Falle der (ggf. fingierten) Zustimmung Vertragsinhalt und konstituiert die Soll-Beschaffenheit der Überwachungsleistung. Gleichwohl kann sich die schwierige Frage stellen, ob die im Überwachungsplan vorgesehenen Maßnahmen überhaupt objektiv geeignet sind, um die Überwachungsziele zu erreichen. Angesprochen ist hier die „Mutter aller Konflikte“, nämlich der Konflikt zwischen vereinbarter Leistung und geschuldetem Erfolg.<sup>104</sup> Nach dem hier vorgeschlagenen Regelungsmodell soll vermutet werden, dass die im Überwachungsplan beschriebenen Maßnahmen vertragsgemäß, also zur Errichtung eines den Überwachungszielen entsprechenden Bauwerks

und damit zur Herbeiführung des Werkerfolgs, objektiv geeignet sind. Der Auftraggeber kann die Vermutung jedoch widerlegen, indem er darlegt und beweist, dass die im Überwachungsplan vorgesehenen Maßnahmen von Anfang an nicht als Grundlage für die Errichtung eines den Überwachungszielen entsprechenden Bauwerks geeignet waren. Diese Grundsätze sollen auch vor Abnahme gelten, also in einem Stadium, in dem grundsätzlich der Architekt die Vertragsgemäßheit seiner Leistungen zu beweisen hätte.

Dieses Korrektiv ist notwendig, um den Auftraggeber davor zu schützen, dass der überwachende Architekt aus sachfremden Gründen (etwa zur Reduzierung der entstehenden Überwachungsaufwände) einen unzureichenden Überwachungsplan stellt. Das Schutzbedürfnis rührt daher, dass Auftraggeber regelmäßig nicht über die gleiche Fachkunde verfügen wie Architekten und daher die objektive Eignung der vorgeschlagenen Überwachungsmaßnahmen fachlich nicht beurteilen können. Zudem würde die Erfolgshaftung des Architekten bei Fehlen einer solchen Einschränkung übergebührlich relativiert werden.

Gegen die hier vorgeschlagene Regelung könnte eingewendet werden, dass die Vereinbarung eines Überwachungsplans einseitig die Rechtsposition des überwachenden Architekten verbessert und aus Sicht des Auftraggebers keine Anreize für die Zustimmung zum Überwachungsplan bestehen. Einer solchen Sichtweise ist entgegenzuhalten, dass im Ausgangspunkt ein beidseitiges objektives Interesse daran besteht, eine Konkretisierung der Überwachungspflicht herbeizuführen. Damit werden – derzeit häufig geführte – Diskussionen darüber, was im Rahmen der Überwachung überhaupt geschuldet ist, vermieden. Durch die Verpflichtung zur Vorlage eines Überwachungsplans wird zudem erreicht, dass der Architekt frühzeitig eine Arbeitsvorbereitung durchführen und sich dabei intensiv und kritisch mit den notwendigen Überwachungsmaßnahmen auseinandersetzen muss – ein Umstand, der sich positive auf die Überwachungsqualität auswirken kann. Der Überwachungsplan stellt zugleich eine geeignete Grundlage für einen – von den Parteien oder vom

104 Grundlegend: BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, Rdnr. 15.

Tatrichter durchzuführenden – Soll-Ist-Abgleich der geplanten und tatsächlichen ausgeführten Überwachungsleistungen dar und ermöglicht damit eine objektive Kontrolle. Architekten sind gehalten, das Überwachungs-Ist minutiös anhand des Überwachungsplans zu dokumentieren, um im Streitfall den ihm obliegenden Nachweis führen zu können, dass sämtliche im Überwachungsplan vorgesehenen Maßnahmen plankonform durchgeführt wurden. Wie bereits zuvor ausgeführt, sind Auftraggeber jederzeit in der Lage, die Nichteignung der im Plan beschriebenen Maßnahmen – ggf. mit sachverständiger Hilfe – einzuwenden und damit die Vermutung, dass die beschriebenen Maßnahmen zur Erreichung der Überwachungsziele geeignet sind, (nachträglich) zu widerlegen. Es ist deshalb zu erwarten, dass sich der Auseinandersetzungsschwerpunkt hierauf verlagern würden. Hierzu ergehende Rechtsprechung könnte genutzt werden, um Überwachungspläne im beiderseitigen Interesse zu optimieren und „kontrollfest“ zu machen. Zudem könnte sich eine Standardisierung effizienz- und qualitätsfördernd auswirken, etwa durch entsprechende Empfehlungen und Veröffentlichungen der berufsständischen Institutionen. Eine gesetzliche Vorgabe – vergleichbar mit § 650j BGB i.V.m. Art. 249 EGBGB – dürfte hingegen nicht zielführend sein, da hier nur ein abstrakter Rahmen vorgegeben werden könnte, der den Bedürfnissen des Einzelfalls nicht gerecht werden kann.

#### These 8:

Die Beseitigung der Gesamtschuld unter Beteiligung der Architekten ist nicht geeignet, die Haftung des Architekten einzugrenzen. Die Gesamtschuld bietet für den Architekten mehr Chancen als Risiken.

Die Gesamtschuldverhältnisse im Baubereich sind vielfältig. Gerade wenn ein Überwachungsfehler gegeben ist, ist das Bestehen einer Gesamtschuld naheliegend. Treffen ein Ausführungsfehler des Unternehmers und ein Objektüberwachungsfehler zusammen, weil der Objektüberwacher den Ausführungsfehler pflichtwidrig nicht erkannt hat, stehen die beiden sich hieraus ergebenden Ansprüche im Rechtsverhältnis der Gesamtschuld zueinander. Der Auftraggeber als Gläubiger kann sich nach § 421 BGB aussuchen, wen von den Gesamtschuldnern er in welchem Umfang in Anspruch nimmt.

Mit der Frage der Gesamtschuld hat sich der Baugerichtstag bereits in der Vergangenheit befasst. Der 3. DBGT hatte 2010 die folgende Empfehlung ausgesprochen:

„Der Baugerichtstag spricht sich dafür aus, die mit der gesamtschuldnerischen Haftung der Architekten und Ingenieure gemeinsam mit den Unternehmern im Überwachungsbereich verbundenen Probleme umfassend zu untersuchen und sach- und interessengerechten Lösungen zuzuführen. Dabei sind materiell-rechtliche, versicherungsrechtliche, vergaberechtliche und prozessuale Aspekte zu bearbeiten.“<sup>105</sup>

Auch hier klingt an, dass die Gesamtschuld dem Architekten, insbesondere wenn er mit der Überwachung beauftragt ist, Probleme bereitet. Dabei wird übersehen, dass die Gesamtschuld mehr Chancen als Risiken für den Architekten, auch für den Überwacher bietet.

#### 1. Vorliegen der Gesamtschuld

Ein Gesamtschuldverhältnis wird angenommen, wenn die Verpflichtungen mehrerer Schuldner gegenüber einem Gläubiger nach der maßgeblichen Interessenlage des Gläubigers grundsätzlich inhaltsgleich sind. Das ist in der Regel dann anzunehmen, wenn die Schuld demselben Zweck dient, wenn also jeder der Schuldner auf seine Art für die Beseitigung desselben Schadens einzustehen hat, den der Besteller dadurch erleidet, dass jeder von ihnen seine vertraglich geschuldeten Pflichten mangelhaft erfüllt hat.<sup>106</sup> Nach dieser Maßgabe besteht ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem ausführendem Unternehmer und dem überwachendem Architekten, wenn beide ihre vertraglichen Pflichten verletzt haben und dies in der Person des Auftraggebers zu einem Schaden geführt hat. Nach der Rechtsprechung reicht hierzu aus, dass sich ein Mangel am Bauwerk verwirklicht hat – ob diese Sichtweise belastbar ist, wird hier in Frage gestellt, gerade weil der Überwacher weder verpflichtet ist, die Entstehung eines Mangels zu verhindern noch die rechtlichen Möglichkeiten besitzt, auf die Entstehung bzw. die

<sup>105</sup> BauR 2010, 1381 (1392).

<sup>106</sup> Grundlegend die Entscheidung des Großen Senats: BGH, Beschl. v. 01.02.1965 – GSZ 1/64.

Beseitigung des Mangels vor Abnahme zu drängen. Ungeachtet dessen kann sich die Gesamtschuld auf Folgeschäden beziehen, für die ggf. mehrere Beteiligte einzustehen haben.

Nach der Rechtsprechung steht dem Vorliegen der Gesamtschuld nicht entgegen, wenn die Pflichten der Beteiligten nicht identisch sind, weil etwa der Unternehmer auf Nacherfüllung und der Architekt auf Schadensersatz haftet.<sup>107</sup> Die Gleichartigkeit der Ansprüche liegt zwar „hart an der Grenze“, aber ist noch gegeben.<sup>108</sup> Die Gesamtschuld zwischen dem bauüberwachenden Architekten und dem ausführenden Unternehmer wird in § 650t BGB angesprochen, aber nicht geregelt – das Bestehen der Gesamtschuld wird in der Überschrift vorausgesetzt. Danach steht dem Architekten gegenüber dem Anspruch des Auftraggebers wegen eines Mangels am Gebäude ein Leistungsverweigerungsrecht zu, 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.<sup>109</sup>

Neben dem bauüberwachenden Architekten und dem Bauunternehmer besteht ein Gesamtschuldverhältnis auch zwischen dem planenden und dem bauleitenden Architekten<sup>110</sup> sowie zwischen dem Planer und dem ausführenden Unternehmer.<sup>111</sup> In der zuletzt genannten Konstellation ist aber das Mitverschulden des Auftraggebers zu berücksichtigen: Die Gesamtschuld ist dann begrenzt auf die Höhe, mit der die Gesamtschuldner haften. Da sich der Besteller das Planungsverschulden des Architekten gegenüber anderen Beteiligten in der Regel anrechnen lassen muss,<sup>112</sup> ist deren Haftungsanteil von vornherein verkürzt.

## 2. Konsequenzen der Gesamtschuld

Die Vielzahl der Konstellationen und der Umstand, dass Mehrere auf denselben Schaden haften, führt häufig zu der Überzeugung, die Gesamtschuld zwischen den Beteiligten sei für den Architekten nachteilig, weil er über eine Berufshaftpflichtversicherung verfüge und deshalb im Ergebnis vorrangig (unter Berücksichtigung des Leistungsverweigerungsrechts) in Anspruch genommen werde. Diese Überzeugung ist durch die rechtliche Wirklichkeit nicht gedeckt und geht am Kern des Problems vorbei. Zum einen: Wenn mehrere

Beteiligte einen Schaden verursachen und (ggf. aus unterschiedlichen Gründen und mit unterschiedlichem Inhalt) haften, dann ergibt sich der Anspruch gegen jeden Beteiligten aus dem jeweiligen Schuldverhältnis. Dass die Ansprüche gegenüber dem Auftraggeber im Verhältnis der Gesamtschuldner stehen, spielt für das Bestehen der eigenen Haftung keine Rolle – die Gesamtschuld erweitert die bestehende Haftung nicht. Zum anderen: Die Vorschriften der §§ 422 ff. BGB beinhalten für die Gesamtschuldner – im Vergleich zur Alternative, dass die Verbindlichkeiten ohne ein Gesamtschuldverhältnis nebeneinander stehen – Vorteile. So wirkt die Erfüllung eines Gesamtschuldners auch für den weiteren Gesamtschuldner, § 422 BGB, was nicht der Fall wäre, wenn die Schuldner nebeneinander stehen würden. Hervorzuheben ist insbesondere der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB. Hierbei handelt es sich um einen eigenen Anspruch jeden Gesamtschuldners auf Ausgleich gegen die anderen Gesamtschuldner. Dieser Anspruch steht dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner gegen den ausgleichsverpflichteten Gesamtschuldner zu. Für diesen Anspruch gilt eine eigenständige regelmäßige Verjährung von drei Jahren, die unabhängig ist von der Verjährung des Anspruchs des Gläubigers gegen die anderen Gesamtschuldner und die der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner hemmen kann. Alternativ würde der Objektüberwacher gem. § 255 BGB analog nach entsprechender Befriedigung des Gläubigers (nur) den weiteren Anspruch des Gläubigers gegen den weiteren Gesamtschuldner, z.B. den ausführenden Unternehmer, erhalten – regelmäßig zu einer Zeit, zu dem der Anspruch des Gläubigers verjährt sein kann, ohne dass der Objektüberwacher die Möglichkeit gehabt hätte, die Verjährung zu hemmen. Die Ausgleichsansprüche haben in der Praxis hohe Bedeutung, gerade wenn Berufshaftpflichtversicherer eingebunden sind. Dieser Vorteil ist daher nicht zu unterschätzen.

107 Auch hierzu die Entscheidung des Großen Senats, ebd.

108 So ausdrücklich der Große Senat, ebd.

109 Vgl. hierzu Staudinger/Klein/Moufang, BGB, § 650t Rdnr. 1 ff.

110 BGH, Urt. v. 29.09.1988 – VII ZR 182/87.

111 OLG Stuttgart, Urt. v. 30.09.2019 – 10 U 107/19.

112 BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05.

Im Ergebnis ist nicht das Bestehen der Gesamtschuld zwischen Unternehmer und Überwacher das Problem – das Bestehen der Gesamtschuld bietet mehr Chancen als Risiken. Das Problem besteht in der ausgefertigten Haftung. Hier versuchen die

Thesen anzusetzen. Der Hebel der Gesamtschuld wäre für die Eingrenzung der Haftung ungeeignet und die Beseitigung der Gesamtschuld eher schädlich für denjenigen, der vom Gläubiger in Anspruch genommen wird.

## Arbeitskreis X – Baubetrieb

### Gemeinsame Arbeitskreisleiter

Univ.Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla, Dortmund

Herr Univ.-Prof. Dr.-Ing. Mike Gralla ist Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls Baubetrieb und Bauprozessmanagement an der Technischen Universität Dortmund. Er ist Vorstandsmitglied des Deutschen Baugerichtstags, Präsident der 1. Wissenschaftlichen Vereinigung Projektmanagement e.V.; Vorstandmitglied des DVP e.V. und Inhaber eines Ingenieurbüros für baubetriebliche Beratung, Bauablaufstörungen und Bauvertragsmanagement und Projektsteuerung. Zudem ist er als Schlichter und Adjudikator bei Streitigkeiten im Bau und Anlagenbau tätig. Er ist Autor und Herausgeber zahlreicher Bücher und Veröffentlichungen zu baubetrieblichen, bauwirtschaftlichen und baujuristischen Themen. Vor seiner Hochschultätigkeit war er langjährig in leitender Position in der Bauindustrie tätig.

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch, Essen

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch ist Inhaber des Lehrstuhls für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der Hochschule Bochum sowie Gründungspartner der KKP Beratende Ingenieure PartGmbH in Essen und München, die auf bauwirtschaftliche Fragestellungen, Beratungen und Schlichtung bei Vergütungsstreitigkeiten und Bauablaufstörungen spezialisiert sind.

Herr Prof. Dr.-Ing. Kattenbusch ist von der Ingenieurkammer Bau NRW als Sachverständiger öffentlich bestellt und vereidigt auf dem Fachgebiet „Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau sowie Bauablaufstörungen“. Zudem ist er als Schlichter, Mediator und Schiedsgutachter tätig.

Er ist Mitglied des Vorstandes des Deutschen Baugerichtstags e.V. und hat wiederholt die Leitung des Arbeitskreises X (Baubetrieb) innegehabt. Darüber hinaus ist er Autor diverser Veröffentlichungen, u.a. kommentiert er § 650c für den Beck Verlag.

### Referenten

Dipl.-Kfm. Sascha Wiehager, Düsseldorf

Sascha Wiehager ist seit 2018 geschäftsführender Institutsleiter des BWI-Bau, Institut der Bauwirtschaft, eine Tochter der Arbeitgeberverbände der Bauindustrie, Autor zahlreicher Veröffentlichungen (u.a. ARGE-Leitfaden, Strukturierte E-Rechnung, Taxonomie-Leitfaden, LKSG-Checkup, Compliance in Bauunternehmen)

Zuvor hatte er ab 2015 die Ressortleitung Finanzen beim BWI-Bau inne. Davor war er ab 2008 im Projektmanagement in einem aufstrebenden Unternehmen der Elektroindustrie (Leuchtenbau) mit der weltweiten Belieferung und Steuerung von Bauprojekten tätig, zunächst in der Einzelprojektverantwortung, später als Vertriebsleiter, zuletzt als Berater/freier Mitarbeiter. Nach Abschluss des Studiums mehrjährige Tätigkeit in der Wirtschaftsprüfung mit weiteren Projekten in der Baubranche (Jahresabschluss, IT-Revision, Risikomanagement); berufsbegleitender Erwerb des US-amerikanischen Abschlusses zum Certified Information Systems Auditor (IT-Revision).

Rechtsanwalt Jarl-Hendrik Kues, LL.M., Frankfurt am Main

Jarl-Hendrik Kues, LL.M. ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Vergaberecht sowie Seniorpartner der Vergabe- und Baurechtssozietät c.r.p. law. partnerschaft mbh in Frankfurt am Main. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen seit über 20 Jahren in der Durchsetzung oder Abwehr von Nachtragsforderungen/baubetrieblichen Ansprüchen. Herr Kues ist Herausgeber des Fachbuchs Kues/v. Kiedrowski/Bolz, AGB-Klauseln in Bauverträgen sowie des Kommentars Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht und kommentiert dort selbst die §§ 650b und c BGB. Er ist zudem Co-Autor verschiedener weiterer Fachbücher, u.a. in dem von Leinemann herausgegebenen „VOB/B-

Kommentar“ und bearbeitet dort § 6 VOB/B („Bauzeit“) und § 642 BGB „Mitwirkung des Bestellers“, dem von Jansen/Seibel herausgegebenen „VOB/B-Kommentar“, dort § 2 VOB/B („Nachträge“) sowie dem Beck'schen VOB/B-Kommentar, dort § 1 VOB/B („Bestimmung der Leistung“).

### A. Thesen:

1. Für die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten ist der Begriff der Kosten an den herrschenden betriebswirtschaftlichen Definitionen zu orientieren und nicht anhand von pagatorischen Kosten.
2. Kalkulationskonventionen wie Mittellohn, Geräteverrechnungssätze und auch Verrechnungssätze für Overhead sind als tatsächlich erforderliche Kosten anzusehen.
3. Es muss geklärt werden, ob und wenn ja inwieweit „Sondereffekte“ wie Ergebnisse von Preisverhandlungen mit Lieferanten, Jahresrückvergütungen von Lieferanten bei einer bestimmten Abnahmemengen etc, bei den tatsächlich erforderlichen Kosten zu berücksichtigen sind.
4. Die Angemessenheit des Zuschlags für AGK sollte sich an der individuellen Unternehmens- und Kostenstruktur des AN orientieren.
5. Die Angemessenheit der Zuschläge für Wagnis und für Gewinn orientiert sich an projekt- und nachtragsbezogenen Ertragsparametern.

### Begründung:

Die Umsetzung der Regelungen des § 650c BGB führt in der Praxis regelmäßig zu Problemen. Insbesondere ist die Darlegung des vermehrten oder verminderten Aufwands infolge einer Leistungsänderung regelmäßig problembehaftet, da hierfür ein Vergleich zwischen den tatsächlich erforderlichen Kosten der geänderten Leistung und den sogenannten hypothetisch tatsächlich erforderlichen Kosten der ursprünglichen (aber eben nicht realisierten) Leistung erforderlich wird. Dies stellt den Auftragnehmer oftmals vor große Herausforderungen oder vor nicht zu lösende Anforderungen. Insbesondere dann, wenn Auftraggeber zum Nachweis der Vergleichsgröße der hypothetisch tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechende Nachweise, wie etwa Verträge, Rechnungen etc. verlangen, die möglicherweise nicht existieren, da die Leistung so nicht erbracht wurde.

Ebenso führt eine dogmatische Sichtweise, die unter dem Begriff der „Kosten“ immer ein tatsächlicher Geldtransfer versteht, in der Nachweisführung in eine Sackgasse, da Ansätze wie Mittellohn, Geräteverrechnungssätze oder Verrechnungssätze für Baustellengemeinkosten damit ausscheiden. In der Betriebswirtschaftslehre hingegen wird unter Kosten der bewertete Werteverzehr aus der Kosten- und Leistungsrechnung verstanden.

Vielmehr gilt derzeit:

Der Vergütungsanspruch für den infolge der Anordnung vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich angefallenen Kosten (Mehr- oder Minderkosten) zu ermitteln. Diese tatsächlichen Kosten unterscheiden sich von kalkulatorischen Kosten, die meist das Resultat einer Bewertung der Leistungserbringung durch den Kalkulator sind. Tatsächliche Kosten sind grundsätzlich solche, die mit einem konkreten Mittelabfluss/Aufwand einhergehen. Hier stellt sich unmittelbar die Frage, was dies für eigene Aufwendungen bedeutet.

Diese tatsächlichen Kosten sind damit auch streng zu unterscheiden von den kalkulierten Kosten. Bei Leistungsänderungen darf daher niemals ein Vergleich zwischen tatsächlich angefallenen und den vom Auftragnehmer kalkulierten Kosten vorgenommen werden.

Vielmehr werden die hypothetischen Kosten, die tatsächlich angefallen wären, mit den tatsächlichen Kosten, die wirklich angefallen sind – sog. „Ist-Kosten“ – verglichen.<sup>1</sup> Dies bedeutet, dass nur real entstehende Kosten ansetzbar sind, demzufolge z.B. die Heranziehung eines kalkulierten Mittellohns daher strenggenommen ausscheidet.<sup>2</sup>

Maßgeblich für die tatsächlichen Kosten sind also der tatsächliche Umfang des Einsatzes von Personal, Geräten, Stoffen und dergleichen sowie

<sup>1</sup> Siehe hierzu die Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 18/8486, 56.

<sup>2</sup> So wohl Dauner-Lieb/Langen, in: Langen/Berger, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 650c BGB, Rdnr. 41, der von „aufgrund der Änderungsleistung entstandenen Kosten wie Lohnaufwand“ spricht; abweichend von Rintelen Kniffka, in: Jurgeleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl., § 650c BGB, Rdnr. 55 ff.: Mittellohn für eingesetzte Arbeitnehmer der jeweiligen Qualifikation, so auch Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B, 6. Aufl., § 2, Rdnr. 106.

die tatsächlich anfallenden Kosten für den Einsatz der genannten Betriebsmittel bzw. der üblicherweise hierfür zu verrechnende Aufwand. Bei Eigengeräten kann auf die üblichen Mietkosten bzw. die Verrechnungssätze gem. Baugeräteleiste zurückgegriffen werden. Bei den Materialkosten sind die tatsächlichen Anschaffungskosten einschließlich etwaig notwendigem Verschnitt und Aufwendungen für Verpackung, Transport zu vergüten.

Der Auftragnehmer muss also eine Vergleichsrechnung aufstellen, welche Kosten insoweit für die unveränderte Vertragsleistung hypothetisch ohne Änderungsanordnung tatsächlich angefallen wären und welche Kosten im Vergleich hierzu aufgrund der Anordnung tatsächlich angefallen sind.<sup>3</sup> Die sich hieraus ergebende Differenz der tatsächlichen Kosten ist die Grundlage für die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB.<sup>4</sup>

Die Darlegung und der Nachweis der hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung angefallen wären, obliegen dem Auftragnehmer. Dabei stellt sich unmittelbar die Frage, bis hin zu welcher Nachweistiefe müssen die vermeintlich hypothetischen Kosten belegt werden und wie ist vorzugehen, wenn hierzu keine Unterlagen vorliegen oder diese Unterlagen seitens des Auftraggebers nicht als ausreichend anerkannt werden.

Auch wenn immer von „den“ tatsächlich erforderlichen Kosten mit scheinbar arithmetischer Genauigkeit gesprochen wird, handelt es sich in der Regel nur um eine Bewertung innerhalb einer Bandbreite.

Aus baubetrieblicher Sicht muss man sich daher von der im Gesetz und in den Kommentierungen gewünschten arithmetischen Genauigkeit bei der Kostenermittlung verabschieden. Unschärfen sind unvermeidlich und müssen akzeptiert werden. Diese Unschärfen sind im Übrigen nicht nur bei einer (vor-)kalkulatorischen Ermittlung systemimmanent, sondern eben auch im Grundsatz des § 650c Abs. 1 BGB verankert.

Während es noch einigermaßen möglich sein wird, den Kostennachweis für die tatsächlich ausgeführte Leistung zu führen, wird es regelmäßig bei der Darlegung der hypothetisch tatsächlich erforderlichen Kosten für die ursprüngliche – aber eben nicht realisierte – Leistung, erhebliche Bewertungs- oder Ermessungsspielräume geben. Diese Situation ähnelt der Erstellung einer Angebotskalkulation. Annahmen und Schätzungen sind notwendig, um hypothetisch tatsächliche Kosten, die es aufgrund der Leistungsänderung gar nicht gegeben hat, zu identifizieren bzw. zu bewerten.

Insofern ist es für eine praktikable Anwendung der gesetzlichen Regelungen erforderlich, einige Bewertungs- bzw. Nachweiskonventionen zu diskutieren, da es ansonsten teilweise gar nicht gelingen kann, eine Vergütungsanpassung zu ermitteln.

<sup>3</sup> Vgl. Retzlaff, BauR 2017, 1781 (1799); LBD/Langen Rdnr. 43; Von Rintelen, in: Kniffka/Jurgleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl., § 650c BGB, 39 ff.; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues/Leinemann, BGB-Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 650c, Rdnr. 34.  
<sup>4</sup> BT-Drucks. 18/8486, 56; vgl. BeckOK Bauvertragsrecht/Althaus/Kattenbusch, § 650c BGB, Rdnr. 17; Jansen/Seibel-Kues, VOB/B, 6. Aufl., § 2, Rdnr. 94.

## Arbeitskreis XII – Verbraucherbaurecht

### Arbeitskreisleiter

Prof. Dr. Jochen Glöckner LL.M. (USA), Konstanz

Prof. Dr. iur., LL.M. (USA), Lehrstuhl für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Konstanz; Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

RA A. Olrik Vogel, München

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, München

### Referenten

RAin Dr. Grete Langjahr, München

Fachwältin für Bau- und Architektenrecht, München

RA Dr. Jannis Matkovic, LL.M, Marburg

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Lehrbeauftragter an der Philipps-Universität Marburg

Dr. Johannes Meier, Marburg

AkadR a. Z. Dr. iur. Johannes Meier, Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL. M. (NYU), LL. M. Eur., Institut für das Recht der Digitalisierung (IRDi) an der Philipps-Universität Marburg;

Forschungsschwerpunkte: Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Recht der Digitalisierung, Baurecht sowie Mietrecht;

Absolvent der Zusatzqualifikation im Privaten Baurecht an der Philipps-Universität Marburg (07/2015) mit zahlreichen Veröffentlichungen (Aufsätze sowie Kommentierungen) im Bereich des privaten Baurechts.

### A. Thema des Arbeitskreises

Verbraucherschutz beim Bauvertrag und Bauträgervertrag

### B. Einführung

#### Bauträgerrecht in der jüngeren bauvertragsrechtlichen Gesetzgebung

In der 2009 eingeleiteten gesetzlichen Ausgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen der Bauteiligten steht das Bauträgerrecht zeitlich – wie auch in der Struktur der 2018 in Kraft getretenen neuen Vorschriften – an letzter Stelle. Frühzeitig war das Bauträgerrecht im Zuge der Modernisierung des Bauvertragsrechts „ausgespart“ worden, zum einen im Hinblick auf die erheblichen inhaltlichen Weiterungen sowie die Besonderheiten des Bauträgervertrages, zum anderen im Hinblick auf die damals ebenfalls bereits aufgenommenen Arbeiten zu einer Reform des Wohnungseigentumsgesetzes.<sup>1</sup> Bereits die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht klammerte das Bauträgerrecht ausdrücklich aus und überwies es einem künftigen Akt der Gesetzgebung.<sup>2</sup> Immerhin wurde aber in § 650u BGB der Bauträgervertrag bereits definiert und seine rechtliche Behandlung wurde positiv-rechtlich geklärt. Mit der Niederlegung der anerkannten Grundsätze<sup>3</sup> zur Qualifikation des Bauträgervertrages folgte der Gesetzgeber einer Empfehlung des 3. DBGT von 2010.<sup>4</sup>

Im Hinblick auf die nach wie vor unbeantworteten Fragen wurde im Herbst 2014 am Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz eine weitere Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht eingesetzt, die 2016 wegen Ressourcenengpässen im Ministerium ihre Arbeit ausgesetzt hatte, doch im Frühjahr

1 Gesetz zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG). Vom 16.10.2020, BGBl. I, S. 2187, in Kraft seit dem 01.12.2020.

2 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz v. 18.06.2013, <[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abschlussbericht\\_AG\\_Bauvertragsrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1)>, site zul besucht am 10.12.2020, S. 8.

3 Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 18.05.2016, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, Begr. RegE., BT-Drucks. 18/8486, S. 27.

4 3. DBGT, AK V, 4. Empfehlung, <[https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3ak\\_alle.pdf](https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3ak_alle.pdf)>, site zul. bes. am 10.12.2020.

2018 ihre Arbeit wiederaufnahm. Sie beschäftigte sich insbesondere mit der Absicherung des Bestellers, der Ausgestaltung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums sowie der Durchsetzung von Mängelansprüchen im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum. Ein Abschlussbericht wurde im Juni 2019 vorgelegt.<sup>5</sup>

Ziel sollte es danach sein, das Bauträgervertragsrecht so zu ergänzen und systematischer auszugestalten, dass ein ausgewogenes Regelungsmodell in Form eines Gesamtkompromisses entsteht. Dabei sollte das Verbrauchervertrauen durch eine bessere Absicherung erhöht werden, denn vornehmliches Ziel der Modernisierung war bereits zu diesem Zeitpunkt die Schaffung von mehr bezahlbarem Wohnraum, ohne die Bauträger dabei unzumutbar zu belasten.<sup>6</sup>

Die anschließende Arbeit an dem Referentenentwurf wurde – ebenso wie der ursprünglich für 2020 geplante Baugerichtstag – ein Opfer der Corona-Pandemie. Die Mehrbelastung im BMJV durch zahlreiche coronabedingte Sondergesetze forderte ihren Tribut. Die ursprünglich für Frühjahr 2020 geplante Vorlage des Referentenentwurfs<sup>7</sup> blieb aus. Im Februar 2023 fragte das Bundesministerium der Justiz stattdessen interessierte Verbände an, ob das von der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht empfohlene Konzept einer zwingenden Absicherung der Abschlagszahlungen durch den Unternehmer durch ein „optionales Modell“ ersetzt werden könnte, um den Parteien des Bauträgervertrags einen größeren Gestaltungsspielraum einzuräumen und dem Besteller die eigenverantwortliche Entscheidung darüber zu überlassen, ob er eine Insolvenzabsicherung der Abschlagszahlungen in Anspruch nehmen möchte. Die Ergebnisse der Befragung wurden nicht veröffentlicht. Das Gesetzgebungsverfahren wird dem Vernehmen nach nicht weiterverfolgt.

Die derzeitige Baukrise hat zwar eindrucksvoll bestätigt, dass der Regelungsbedarf namentlich im Hinblick auf den Schutz des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers besteht, und der Arbeitskreis XII weist erneut auf diesen Regelungsbedarf hin. Weil aber der Deutsche Baugerichtstag an dieser Stelle bereits alles getan hat, was an rechtspolitischer Begleitung des Gesetzgebungsverfahrens getan werden kann, wurden die damit verbundenen Fragen nicht weiterverfolgt. Auf der anderen Seite hat die jüngere Rechtsentwicklung gezeigt,

dass die Neuregelungen über den Verbraucherbaurecht in den §§ 650i ff. BGB verschiedene spezifisch rechtspolitische Fragen aufwerfen, haben das Präsidium des Deutschen Baugerichtstages und die Leitung des Arbeitskreises XII beschlossen, den Zuschnitt des Arbeitskreises thematisch auf „Verbraucherschutz beim Bauvertrag und Bauträgervertrag“ zu erweitern.

### **Bauträgervertrag in der Behandlung durch den DBGT**

Das Bauträgerrecht hat den Baugerichtstag seit seiner Gründung beschäftigt. Bereits beim Deutschen Baugerichtstag 2006 wurde einstimmig (!) als Empfehlung ausgesprochen, dass das „Vormerkungsmodell“ keine ausreichende Sicherheit im Bauträgervertrag darstellt.<sup>8</sup> Auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag 2010 wurde der Arbeitskreis V eingerichtet, der sich exklusiv mit dem Bauträgerrecht beschäftigte. Es spricht für die Qualität der Arbeit am Deutschen Baugerichtstag, dass der Vorschlag der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht im Hinblick auf das Problem der Sicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers an die mit überwiegender Mehrheit ausgesprochenen Empfehlungen des DBGT<sup>9</sup> anknüpfte.

Zu den Folgefragen nach der Abnahme und der Nachzüglerproblematik empfahl der 5. Deutsche Baugerichtstag 2014 mit überwältigender Mehrheit, eine Regelung aufzunehmen, die eine Vergemeinschaftung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums unter engen Voraussetzungen erlauben und

5 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 19.06.2019, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht\\_AG\\_BautraegervertragsR.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht_AG_BautraegervertragsR.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (nachfolgend zit. als „Abschlussbericht Bauträgervertragsrecht“), site zul. besucht am 04.12.2020.

6 Abschlussbericht Bauträgervertragsrecht, S. 3.

7 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Christian Kühn (Tübingen), Canan Bayram, Britta Haßelmann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/12083 – Bauvertrags- und Bauträgervertragsrecht, BT-Drucks. 19/12411, S. 5.

8 5. DBGT, AK V, 3. Empfehlung, <[https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak\\_alle.pdf](https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf)>, site zul. bes. am 09.12.2020.

9 3. DBGT, AK V, 2. Empfehlung, <[https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3ak\\_alle.pdf](https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3ak_alle.pdf)>, site zul. bes. am 09.12.2020.

insbesondere Nachzügler an die erfolgte Abnahme binden solle.<sup>10</sup> Überdies wurde mit deutlicher Zustimmung empfohlen, bestimmte Dokumentationspflichten des Bauträgers bei Verbraucher-Verträgen im Grundsatz gesetzlich niederzulegen und in ihrer Ausprägung zu konkretisieren.<sup>11</sup> Der 6. DBGT 2016 empfahl einstimmig, eine variantenreiche Absicherung des Bestellers vorzusehen, wenn eine Zahlung der Vergütung ganz oder teilweise vor der Abnahme erfolgen soll.<sup>12</sup> Auf dem 7. DBGT 2018 wurden Empfehlungen zur Ausgestaltung und Rechtszuständigkeit von Abnahme und Mängelansprüchen ausgesprochen. Der 8. DBGT 2021 empfahl mit überwältigender Zustimmung, über die Verweisung in § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB auf § 650n BGB hinausgehend gesetzlichen weitere Dokumentationspflichten des Bauträgers niederzulegen und zu konkretisieren, für deren Begründung wie für deren Reichweite der Umstand maßgeblich ist, dass Häuser oder vergleichbare Bauwerke als langlebige Wirtschaftsgüter bei bestimmungsgemäßer Verwendung im Laufe der Zeit instandgehalten, modernisiert und modifiziert werden und der Besteller dafür verlässliche Informationen über ihre Beschaffenheit benötigt.

### Arbeitsprogramm des 10. DBGT

Im Hinblick auf den dargestellten Stillstand der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Bauträgerrechts hat der Arbeitskreis XII des Deutschen Baugerichtstages 2025 sich in erster Linie mit durch die Modernisierung des Bauvertragsrechts aufgeworfenen Fragen des Verbraucherschutzes bei Bauverträgen insgesamt befasst, die jedenfalls bei Bauträgerverträgen besonders offensichtlich werden, da die allermeisten Bauträgerverträge über neu zu errichtende Gebäude als Verbraucherbauverträge geschlossen werden.

Ein erster Themenkomplex beschäftigt sich mit der Reichweite des Verbraucherschutzes bei Bauverträgen, insbesondere in der Konstellation der gewerkweisen Vergabe. Derartige Verträge sind nach der inzwischen ganz überwiegend vertretenen Auffassung keine Verbraucherbauverträge i.S.d. § 650i BGB, wodurch der Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Vorschriften erheblich eingeschränkt wird.

Weiter soll die Frage geklärt werden, ob die in Art. 249 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB vorgesehene Darstellung der wesentlichen Eigenschaften des

angebotenen Werks in der Baubeschreibung „in klarer Weise“ mit dem – europarechtlich<sup>13</sup> determinierten – AGB-rechtlichen Verständlichkeitsgebot kollidiert bzw. wie eine solche Kollision verhindert werden kann.

Ein dritter Themenkomplex widmet sich dem Anspruch des Verbrauchers auf Sicherheitsleistung im Fall von Abschlagszahlungen.

In einem vierten – nun tatsächlich spezifisch bauträgervertragsrechtlichen – Abschnitt soll geklärt werden, ob der Ausschluss des Rechts zur Kündigung aus wichtigem Grund insbesondere in Ansehung des Umstandes, dass der Besteller durch den Gesetzgeber auf absehbare Zeit nicht besser vor der Insolvenz des Bauträgers geschützt werden wird, angemessen erscheint.

### C. Herkunft und Bedeutung der Merkmale „Bau von neuen Gebäuden“ und der „erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude“ sowie zur möglichen Modifizierung der Vorschrift zum Verbraucherbauvertrag nach § 650i BGB (Johannes Meier)

#### These 1:

Bei der Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU) ist der Gesetzgeber aufgerufen, die Tatbestandsmerkmale des Verbraucherbauvertrages nach § 650i Abs. 1 BGB über den „Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude“ beizubehalten, den Tatbestand jedoch zu erweitern (dazu Thesen 2 und 3).

Im Hinblick auf das Abgrenzungsverhältnis zwischen der Verbraucherrechterichtlinie (kurz VRRRL; Richt-

10 5. DBGT, AK V, 4. Empfehlung, <[https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak\\_alle.pdf](https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf)>, site zul. bes. am 09.12.2020.

11 5. DBGT, AK V, 3. Empfehlung, <[https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak\\_alle.pdf](https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf)>, site zul. bes. am 09.12.2020.

12 6. DBGT, AK IX, 2. Empfehlung, [https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/6ak\\_alle.pdf](https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/6ak_alle.pdf), site zul. bes. am 10.12.2020.

13 Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13/EWG v. 05.05.1993 (ABl. L 95, 29) bezieht sich auch auf die vertragliche Hauptleistungspflicht, was Art. 4 Abs. 2 ausdrücklich klarstellt.

linie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, L 304/64) sowie der die VRRL umsetzenden §§ 312 ff. BGB und des Verbraucherbaurechts nach §§ 650i ff. BGB werden vier zentrale Gesichtspunkte bedeutend:

### 1. Fehlende Kompetenz der EU

Der sachliche Anwendungsbereich der VRRL umfasst grundsätzlich „jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden“ (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VRRL). Ausgenommen vom Anwendungsbereich gem. Art. 3 Abs. 3 Buchst. f) VRRL wurden jedoch Verträge „über den Bau von neuen Gebäuden, erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden“. Zur Begründung führt der Richtlinienggeber in Erw. 26 aus, dass diese Verträge „bereits Gegenstand einer Reihe spezifischer einzelstaatlicher Rechtsvorschriften“ sind und daher die „in dieser Richtlinie enthaltenen Bestimmungen ... sich nicht für diese Verträge [eignen]“. Die besondere Spezifikation exemplifiziert der Richtlinienggeber mit den Verträgen über den Verkauf noch zu bebauender Liegenschaften oder mit dem Mietkauf (Erw. 26). Darin erschöpft sich die unionale Begründung. Nachschiefend liefert der Richtlinienggeber in Erw. 26 gleichwohl die Definition der „erheblichen Umbaumaßnahmen“, die Gegenstand von solchen Verträgen sind:

„die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, bspw. Baumaßnahmen, bei denen nur die Fassade eines alten Gebäudes erhalten bleibt. Dienstleistungsverträge insbesondere im Zusammenhang mit der Errichtung von Anbauten an Gebäude (z.B. dem Anbau einer Garage oder eines Wintergartens) und im Zusammenhang mit der Instandsetzung und Renovierung von Gebäuden, die keine erheblichen Umbauarbeiten darstellen, wie auch Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern und über die Vermietung von Räumen für andere als Wohnzwecke sollten unter diese Richtlinie fallen“.

Der Ausschluss von bestimmten Bauverträgen aus dem Anwendungsbereich der Verbraucherschutz-

richtlinien ist nicht neu. Die Vorgängerin der VRRL, die von der VRRL ersetzt und weiterentwickelt wurde, war die Fernabsatzrichtlinie (FARL) aus dem Jahr 1997 (Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 144). Bereits diese Richtlinie enthielt, ebenso wie die VRRL in Art. 3, Ausnahmen von ihrem sachlichen Anwendungsbereich. Gem. Art. 3 Abs. 1 der FARL galt diese Richtlinie nicht für Verträge: „die ... – für den Bau und den Verkauf von Immobilien geschlossen werden“. Freilich war auch in der FARL keine nähere Begründung für den vorgenommenen Ausschluss enthalten. Die FARL wurde durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro (FernAbsG) in das deutsche Recht umgesetzt.<sup>14</sup> In § 1 Abs. 3 Nr. 4 FernAbsG transferierte der deutsche Gesetzgeber Art. 3 FARL, indem er „Verträge über ... die Errichtung von Bauwerken“ aus dem Anwendungsbereich des FernAbsG eliminierte. Ihre maßgebliche Begründung lieferte erst die deutsche Legislatur. In Umsetzung des Rechts der FARL durch das FernAbsG hat sie ihre Vorgaben aus Art. 3 FARL nicht blindlings rezipiert. Zwar war „die Errichtung von Bauwerken“ gem. § 1 Abs. 3 Nr. 4 FernAbsG genauso als Ausnahme beschlossen worden. Diese erklärte der deutsche Gesetzgeber<sup>15</sup> jedoch wie folgt (Hervorhebungen durch den Verfasser):

„Die Fernabsatzrichtlinie nimmt Bau-, Kauf- und andere Verträge über Immobilien aus ihrem Anwendungsbereich aus. Dies vollzieht Nr. 4 nach. Der Grund für diese Ausnahme liegt darin, dass solche Verträge in aller Regel eine enge Beziehung zum nationalen Eigentums- und Sachenrecht haben. Die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten bleibt jedoch nach Artikel 295 vom EG-Vertrag unberührt. Ferner bestehen für solche Verträge in den nationalen Rechtsordnungen in der Regel schon allgemeine Form- und Schutzvorschriften (wie z.B. §§ 873, 925 BGB), die entweder einen Vertragsabschluss im Wege des Fernabsatzes unmöglich oder einen zusätzlichen Schutz durch Informationspflichten und Widerrufsrechte überflüssig machen.“

14 BGBl. 2000, I, S. 897.

15 BT-Drucks. 14/2658, S. 33.

Art. 295 des seinerzeitigen EG-Vertrages findet seine heutige Entsprechung in Art. 345 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 09.05.2008.<sup>16</sup> Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Weiteren: AEUV) äußert sich in Art. 345 AEUV dahingehend ebenso prägnant wie unmissverständlich: „Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“.

Es dürfte außer Frage stehen, dass Verbraucherbauverträge sehr häufig im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks einhergehen. Im deutschen Recht stehen Bau- und Verbraucherbauverträge vielmehr in einem Spannungsverhältnis zur notariellen Beurkundungspflicht von Grundstückskaufverträgen nach § 311b Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 433 BGB und zwar dann, wenn sie mit dem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bilden (Gesamtbetrachtungsformel). Dies ist nicht nur bei wechselseitiger, sondern auch teilweise bei einseitiger Abhängigkeit anzunehmen (s. dazu unten These 6). Im Falle der einseitigen Abhängigkeit urteilte der BGH hinsichtlich eines Bauvertrages etwa, dass dieser Vertrag dann notariell zu beurkunden ist, wenn der Grundstückskaufvertrag von dem Abschluss eines Bauvertrages abhängig ist.<sup>17</sup> Implikationen ergeben sich freilich auch im Hinblick auf die mögliche Heilung der Verträge nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>18</sup>

Aus dem Vorstehenden ergibt sich somit nachfolgendes Bild: Wären (Verbraucher-)Bauverträge von der VRRRL erfasst, würde das nationale Sachenrechtssystem aufgrund ihrer Harmonisierungsbestrebungen, ihren vorvertraglichen Informationspflichten sowie der Möglichkeit eines Widerrufs in seinem dogmatischen Kern angetastet und daher gegen Art. 345 AEUV verstoßen. Daher war es dem Unionsgesetzgeber verwehrt, Bauverträge ihrem Recht zuzuweisen. Einzig bei jenen Verträgen, denen eine solche dingliche Komponente nicht inhärent ist, wie den in Erw. 26 S. 5 VRRRL genannten Dienstleistungs- oder Werkverträgen, läuft die Union nicht Gefahr, die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten sukzessive zu unterhöhlen.

## 2. Fehlende Eignung der VRRRL auf Verbraucherbauverträge

In Erw. 26 VRRRL führt der Richtliniengeber aus:

„Die in dieser Richtlinie enthaltenen Bestimmungen eignen sich nicht für diese Verträge, welche daher vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten.“

Diese pauschale, nicht näher begründete Aussage darf hinterfragt werden. Bei der Kauf- und Bauvertragsrechtsreform im Jahr 2018<sup>19</sup> orientierte sich der deutsche Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Baubeschreibungspflicht gem. § 650j BGB i.V.m. Art. 249 EGBGB gerade an den Vorgaben der Informationspflichten aus der VRRRL. Dies zeigt nicht nur die sprachliche Nähe von Art. 249 EGBGB und Art. 246 EGBGB, durch den Art. 5 VRRRL umgesetzt wurde, sondern auch die Gesetzesbegründung. Lediglich in Ausnahmefällen ist der deutsche Gesetzgeber von den grundsätzlichen, inhaltlichen Vorgaben des Art. 246 EGBGB abgewichen. So müssen etwa die „wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise“ dargestellt werden. Demgegenüber muss nach Art. 5 Abs. 1 VRRRL der Unternehmer den Verbraucher in „klarer und verständlicher Weise“ informieren. Hierbei handelt es sich um eine bewusste Abweichung des deutschen Gesetzgebers von dem zum Leitbild genommenen VRRRL, da im „Hinblick auf teilweise komplexen technischen Informationen, die etwa zur Beschreibung der Wärmedämmung oder der technischen Ausstattung eines Bauvorhabens erforderlich sind“ ein dem Art. 5 Abs. 1 VRRRL (Art. 246 EGBGB) entsprechender Maßstab auf die Baubeschreibung nach § 650j BGB nicht angewandt werden kann.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> ABL. C 115 S. 47.

<sup>17</sup> BGHZ 78, 346 (349); BGH, DNotZ 2011, 196 (198).

<sup>18</sup> Dazu detailliert Meier, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2025, § 650i, im Erscheinen.

<sup>19</sup> Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren v. 04.05.2017, BGBl. I 2017, 969.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 74.

Nach § 650I Satz 2 BGB i.V.m. Art. 249 § 3 EGBGB muss der Unternehmer den Verbraucher über das Bestehen des Widerrufsrechts belehren. Auch diese Anforderungen sind ausdrücklich Art. 246 § 3 EGBGB nachgebildet.<sup>21</sup>

Diese Überlegungen zeugen davon, dass eine globale Herausnahme des Bauvertragsrechts aus dem Anwendungsbereich der VRRRL, wie sie die Union im Sinn hatte, der Intention eines flächendeckenden Verbraucherschutzes (Art. 1 VRRRL) widerstrebt. Vielmehr konnte der deutsche Gesetzgeber das Gegenteil beweisen, indem er ihre Bestimmungen dem Bauvertragsrecht inkorporierte. Beides muss sich demnach nicht antagonistisch entgegenarbeiten, sondern kann wechselseitig genauso als Agonist dem einhelligen Ziel stärkerer Verbraucherrechte näherkommen, wengleich Bauverträge unter der VRRRL partiell spezifischere Regelungen bedurft hätten.

### 3. Verbraucherbauverträge regelmäßig weder im Fernabsatz noch außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge

In Umsetzung der VRRRL begründete der deutsche Gesetzgeber den Ausschlussstatbestand in Art. 3 Abs. 3 Buchst. f) VRRRL (umgesetzt in § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB) auch damit, dass solche „Verträge ... regelmäßig auch weder im Fernabsatz noch außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen“ werden.<sup>22</sup> Tatsächlich ist schwer vorstellbar, dass Verbraucherbauverträge im Fernabsatz geschlossen werden. Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen dürfte die Sachlage nicht eindeutig sein. In dem Urteil des BGH aus dem Jahr 2007 stellte sich gerade die Frage, ob Verbraucherschutzvorschriften nach der damals geltenden Haustürwiderufsrichtlinie,<sup>23</sup> die durch die VRRRL konsumiert wurde, auf den Abschluss eines Bauvertrages über ein Einfamilienhaus und aller Gewerke, die für seine Erstellung notwendig sind, anwendbar ist.<sup>24</sup> In diesem Urteil haben Vertragsverhandlungen in einem öffentlichen Café stattgefunden, die für den Abschluss des Vertrages mitursächlich sein können.<sup>25</sup> Gestützt hat der BGH seine Entscheidung u.a. auf sein Urteil aus dem Jahr 1999, dessen Gegenstand der Abschluss eines Vertrages über den Anbau eines Wintergartens war, wobei der Unternehmer bzw. sein Vertreter den Besteller in seiner Wohnung aufgesucht hat.<sup>26</sup>

Vor diesem Hintergrund ist der vorbehaltlichen Einschätzung des deutschen Gesetzgebers beizupflichten, dass Verbraucherbauverträge „regelmäßig“ weder außerhalb von Geschäftsräumen noch im Fernabsatz geschlossen werden. Indessen zeigt die Rechtsprechung des BGH, dass dies im Einzelfall auch anders entschieden werden kann.

### 4. Klimaschutz?

In den Verhandlungen des Europäischen Parlaments wurde bei der Abfassung der VRRRL erwogen, dass angesichts erhöhter Klimaziele der Umbau bestehender Gebäude tendenziell zunehmen würde. Diese Erwägungen zielten wohl darauf, die erwarteten hohen Klimabestrebungen der EU nicht durch das hohe Verbraucherschutz-niveau zu konterkarieren. Dem Aspekt des Klimas wurde während ihrer Konsultation indes nicht derjenige Stellenwert zuteil, den er verdient hätte, sodass einer diesbezüglichen Interpretation des Telos der VRRRL faktisch der Boden entzogen ist.

#### These 2:

Der Gesetzgeber ist aufgerufen, den Tatbestand des Verbraucherbauvertrages nach § 650i Abs. 1 BGB auf „mittlere Bauverträge“ auszudehnen. Mit den „mittleren Bauverträgen“ sind solche Verträge zwischen einem Verbraucher und Unternehmer gemeint, nach denen ein oder mehrere Unternehmer zur Herstellung von Bauwerken verpflichtet werden, die Teil des Baus eines neuen Gebäudes oder der erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude sind und nicht unter die Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU) bzw. §§ 312 ff. BGB fallen.

Gegenstand der aktuellen Diskussion in der Literatur und Rechtsprechung ist die Frage, ob ein

21 BT-Drucks. 18/8486, S. 74.

22 BT-Drucks. 17/12637, S. 46.

23 Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen v. 20.12.1985, ABl. Nr. L 372/31.

24 BGH, Urt. v. 22.03.2007 – VII ZR 268/05 = NJW 2007, 1947, Rdnr. 14.

25 BGH, Urt. v. 22.03.2007 – VII ZR 268/05 = NJW 2007, 1947, Rdnr. 16.

26 BGH, Urt. v. 19.11.1998 – VII ZR 424-97 = NJW 1999, 575 (576).

Verbraucherbauvertrag nur dann vorliegt, wenn der „Bau eines Gebäudes“ oder „erhebliche Umbaumaßnahmen“ aus „einer Hand“ in Auftrag gegeben werden, oder ob auch die gewerkweise Vergabe von Bauleistungen an verschiedene Unternehmer zur Errichtung eines neuen Gebäudes oder zur Vornahme von erheblichen Umbaumaßnahmen für die Annahme eines Verbraucherbauvertrages ausreichen. Vertreten wird eine enge Auslegung<sup>27</sup> die nur die Vergabe „aus einer Hand“<sup>28</sup> zulässt, wie dies typischerweise bei Verträgen mit Generalübernehmern, Generalunternehmern und bei Fertighausherstellern der Fall ist.<sup>29</sup> Einer anderen Auffassung zur Folge, liegt ein Verbraucherbauvertrag auch bei Vergabe von Einzelgewerken vor, sofern die jeweiligen Einzelgewerke darauf gerichtet sind bzw. Teil der Errichtung eines neuen Gebäudes bzw. von erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude sind.<sup>30</sup> Der zuletzt genannten Auffassung folgten in der Sache das OLG Hamm sowie das OLG Zweibrücken.<sup>31</sup> Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 16.03.2023<sup>32</sup> sich der ersten Auffassung angeschlossen. Die teleologische Auslegung des § 650i Abs. 1 BGB zwingt jedoch dazu, dass auch die gewerkweise Vergabe an einen oder mehrere Unternehmer einen Verbraucherbauvertrag begründen muss, wenn, wie das OLG Hamm<sup>33</sup> urteilte, (1) die Beauftragung im (zeitlichen) Zusammenhang mit der Errichtung eines neuen Gebäudes steht, (2) die Errichtung eines neuen Gebäudes für den Unternehmer ersichtlich ist und (3) die Gewerke zum Bau eines neuen Gebäudes beitragen.

Prägend für die den §§ 650i bis 650n BGB immanente Teleologie ist eine verbraucherschützende Funktionstrias, die der Gesetzgeber bereits in ihren Grundzügen nachvollzogen hat. Eine erste Säule adressiert den Kostenfaktor. Der Verbraucher wende bei einem Bauvertrag „häufig einen wesentlichen Teil seiner wirtschaftlichen Ressourcen auf“,<sup>34</sup> die „zumeist nur einmal im Leben“<sup>35</sup> getätigt würden, ihm vielfach „seine gesamten Ersparnisse zur Finanzierung des Bauprojekts“<sup>36</sup> abverlangten und ihn zusätzlich „durch Immobiliendarlehen über viele Jahre finanziell binden“.<sup>37</sup> Mitunter könnten unerwartete Mehrkosten im Falle nicht rechtzeitiger Fertigstellung oder der Insolvenz des beauftragten Bauunternehmers entstehen, die außerdem „gravierende Auswirkungen“ nach sich

zögen.<sup>38</sup> Sodann unterlägen Verbraucher zweitens einem Informationsdefizit und verfügten – damit einhergehend – im Verhältnis zu ihrem Unternehmer drittens über eine schwächere Verhandlungsmacht. Die baurechtliche Vertragsstruktur sei konfrontativ ausgestaltet und mit unklaren, teils unvollständigen, Ausschreibungen sowie intransparenten Kalkulations- oder Abrechnungspraktiken beladen.<sup>39</sup> Folglich fehle dem Verbraucher daraufhin die Mündigkeit jene für ihn günstigeren Vertragsbedingungen mit dem Unternehmer auszuhandeln.<sup>40</sup>

Dies vor Augen kann konstatiert werden, dass der Verbraucher auch bei der Vergabe von Einzelgewerken nicht minder schutzbedürftig ist. Ihn trifft das Insolvenzrisiko der Einzelunternehmer in gleichem Maße, da er zur Herstellung des Bauwerkes summa summarum Ausgaben in selber Höhe aufbringen muss, wie er sie bei einem Gesamtauftrag getätigt hätte. Hinzukommt, dass eine werkweise Vergabe weder seine Informationsmängel beseitigt noch dessen Verhandlungsposition stärkt. Vielmehr potenzieren sich diese Nachteile in Fällen „mittlerer Bauverträge“. Wer mehrere Unternehmer beauftragt, erhält unwillkürlich zahllose Informationen differierender Art und Güte, die einem angemessenen Aufklärungsbegehren des Verbrauchers zuwiderlaufen können.<sup>41</sup>

27 Omlor, NJW 2018, 817 (818); Retzlaff, BauR 2017, 1830 (1831); Ehrl, DStR 2017, 2395 (2398); Glöckner, JZ 2020, 63 (71 f.); Glöckner, VuR 2016, 123 (126); Pause, BauR 2017, 430 (431); Vogel, BauR 2020, 388 (391); Pfennig, RNotZ 2018, 585 (588); Magnus, JZ 2019, 224 (227); Zehner, NZBau 2021, 584 (588).

28 Glöckner, JZ 2020, 63 (72); Glöckner, VuR 2016, 123 (126); Pause, BauR 2017, 430 (431).

29 Merkle, in: BeckOGK, Stand: 01.10.2024, § 650i, Rdnr. 36.

30 Voit, in: BeckOK, Stand: 01.02.2024, § 650i, Rdnr. 4; „mittlere Bauverträge“, Meier/Getcosgun/Bücken, NZBau 2023, 503 (505 ff.).

31 ZfBR 2022, 568 = BeckRS 2012, 12184.

32 VII ZR 94/22 = NZBau 2023, 375.

33 OLG Hamm, Urt. v. 27.04.2021 – I-24 U 198/20, NZBau, 2021, 664 Rdnr. 77.

34 BT-Drucks. 18/8486, S. 1.

35 BT-Drucks. 18/8486, S. 63.

36 BT-Drucks. 18/8486, S. 63.

37 BT-Drucks. 18/8486, S. 63.

38 BT-Drucks. 18/8486, S. 24.

39 BT-Drucks. 18/8486, S. 24.

40 BT-Drucks. 18/8486, S. 24.

41 Meier/Getcosgun/Bücken, NZBau 2023, 503 (506).

Die jeweiligen Baubeschreibungen der Einzelwerke sind zudem regelmäßig nicht aufeinander abgestimmt, sodass ein gleichförmiger Informationsfluss nahezu unmöglich ist. Entscheidend ist freilich auch, dass der Besteller praktisch gar nicht alle Bauleistungen an einen Unternehmer vergeben kann, da viele Unternehmer bestimmte Leistungen – etwa die zusätzliche Errichtung von Solaranlagen, besonders komplexe Unterkellerung usw. – gar nicht ausführen. Dies betrifft etwa auch Elektrikerleistungen<sup>42</sup> oder die Erforderlichkeit der Grunduntersuchungen von externen Geologieunternehmen. Oft ist der Besteller freilich aus finanziellen Gründen zu einer zeitlich gestaffelten, gewerkweisen Beauftragung gezwungen.<sup>43</sup> Würde die Beauftragung mit Einzelgewerken nicht unter den Tatbestand des § 650i Abs. 1 BGB fallen, so ist davon auszugehen, dass Missbräuche durch Unternehmer nicht ausgeschlossen werden können. Der Unternehmer könnte die für den Bau eines neuen Gebäudes bzw. für von erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude erforderlichen Bauleistungen künstlich aufspalten bzw. outsourcen und sich auf dieser Weise den verbraucherschützenden Anforderungen einseitig entledigen. Aus diesen, m.E. schwerwiegenden, Gründen ist eine Ausweitung des Tatbestandes notwendig.

Die vollharmonisierte VRRL steht einer solchen Ausweitung nicht entgegen. Zwar ist die VRRL grundsätzlich auf alle Verbraucherverträge anwendbar (Art. 1 VRRL). Andererseits sind Verbraucherbauverträge aus dem Anwendungsbereich nach Art. 3 Abs. 3 Buchst. f) VRRL herausgenommen. Dass der deutsche Gesetzgeber die Abs. 1, 3, 4 und 6 des § 312a BGB zur Anwendung gebracht hat, führt zu einer teilweisen Anwendung der VRRL auch auf Verbraucherbauverträge. Im sonstigen sachlichen Anwendungsbereich greift die VRRL nicht ein. Angesichts des Vollharmonisierungsgrundsatzes und dem darin enthaltenem Verbot von der VRRL abzuweichen, insb. auch dem Verbot, strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften einzuführen, sind derartige Öffnungen des Verbraucherschutzes durch den nationalen Gesetzgeber europarechtlich dennoch zulässig. Der Vollharmonisierungsgrundsatz wirkt nur soweit, wie auch der Anwendungsbereich der betreffenden Richtlinie sich erstreckt. Außerhalb des Anwendungsbereiches steht es den

Mitgliedstaaten vollkommen frei, ein identisches oder ähnliches Verbraucherschutzniveau zu implementieren.<sup>44</sup> In diesem Bereich zwischen fehlenden Schutz durch die VRRL und den hohen Hürden für die Anwendung des § 650i Abs. 1 BGB, der, sofern man dem BGH folgte, die Beauftragung aus einer Hand verlangt, entsteht ein erhebliches Verbraucherschutzgefälle, das angesichts der teleologischen Überlegungen (s.o.) kaum gerechtfertigt werden kann. Liegt die besondere Vertriebsform des Fernabsatzes bzw. eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages vor, muss die VRRL vorgehen, sodass das Schutzniveau nach §§ 312 ff. BGB eingreift. Liegt die besondere Vertriebsform nicht vor, steht der Anwendung des nationalen Rechts nichts im Wege. Die Erfassung von „mittleren Verträgen“ durch § 650i Abs. 1 BGB wäre daher zulässig.

### These 3:

Der Gesetzgeber wird aufgerufen, den Tatbestand auf Verträge zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer auf solche Bauwerke zu erweitern, die vergleichbare Aufwendungen, wie der Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude erfordern und nicht in den Anwendungsbereich der Verbraucherrechtlinie (2011/83/EU) bzw. der §§ 312 ff. BGB fallen.

Die Beschränkung des materiellen Anwendungsbereiches von § 650i Abs. 1 BGB auf Neubauten sowie auf erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verursacht weitergehende Wertungswidersprüche. Zu konstatieren ist, dass das Merkmal der „erheblichen Umbaumaßnahmen“ mit den sehr hohen Voraussetzungen (Erw. 26 VRRL: „bei denen nur die Fassade eines alten Gebäudes erhalten bleibt“) dazu führt, dass diese Vorschrift in der Praxis kaum bzw. nie greifen dürfte, weshalb es sich bei ihr vielmehr um „totes Recht“ handelt. Auch wenn der deutsche Gesetz-

42 KG Berlin, Urt. v. 16.11.2021 – 21 U 42/21, BeckRS 2021, 39589, Rdnr. 2 ff. 23 ff.

43 OLG Hamm, Urt. v. 27.04.2021 – I-24 U 198/20, NZBau 2021, 664, Rdnr. 69.

44 HK-BGB/Schulte-Nölke, § 312, Rdnr. 7; Bittner/Clausnitzer/Föhlisch, Das neue Verbrauchervertragsrecht, 2014, Rdnr. 33; Busch in BeckOGK, § 312, Rdnr. 33.1.

geber diesbezüglich eine nicht per se substanzbezogene, sondern eine normative Beurteilung zugrunde legt,<sup>45</sup> dürften die Hürden sehr hoch sein und daher selten genommen werden. Andererseits greift § 650i Abs. 1 BGB in bestimmten Fällen ein, in denen der Besteller weniger schutzwürdig erscheint. So handelt es sich um einen Verbraucherbaupvertrag nach § 650i Abs. 1 BGB, wenn auch nur ein kleines Gebäude in Auftrag gegeben wird, welches keine großen Investitionen erfordert. Kein Verbraucherbaupvertrag liegt dagegen in den Fällen vor, bei denen nach der gegebenen Definition zwar aufgrund des Umfangs und Komplexität keine „erheblichen“ substanzbezogenen Maßnahmen anzunehmen sind, die indes, etwa angesichts der Größe des Gebäudes (Gebäude in einem alten Bauernhof, Villa, Atelier), aufgrund des Alters (Althaus, Fachwerkhaus, Massivhäuser aus dem Mittelalter) oder sonstiger Spezifika, dennoch hohe finanzielle Investitionen erfordern. Umfang der Bauarbeiten und ihre Komplexität gehen nicht gleich Hand in Hand mit dem Umfang der Investitionen. So kann etwa der Bau eines neuen (kleinen) Einfamilienhauses bspw. 300.000 € kosten, während die Renovierung eines alten, vergleichbaren Fachwerkhauses mit 500.000 € zu Buche schlägt. Dabei gilt es nochmal vor Augen zu führen, dass der Einführung des Verbraucherschutzes nach dem Gesetzgeber drei Normzwecke zugrunde gelegen haben: (1) Kostenfaktor, (2) Informationsdefizit des Verbrauchers, (3) schwache Verhandlungsmacht des Verbrauchers. All diese Faktoren können im zuletzt genannten Fall ebenso vorliegen, wenn nicht noch stärker ausgeprägt sein. Ebenso kann etwa der Bau einer Garage, etwa einer Tiefgarage, ohne dass ein Überbau gebaut werden soll, erhebliche Investitionen erfordern. Neben finanzintensiven Planungsmaßnahmen wird bei Tiefgaragen eine Baugrunderkundung zur Überprüfung von Bodenschichten, zur Feststellung der Höhe des Grundwassers und zur Überprüfung der Tragfähigkeit notwendig sein. Die Baugrube muss ggf. mit einem starken Verbau oder mit Spundwänden abgesichert werden. Im Falle des hohen Grundwasserspiegels müssen Wasserhaltungsmaßnahmen eingeleitet werden. Schließlich müssen die Bodenaushebungen mit einer vorhergehenden Deklarationsanalytik auf einer Deponie angenommen werden. Trotz erheblicher Finanzinvestitionen kann dieser Vertrag nicht als ein Verbraucherbaupvertrag eingestuft werden. Sofern der Bau

einer solchen Tiefgarage ein umschlossenes, mit dem Hauptgebäude nicht verbundenes Gebäude darstellt, wäre das Merkmal des Baus eines neuen Gebäudes erfüllt. Ist eine Tiefgarage indes mit dem Hauptgebäude (nebenan) verbunden, müsste es sich um einen Anbau handeln, der keine erhebliche Umbaumaßnahme darstellt. Ebenso wenig liegt ein Verbraucherbaupvertrag in Bezug auf den Bau einer Außenanlage vor, die gleich weitreichende Investitionen erfordern könnte.

Diese Überlegungen führen dazu, dass gerade die Höhe der aufzuwendenden Kosten bei der normativen Beurteilung der „Erheblichkeit“ der Umbaumaßnahmen das primäre Kriterium spielen soll, nicht dagegen die Frage, inwieweit in die Substanz des Gebäudes eingegriffen wird und ob eine Maßnahme derart „erheblich“ ist, dass „lediglich die Fassade eines Gebäudes verbleibt“.

#### These 4:

Der Gesetzgeber ist aufgerufen, das Merkmal des „Gebäudes“ im § 650i Abs. 1 BGB beizubehalten und insbesondere dieses nicht auf „Wohngebäude“ zu beschränken.

Problematisch ist die Frage, ob der Verbraucherbaupvertrag nur den Bau von Wohngebäuden oder auch den Bau von sonstigen Gebäuden, etwa einer Industriehalle, umfasst.<sup>46</sup> Diese Frage hatte das OLG Hamm<sup>47</sup> bereits zu entscheiden. Das OLG ist zurecht jener Auffassung gefolgt, die den Anwendungsbereich des § 650i I BGB nicht auf Wohngebäude beschränkt.<sup>48</sup> Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der dahingehende grammatikalische Einschränkungen nicht enthält.<sup>49</sup> Ebenso zutreffend ist, dass laut der ausdrücklichen Gesetzesbegründung<sup>50</sup> der Begriff des „Baus von neuen Gebäuden“ seinen Ursprung im § 312b III Nr. 4

45 BT-Drucks. 17/12637, S. 46: „Maßgeblich sind mithin Umfang und Komplexität des Eingriffs sowie das Ausmaß des Eingriffs in die bauliche Substanz des Gebäudes“.

46 In letzterem Sinne Omlor, NJW 2018, 817 (819); Magnus, JZ 2019, 224, 227; Christiansen, ZfBR 2022, 315 (316).

47 OLG Hamm, Urt. v. 27.04.2021 – I-24 U 198/20 = NZBau 2021, 664.

48 OLG Hamm – Urt. v. 27.04.2021 – I-24 U 198/20, NZBau 2021, 664, Rdnr. 53.

49 OLG Hamm – Urt. v. 27.04.2021 – I-24 U 198/20, NZBau 2021, 664, Rdnr. 53; Omlor, NJW 2018, 817 (819).

50 BT-Drucks. 18/8486, S. 61.

BGB a.F. findet. Nach dieser Vorschrift fanden die Vorschriften über Fernabsatzverträge keine Anwendung auf Verträge, die die „Errichtung von Bauwerken“ zum Inhalt hatten.<sup>51</sup> Der Begriff „Bauwerk“ ist dabei weit zu fassen und enthält sowohl Gebäude zum Wohnen, als auch Bauwerke zur gewerblichen Tätigkeit.<sup>52</sup> Wie das Gebäude genutzt wird, ist nicht entscheidend. Entscheidend ist vielmehr, ob Besteller das Gebäude zu privaten Zwecken oder zu gewerblichen Zwecken nutzt bzw. nutzen will.<sup>53</sup> In dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall hatte der Besteller die Errichtung einer Industriehalle in Auftrag gegeben. Die durch den Besteller vermietete Halle selbst sollte vom Mieter tatsächlich zu gewerblichen Zwecken genutzt werden. Der Besteller hat sie dagegen zur vermögensverwaltenden Tätigkeit – Vermietung – genutzt, demnach in seinem Fall zu privaten Zwecken. Insoweit muss zwischen dem Nutzungszweck des das Gebäude nutzenden Dritten und dem Nutzungszweck des Bestellers unterschieden werden (Relativität der Schuldverhältnisse). Dabei ist zu beachten, dass die Errichtung eines Wohngebäudes nicht automatisch die Verbrauchereigenschaft begründet und die Errichtung eines Gewerbegebäudes nicht automatisch die Verbrauchereigenschaft ausschließt.<sup>54</sup> Es müssen die mit der Errichtung des Gebäudes verfolgten Zwecke beurteilt werden. Der Gesetzgeber sollte daher das Merkmal des „Gebäudes“ beibehalten und keine Einschränkung auf „Wohngebäude“ vornehmen.

#### These 5:

Losgelöst von § 650i Abs. 1 BGB, aber doch auch diese Vorschrift betreffend, ist der Gesetzgeber aufgerufen, einen neuen Verbraucherbegriff gem. § 13 BGB zu etablieren. Dafür reicht es aus, in § 13 BGB das Merkmal der „natürlichen Person“ durch das Merkmal der „Person“ zu ersetzen.

Nach der deutschen Judikatur werden nicht nur natürliche Personen als Verbraucher gem. § 13 BGB eingestuft, sondern auch andere Personenvereinigungen. Der im Rahmen einer GbR verfolgte gemeinsame Zweck nach § 705 BGB muss etwa nicht gewerblich sein, sondern in anderen Zwecken liegen. Typisch sind etwa vermögensverwaltende GbR. Ihr Zweck besteht darin, aus dem bereits vorhandenen Vermögen (etwa durch Vermietung

von Immobilien) einen wirtschaftlichen Wert zu generieren.<sup>55</sup> Solche nicht-gewerbetreibenden, vermögensverwaltenden Gesellschaften des bürgerlichen Rechts sind als Verbraucher einzustufen. Erforderlich für die Einstufung als Verbraucherin ist nach der Entscheidung des BGH vom 30.03.2017<sup>56</sup> indes, dass alle Gesellschafter der vermögensverwaltenden GbR natürliche Personen sind. Dafür spreche der Wortlaut des § 13 BGB, der nur natürliche Personen umfasse,<sup>57</sup> sowie die notwendig werdende unionsrechtliche Auslegung des Verbraucherbegriffs.<sup>58</sup> Folge dieser in Zweifel zu ziehenden Rechtsprechung ist, dass natürliche Personen den verbraucherrechtlichen Schutz verlieren, sobald eine juristische Person, sei sie auch noch so unbedeutend, hinzutritt.

Auch eine Wohnungseigentümergeinschaft kann nach der Judikatur des BGH eine Verbraucherin sein.<sup>59</sup> Nach dieser Entscheidung ist die WEG im Interesse des Verbraucherschutzes der in ihr zusammengeschlossenen, nicht gewerblich handelnden natürlichen Personen dann einem Verbraucher gem. § 13 BGB gleichzustellen, sofern ihr wenigstens ein Verbraucher angehört und sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit dient. Zu Wertungswidersprüchen dieser diametral entgegengesetzten Judikatur zwischen GbR und WEG vgl. Meier in: Staudinger, BGB, § 650i, im Erscheinen.

Juristische Personen, also etwa GmbH oder AG, sind vom Verbraucherbegriff nicht umfasst.<sup>60</sup> In Erw.17 und in Art. 2 Nr. 1 VRRL ist klargestellt,

51 BT-Drucks. 18/8486, S. 61.

52 Omlor, NJW 2018, 817 (819).

53 OLG Hamm – Urt. v. 27.04.2021 – I-24 U 198/20, NZBau 2021, 664, Rdnr. 53.

54 Omlor, NJW 2018, 817 (819).

55 BGH, Urt. v. 30.03.2017 – VII ZR 268/15 = NJW 2017, 2752 ff.; Heidel, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, § 795, Rdnr. 79 ff.

56 BGH, Entsch. v. 30.03.2017 – VII ZR 268/15, NJW 2017, 2752, Rdnr. 25 ff.

57 BGH, Urt. v. 30.03.2017 – VII ZR 268/15 = NJW 2017, 2752, Rdnr. 26.

58 BGH, Urt. v. 30.03.2017 – VII ZR 268/15 = NJW 2017, 2752, Rdnr. 27 ff.

59 BGH, Urt. v. 25.03.2015 – VIII ZR 243/13.

60 Reinke, SB 2017, 213 f.; MünchKomm.-Micklitz, BGB, 9. Aufl. 2021, § 13, Rdnr. 15; Martens, in: BeckOK/BGB, Stand: 01.11.2024, § 13, Rdnr. 25.

dass Verbraucher nur natürliche Personen sein können. Den Mitgliedstaaten ist dabei dennoch überlassen worden, einen weitergehenden Schutz zu implementieren. In Erw. 13 der VRRRL heißt es: „So können Mitgliedstaaten bspw. beschließen, die Anwendung dieser Richtlinie auf juristische Personen auszudehnen, die keine ‚Verbraucher‘ im Sinne dieser Richtlinie sind“. Von dieser Abweichungsmöglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Auch der EuGH hat in Bezug auf die Klauselrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG 05.04.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Amtsblatt Nr. L 095 vom 21/04/1993 S. 0029 – 0034) aus dem Jahr 1993, die in Art. 2 Buchst. b) eine in diesem Punkt identische Regelung enthielt, entschieden, dass nur natürliche Personen den Verbraucherbegriff erfüllen. Im deutschen Recht ergibt sich diese Beschränkung aus der grammatikalischen Gegenüberstellung der von § 14 BGB ebenso umfassten natürlichen Personen und von § 13 BGB nicht umfassten juristischen Personen.<sup>61</sup> Zudem sollte tendenziell davon ausgegangen werden, dass die aufgezählten verbraucherrechtlichen, aber auch speziell verbraucherbaurechtlichen Normspezifika (Kostenfaktor, Informationsdefizit und schwache Verhandlungsposition), grundsätzlich auf juristische Personen nicht zutreffen.

Dieser Grundtendenz muss zum Bedenken gegeben werden, dass in persönlicher Hinsicht der Kostenfaktor, das Informationsdefizit und schwache Verhandlungsposition ebenso bei kleinen Stiftungen, insbesondere aber bei kleinen Vereinen vorliegen können. Auch bei einer kleinen GmbH, deren Gründung lediglich ein Stammkapital von 25.000 € erfordert, kann der Kostenfaktor und schwache Verhandlungsposition so bedeutend sein, wie der bei einer natürlichen Person. Hinsichtlich der teleologischen Auslegung dürfte die Gefahrenlage daher mit der bei einer natürlichen Person ähnlich, wenn nicht identisch sein. In persönlicher Hinsicht gilt es daher anzudenken, ob bei einem Verbraucherbaurechtvertrag, der der VRRRL gerade nicht unterliegt, eine andere Beurteilung möglich ist. Dem steht entgegen, dass in § 650i Abs. 1 BGB grammatikalisch der direkte Bezug durch uneingeschränkte Verwendung des Wortes „Verbraucher“ auf § 13 BGB genommen wird. Außerdem ist schwer vorstellbar, dass der Gesetzgeber in persönlicher Hinsicht ein divergierendes Verständnis

des Verbraucherbegriffs bei unterschiedlichen Verträgen zugelassen hätte. Zudem würden juristische Personen § 13 BGB der Verbrauchereigenschaft deshalb nicht unterfallen, weil ihre Tätigkeit regelmäßig gewerblich oder selbstständig ist. Dies betrifft freilich nicht den persönlichen, sondern den materiell-rechtlichen Bereich der Verbrauchereigenschaft nach § 13 BGB.

Dennoch muss konstatiert werden, dass die Tätigkeit von juristischen Personen nicht stets gewerblich oder selbstständig sein muss. Folgt man der<sup>62</sup> Auffassung, dass ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 1 HGB eine Gewinnerzielungsabsicht erfordert,<sup>63</sup> wird dies bei gemeinnützigen Organisationen oft fehlen. In Betracht kommt etwa eine rechtsfähige gemeinnützige Stiftung nach §§ 80 ff. BGB, ein gemeinnütziger Verein (sog. Idealverein; § 21 BGB in Vereinsklassenabgrenzung zu § 22 BGB), oder etwa auch eine gemeinnützige GmbH nach § 4 Satz 2 GmbHG i.V.m. §§ 51 bis 68 AO (gGmbH). Bei der Letzteren würde dogmatisch noch das potentielle Argument valide erscheinen, dass auch eine gGmbH nach der Fiktion des § 13 Abs. 3 GmbHG eine Handelsgesellschaft ist, auf die gem. § 6 Abs. 1 HGB die Vorschriften über Kaufleute Anwendung finden. Bei gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen ist dies indes nicht der Fall. Bei diesen könnte somit nicht nur die persönliche Komponente des Verbraucherbegriffs teleologisch in Frage stehen, sondern auch die materiell-rechtliche Komponente des § 13 BGB. Insofern scheint aus rechtspolitischen Gründen die Einstufung von „kleinen“ gemeinnützigen juristischen Personen im Einzelfall als sinnvoll. Konkret wirft dieser Standpunkt selbstverständlich die Frage auf, wann eine solche „kleine“ Organisation anzunehmen ist, wann also bei einem Verbraucherbaurechtvertrag die herausgearbeiteten teleologischen Kriterien (Kostenfaktor, das Informationsdefizit und schwache Verhandlungsposition) berührt werden. Angesichts somit drohender Einzelfalljudikative wäre es verständlich, diesen Organisationen

61 Struck, MittBayNot 2003, 259 (260); Böhr, RNotZ 2003, 277 (280 f.).

62 Im Streit stehenden, dazu Servatius, in: BeckOGK/HGB, Stand: 01.01.2024, § 1, Rdnr. 26 ff.; Schwartze, in: BeckOK, Stand: 01.10.2024, § 1 Rdnr. 18 ff.

63 So RGZ 132, 367 (373); BGH, NJW 1982, 1815; BGH, NJW 1970, 938; BGH, NJW 1968, 639; BGH, NJW 1961, 725.

ganz die Verbrauchereigenschaft zu versagen, um die schwere Handhabbarkeit des Verbraucherbegriffs zu vermeiden. Dieser Standpunkt würde indes Schutzlücken und damit Wertungswidersprüche zu natürlichen Personen verursachen, zumal zur Lückenschließung zwei Hilfskriterien bedient werden können. Das eine Kriterium ist die Gemeinnützigkeit, die regelmäßig eine gewerbliche Tätigkeit ausschließen würde. Zum anderen könnte zur Beurteilung der „Größe“ das in § 1 Abs. 2 HGB ausgedrückte Kriterium instrumentalisiert werden, dass das „Unternehmen“ nach der Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Um auch den hier in Frage stehenden Personen den erforderlichen verbraucherrechtlichen Schutz zu gewähren, könnte etwa folgende sprachliche und rechtliche Anpassung des § 13 BGB erfolgen. Anstatt in § 13 BGB von „natürlichen Personen“ zu sprechen, sollte der Wortlaut „natürliche“ gestrichen und es nur bei „Personen“ belassen werden:

„Verbraucher ist jede Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.“

#### These 6:

Der Gesetzgeber wird aufgerufen, die mit der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB entstehenden Komplikationen zwischen Grundstückskauf-, Bau- und Verbraucherbauverträgen aufzubereiten. Gleichfalls ist der Gesetzgeber in der Pflicht, die sich aus der Heilungsvorschrift gem. § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB ergebenden Implikationen auf den Bau- und Verbraucherbauvertrag näher zu regeln.

Im deutschen Recht stehen Bau- und Verbraucherbauverträge in einem Spannungsverhältnis zur notariellen Beurkundungspflicht von Grundstückskaufverträgen nach § 311b Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 433 BGB. Dabei ist nach der Gesamtbetrachtungsformel anerkannt, dass Verträge, die mit dem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bilden, im gleichen Maße der notariellen Beurkundung unterliegen müssen – sog. zusammengesetzte Verträge.<sup>64</sup> Ansonsten wäre den mit

§ 311b I 1 BGB verfolgten Funktionen: Warn-, Beweis-, Übereilungs-, Gültigkeits- und Beratungsfunktionen<sup>65</sup> nicht genüge getan. Eine andere Fallkonstellation betrifft jene Sachverhalte, bei denen im Bauvertrag eine mittelbare Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks enthalten ist.<sup>66</sup> Dabei erfasst die notarielle Beurkundungspflicht nicht nur die Hauptleistungspflichten der Parteien, sondern sämtliche Abreden, die nach dem Willen der Parteien den obligationsrechtlichen Vertragsinhalt bilden sollen.<sup>67</sup> Erforderlich für die Annahme der rechtlichen Einheit ist, dass nach dem Willen (Verknüpfungswille) der Parteien die Verträge derart voneinander abhängen sollen, dass sie mit einander stehen und fallen.<sup>68</sup> Dies setzt keine wechselseitige Abhängigkeit voraus.<sup>69</sup> Auch bei einseitiger Abhängigkeit kann eine rechtliche Einheit vorliegen. Maßgeblich ist dabei, dass die Normzwecke des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB (s.o.) auf den mit dem Grundstückskaufvertrag verbundenen Vertrag ausdehnungsbedürftig sind.<sup>70</sup> Ein Verknüpfungswille ist dabei nicht schon deshalb abzulehnen, weil die betreffenden Verträge nicht in einer Urkunde oder nicht zur gleichen Zeit geschlossen werden.<sup>71</sup> Ebenso wenig steht der Annahme einer rechtlichen Einheit entgegen, dass der Besteller den Bauvertrag und den Grundstückskaufvertrag jeweils mit unterschiedlichen Personen abschließt.<sup>72</sup> Im Falle der einseitigen Abhängigkeit urteilte der BGH hinsichtlich eines Bauvertrages, dass dieser Vertrag dann notariell zu beurkunden ist, wenn der Grundstückskaufvertrag von dem Abschluss eines Bauvertrages abhängig ist und nicht in der umgekehrten Konstellation.<sup>73</sup> Der Verknüpfungswille ist dabei nicht schon deshalb anzunehmen, wenn der Besteller für die Vollzie-

64 Schmitz, RNotZ 2022, 125 (126); MünchKomm.-Ruhwinkel, BGB, 9. Aufl. 2022, § 311b, Rdnr. 58 ff.; Schreindörfer, in: BeckOGK, Stand: 01.04.2022, § 311b, Rdnr. 181 ff.

65 Dazu im Einzelnen Scholz, Zusammengesetzte Verträge i.S.v. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, Diss. Berlin, 2020, S. 26 ff.

66 Schmitz, RNotZ 2022, 125 (127).

67 BGH, NJW 1983, 563.

68 BGH, NJW 2002, 2559 (2560); BGH, NJW-RR 1987, 1042; OLG Stuttgart NZM 2015, 740 (741).

69 BGH, DNotZ 2011, 196 (197).

70 BGH, DNotZ 2011, 196 (198).

71 BGH, NJW 2002, 2559 (2560).

72 BGH, NJW 1981, 274 (275); BGH, DNotZ 2003, 632.

73 BGHZ 78, 346 (349); BGH, DNotZ 2011, 196 (198); a.A. Schmitz, RNotZ 2022, 125 (132).

hung des Bauvertrages ein Grundstück benötigt oder ein Grundstück bereits ins Auge gefasst hat.<sup>74</sup> Vielmehr kommt nach BGH ein Verknüpfungswille dann in Betracht, wenn die Parteien des Bau- und Kaufvertrages identisch sind (was indes keine Voraussetzung der rechtlichen Einheit, sondern ein Indiz ist) oder wenn der Unternehmer einen maßgeblichen Einfluss auf den Abschluss des Kaufvertrages hatte.<sup>75</sup> Letztendlich werden in jedem Einzelfall die konkreten Umstände maßgebend sein. Diese sind für den Bauvertrag und den Verbraucherbaupvertrag gleich zu entscheiden.

Auch kann ein Vertrag über die Vornahme von erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages einhergehen, und zwar im gleichem Maße, wenn beide Verträge in einer wechselseitigen Abhängigkeit stehen, oder wenn der Abschluss des Grundstückskaufvertrages vom Abschluss eines Vertrages über den erheblichen Umbau des sich auf dem Grundstück befindlichen Gebäudes befindet.

In einem Spannungsverhältnis stehen Bauverträge nicht nur zur Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern auch zur Heilungsvorschrift nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB. Es stellt sich nämlich die Frage, ob auch eine Heilung gem. § 311b I 2 BGB sich auf den Verbraucherbaupvertrag erstreckt. Hier müssen zwei Fälle unterschieden werden, wobei selbstverständlich davon auszugehen ist, dass der Kaufvertrag und der Verbraucherbaupvertrag eine rechtliche Einheit bilden:

Fall 1: Der Verbraucherbaupvertrag wird zwar nicht notariell beurkundet, aber die Textform nach § 650i Abs. 2 BGB eingehalten. Sodann wird der Erwerber, zugleich Besteller, im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Fall 2: Der Verbraucherbaupvertrag wird nicht notariell beurkundet, aber auch die Textform nach § 650i Abs. 2 BGB nicht eingehalten. Sodann wird der Erwerber, zugleich Besteller, im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Nach dem Stand der Rechtsprechung und Literatur erfasst die Heilungsvorschrift nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB auch den mit dem Grundstückskaufvertrag verbundenen bzw. zusammengesetzten Vertrag. So urteilte noch das Reichsgericht, dass ein mit dem Grundstückskaufvertrag zusammengesetzter, aber nicht notariell beurkundeter und auch entgegen des Schriftformgebots nach § 550 BGB (damals § 566 BGB a.F.) nicht schriftlich geschlossener Mietvertrag „das rechtliche Schicksal des Hauptvertrages teilen“<sup>76</sup> muss, sodass auch die „Auflassung und die Eintragung ... das Mietabkommen für die vereinbarte Mietzeit, wirksam werden“ (RGZ 103, 381, 383) lässt, „da anderenfalls der von den Vertragsschließenden gewollten Zusammenfassung der beiden Geschäfte zu einer Einheit nicht Rechnung getragen würde. Das wäre ein mit der Vorschrift des § 313 Satz 2 BGB [heute § 311b Abs. 1 S. 2 BGB] unvereinbares, die Sicherheit der Grundstücksübereignungsverträge in hohem Grade gefährdendes Ergebnis“.<sup>77</sup> Der BGH<sup>78</sup> und die Literatur<sup>79</sup> sind dieser Auffassung gefolgt, wobei der BGH etwa in einer Entscheidung die Heilungswirkung eines im Grundbuch eingetragenen Erbbaurechts, über dessen Bestellung sich die Parteien formgerecht geeinigt haben indes später nicht formgerecht abgeändert haben, nicht auf den zusammengesetzten Grundstückskaufvertrag erstrecken ließ.<sup>80</sup>

Die Frage der möglichen Heilung von beurkundungspflichtigen Bau- und Verbraucherbaupverträgen ist bislang nicht beantwortet worden. Eine mögliche Lösung dafür präsentiert der Verf. in seiner im Erscheinen befindlichen Staudinger-Kommentierung.

74 BGH, DNotZ 2011, 196 (198).

75 BGH, DNotZ 2011, 196 (198).

76 RGZ 103, 381 (383).

77 RGZ 103, 381 (383).

78 NJW 1974, 136; NJW 1972, 2265 (2266).

79 Schreindorfer, in: BeckOGK/BGB, Stand: 01.03.2022, § 311b, Rdnr. 346 ff.

80 NJW 1972, 2265 (2266).

## D. Baubeschreibung und Transparenzgebot (Jannis Matkovic)

### These:

Art. 249 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ist um eine Regelung zu ergänzen, welche klarstellt, dass das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Darstellungen einer Baubeschreibung nach § 650j BGB i.V.m. Art. 249 EGBGB keine Anwendung findet.

### Ausgangslage:

Die für Baubeschreibungen in Verbraucherbaupflichtverträgen (§ 650i BGB) und Bauvertragsverträgen (§ 650u BGB) über den Verweis in § 650j BGB anwendbare Vorschrift des Art. 249 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB sieht ihrem Wortlaut nach vor, dass in der Baubeschreibung die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks „in klarer Weise darzustellen“ sind. Auffällig ist hierbei, dass die Darstellung der in der Baubeschreibung enthaltenen Informationen anders als bei vergleichbaren gesetzlichen Informationspflichten gerade nicht „in klarer und verständlicher Weise“ (vgl. z.B. Art. 246 Abs. 1 EGBGB) erfolgen soll.

Dabei handelt es sich keineswegs um ein gesetzgeberisches Versehen; vielmehr erfolgte dieser Verzicht auf ein Verständlichkeitsgebot und die damit verbundene Beschränkung (nur) auf das Klarheitsgebot in Art. 249 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ganz bewusst. Noch im Referentenentwurf des BMJV für das neue Bauvertragsrecht, dort S. 20, war für Art. 249 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zunächst analog zu Art. 246 Abs. 1 EGBGB eine Darstellung der Informationen in der Baubeschreibung „in klarer und verständlicher Weise“ vorgesehen (Referentenentwurf des BMJV, S. 20). Es wurde in der Folge während des weiteren Gesetzgebungsverfahrens darauf hingewiesen, dass ein solches Darstellungserfordernis, welches zugleich Klarheit und Verständlichkeit fordert, für ein solch technisch geprägtes Informationskonglomerat wie eine Baubeschreibung praktisch kaum umsetzbar sei. Zurecht wies etwa der Deutsche Richterbund darauf hin, dass es ein Widerspruch in sich ist, vom Unternehmer als Mindestinhalt einer Baubeschreibung einerseits z.B. die Zurverfügungstellung von „Plänen mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte“ (Art. 249 § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EGBGB) zu fordern – also

Unterlagen, die typischerweise für Fachleute erstellt und entsprechend ausgestaltet sind –, andererseits aber zugleich die Verständlichkeit solcher Unterlagen für den durchschnittlich verständigen, fachunkundigen Verkehrsteilnehmer zum gesetzlichen Maßstab zu machen (Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 24/15, S. 11).

Diese Kritik nahm der Gesetzgeber an und entschied sich bewusst dafür, der Klarheit der Angaben – mithin einer technischen Eindeutigkeit der geschuldeten Leistungen – den Vorzug zu geben. Er strich daher das Verständlichkeitsgebot aus dem Referentenentwurf und beschloss das Inkrafttreten des Art. 249 § 2 EGBGB in der nunmehr geltenden Form. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung hierzu:

„Diese Wortwahl weicht bewusst von der Wortwahl etwa in Art. 246 Abs. 1 EGBGB ab, der in Bezug auf die Informationen, die Verbrauchern übermittelt werden müssen, die Begrifflichkeit „klar und verständlich“ wählt und die Kenntnisse eines durchschnittlichen Verbrauchers zum Maßstab für die Verständlichkeit nimmt. Im Hinblick auf die teilweise komplexen technischen Informationen, die etwa zur Beschreibung der Wärmedämmung oder der technischen Ausstattung eines Bauvorhabens erforderlich sind, kann ein entsprechender Maßstab keine Anwendung auf die Baubeschreibung nach § 650i BGB-E finden. Vielmehr ist insoweit lediglich erforderlich, dass klare Informationen übermittelt werden. Bei Verständnisproblemen kann der Verbraucher Experten hinzuziehen.“

Die diesbezügliche Intention des Gesetzgebers ist demnach so eindeutig wie nachvollziehbar. Es sollten mit der Baubeschreibungspflicht in ihrer nunmehr geregelten Form Streitigkeiten über das vom Unternehmer geschuldete Bau-Soll soweit wie möglich vermieden werden. Dafür sollte es dem Unternehmer auch gestattet werden, auf technische Normen oder Begrifflichkeiten zu verweisen, welche zwar für Bau-Laien nur bedingt verständlich sind, die jedoch in Fachkreisen eindeutige Festlegungen mit sich bringen.

Dabei wurde indessen wohl schlicht übersehen, dass Baubeschreibungen in der Praxis aufgrund

ihrer Vorformulierung durch den Unternehmer zugleich als Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 BGB zu qualifizieren sind. Zwar handelt es sich hierbei in aller Regel „nur“ um die Beschreibung der vom Unternehmer geschuldeten Leistung, sodass mit den Regelungen der Baubeschreibung nicht vom Gesetz abgewichen wird und folglich nicht der vollumfängliche Kontrollmaßstab der §§ 307 ff. BGB zugrunde zu legen ist (vgl. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Jedoch gilt auch für solche Leistungsbeschreibungen über § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB das Transparenzfordernis des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB – mithin das Erfordernis, die Leistung „klar und verständlich“ zu beschreiben.<sup>81</sup>

Somit wird die an und für sich im Sinne der Rechtsklarheit begrüßenswerte Entscheidung des Gesetzgebers, für Baubeschreibungen lediglich ein Klarheitsgebot und ganz bewusst kein Verständlichkeitsgebot zu statuieren, durch das AGB-Recht durchkreuzt; über § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unterliegen Baubeschreibungen regelmäßig gleichwohl einem Verständlichkeitsgebot „durch die Hintertür“.<sup>82</sup> Diese Situation ist für Unternehmer in der Praxis nicht widerspruchsfrei aufzulösen. Wer sein Bausoll eindeutig definieren möchte und hierzu z.B. auf technische Fachbegriffe oder DIN-Normen verweist, riskiert einen Verstoß gegen das Verständlichkeitsgebot und damit (insoweit) die Unwirksamkeit seiner Leistungsbeschreibung. Demgegenüber ist es kaum möglich, den Inhalt solcher technisch etablierter Begriffe sprachlich so aufzubereiten, dass auch ein fachunkundiger Verbraucher hiervon eine halbwegs realistische Vorstellung entwickeln kann, ohne damit zugleich den eigentlich gemeinten Leistungsinhalt zu verwässern oder gar zu verfälschen.

#### Lösungsvorschlag:

Die Lösung für dieses Problem scheint naheliegend: Um eine Anwendbarkeit des Verständlichkeitsgebots aus dem AGB-Recht auf Baubeschreibungen nach § 650j BGB zu vermeiden, müsste lediglich eine Regelung im Gesetz ergänzt werden, wonach auf solche Baubeschreibungen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB keine Anwendung findet. Dies könnte etwa über die Ergänzung eines zweiten Halbsatzes in Art. 249 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB erfolgen:

„In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen; § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB findet insoweit keine Anwendung. Sie muss mindestens folgende Informationen enthalten: [...]“

Indessen könnten Bedenken gegen eine solche Lösung deshalb bestehen, weil das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht nur nationales Recht ist, sondern als Umsetzung der Inhalte der Klausel-Richtlinie (Richtlinie Nr. 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993) zugleich europarechtlich determiniert ist. Es könnten also Zweifel daran bestehen, ob der Ausschluss der Anwendbarkeit des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Baubeschreibungen nach § 650j BGB gesetzlich geregelt werden kann, ohne hiermit ein Vertragsverletzungsverfahren wegen einer mangelnden Umsetzung der Klausel-Richtlinie (Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Klausel-RL) zu riskieren.

Derlei Bedenken erweisen sich aber im Ergebnis als unbegründet. Eine partielle Abbedingung des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB durch mitgliedstaatliche Regelungen für einen ganz konkret geregelten Ausnahmefall im Rahmen eines bestimmten, klar abgrenzbaren Vertragstyps, steht nicht im Widerspruch zu der sich aus der Klausel-RL ergebenden Umsetzungspflicht der Mitgliedsstaaten.

Zwar sieht die Klausel-RL in Art. 4 Abs. 2 vor, dass auch Klauseln, die „den Hauptgegenstand des Vertrages“, also die Definition der Leistungspflichten, betreffen, klar und verständlich abgefasst sein müssen. Art. 5 Klausel-RL regelt generell das Erfordernis der klaren und verständlichen Abfassung von Klauseln. Jedoch entzieht die Klausel-RL damit nicht schlechthin den Mitgliedsstaaten das Recht, für ihre nationalstaatlichen Rechtsvorschriften im Einzelfall und unter bestimmten Voraussetzungen auch hiervon abweichende Regelungen vorzusehen. Vielmehr geht die Klausel-RL davon aus, dass nationalstaatliche Regelungen, welche die Ausgestaltung von Vertragsklauseln regeln, in sich ausgewogen und daher nicht als

<sup>81</sup> Hierzu ausführlich: Glöckner, in: FS Koeble 2010, S. 271 ff.

<sup>82</sup> Zum Ganzen: Matkovic, Die Baubeschreibungspflicht des Unternehmers im neuen Verbraucherbaurecht, 2021, S. 170 ff.

missbräuchlich einzustufen sind. Wörtlich heißt es in den Erwägungsgründen der Klausel-RL (Erwägungsgrund Nr. 13):

„Bei Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, in denen direkt oder indirekt die Klauseln für Verbraucherverträge festgelegt werden, wird davon ausgegangen, daß sie keine mißbräuchlichen Klauseln enthalten. Daher sind Klauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Grundsätzen oder Bestimmungen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft Vertragsparteien sind, nicht dieser Richtlinie zu unterwerfen; der Begriff ‚bindende Rechtsvorschriften‘ in Art. 1 Abs. 2 umfasst auch Regeln, die nach dem Gesetz zwischen den Vertragsparteien gelten, wenn nichts anderes vereinbart wurde.“

§ 650j BGB i.V.m. Art. 249 § 2 EGBGB ist eine „bindende Rechtsvorschrift“ in diesem Sinne. Sie legt zumindest indirekt „die Klauseln für Verbraucherverträge“ fest mit der Folge, dass insoweit eine Vermutungswirkung dafür besteht, dass eine Missbräuchlichkeit dieser Klauseln nicht gegeben ist. An diese Erwägung anknüpfend stellt Art. 1 Abs. 2 der Klausel-RL klar:

„Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Bestimmungen oder Grundsätzen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft – insbesondere im Verkehrsbereich – Vertragsparteien sind, unterliegen nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie.“

In der Folge unterliegt eine mitgliedstaatliche Regelung, die für einen bestimmten Vertragstyp die Ausgestaltung vertraglicher Klauseln regelt, nicht der Anwendung der Klausel-RL. Das hat auch der EuGH mehrfach bestätigt.<sup>83</sup>

Soweit die nationalen Gesetzgeber solche Regelungen einführen oder aufrechterhalten, sind sie zwar nicht vollkommen frei; denn gemäß Erwägungsgrund Nr. 14 der Klausel-RL haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass in gesetzlichen Regelungen, die direkt oder indirekt die Klauseln für Verbraucherverträge festlegen, „keine missbräuchlichen Klauseln enthalten sind“. Eine solche

Missbräuchlichkeit ist aber für die Abbedingung des Verständlichkeitsgebots in Art. 249 § 2 Abs. 1 EGBGB nicht erkennbar. Ganz im Gegenteil soll dies der möglichst eindeutigen und verlässlichen Festlegung des vereinbarten Leistungssolls dienen, was ja auch dem Verbraucher zugutekommt. Ferner ist die betreffende Informationspflicht dann in der Folge so ausgestaltet ist, dass der Verbraucher über eine Vielzahl von Einzelparametern zu informieren ist. Schließlich gehen etwaige bei der Auslegung des Inhalts der Leistungsbeschreibung verbleibende Zweifel gem. § 650k Abs. 2 Satz 2 BGB zu Lasten des Unternehmers. Von einer Missbräuchlichkeit kann hier also keine Rede sein.

Mithin bestehen gegen den vorstehenden Lösungsvorschlag auch keine europarechtlichen Bedenken. Dieser ist also geeignet, der von Vornherein bestehenden legislatorischen Zielsetzung des nationalen Gesetzgebers zur Geltung und Umsetzung auch in der Praxis zu verhelfen.

## E. Die Regelung der Erfüllungssicherheit in § 650m Abs. 2 BGB (Grete Langjahr)

### These 1:

„§ 650m Abs. 2 BGB ist dergestalt zu ändern, dass der Sicherungszweck auch um unwesentliche Mängel ergänzt wird, so dass Ansprüche wie bei einer üblichen Erfüllungssicherheit abgesichert werden.“

### Ausgangslage:

§ 650m Abs. 2 BGB wurde durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts in das Werkvertragsrecht aufgenommen. Diese Vorschrift dient dem Schutz des Verbrauchers vor wirtschaftlichen Nachteilen, die im Zusammenhang mit Abschlagszahlungen entstehen können. § 650m Abs. 2 BGB sieht vor, dass dem Besteller bei einem Verbraucherbauvertrag eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel i.H.v. 5 % der Gesamtvergütung zu gewähren ist. Die Norm ist § 632a Abs. 3 BGB a.F. nachgebildet. Die Regelung in § 650m Abs. 2 BGB bestimmt, dass dem Besteller, wenn von ihm im Rahmen eines

<sup>83</sup> EuGH, NJW 2013, 2253 Rdnr. 26 ff.; EuGH, BeckRS 2014, 80758 Rdnr. 41 ff.

Verbraucherbauvertrages (bzw. über die Verweisung in § 650u Abs. 2 BGB auch bei einem Bauträgervertrag) Abschlüsse verlangt werden und es sich bei ihm um einen Verbraucher (§ 13 BGB) handelt, eine Sicherheit für die Vertragserfüllung zu gewähren ist. Dem Verbraucher steht ein gesetzlicher Anspruch auf Stellung der Sicherheit zu, der mit der Anforderung einer Abschlagszahlung durch den Unternehmer fällig wird. Die Sicherheit soll einen Ausgleich dafür schaffen, dass mit den Abschlagszahlungen die Vorleistungspflicht des Unternehmers, die im Grundsatz bis zur Abnahme besteht, abgeschwächt wird.

Nach der Intention des Gesetzgebers<sup>84</sup> handelt es sich bei der Sicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB um eine Erfüllungssicherheit. Der Sicherungsumfang ergibt sich aus § 650m Abs. 2 Satz 1 BGB. Durch die Sicherheit werden die Ansprüche des Bestellers bzw. des Erwerbers auf Erfüllung im gesetzlich beschriebenen Umfang gesichert, nämlich zunächst Ansprüche wegen „Mängeln“ bis zur Abnahme. Nach dem Wortlaut des Gesetzes werden von der Sicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB jedoch nur Ansprüche wegen wesentlicher Mängel umfasst. Eine Begründung des Gesetzgebers, aus welchen Gründen unwesentliche Mängel vom Schutzzweck des § 650m Abs. 2 BGB ausgenommen sein sollen und was unwesentliche Mängel sind (Stichwörter: optische Mängel, mehrere unwesentliche Mängel ergeben wesentliche), ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien nicht. Es erschließt sich nicht, aus welchen Gründen dem Verbraucherbesteller nur eine Sicherheit für „wesentliche Mängel“ gewährt werden soll. Das Schutzbedürfnis des Verbrauchers auch bei unwesentlichen Mängeln ist nicht geringer anzusehen als bei wesentlichen Mängeln. Eine größere Anzahl unwesentlicher Mängel kann ebenfalls erhebliche Mängelbeseitigungskosten verursachen. Überdies ist es in der Praxis oftmals nicht möglich, zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln sicher zu unterscheiden mit dem Risiko für den Verbraucher als bautechnischem Laien, dass er seiner Pflicht zur Rückgabe der Sicherheit nicht rechtzeitig nachkommt, da er davon ausgeht, dass ihm eine Sicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB zusteht und er diese auch verwerten kann.

Einer Ausweitung des Sicherungsumfangs der Erfüllungssicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB auch auf unwesentliche Mängel steht der Wortlaut dieser Vorschrift und deren Entstehungsgeschichte entgegen. Zwar ergibt sich aus der Gesetzesbe-

gründung<sup>85</sup> zur Einführung des § 632a Abs. 3 BGB a.F. im Rahmen des Forderungssicherungsgesetzes, dass die Sicherheit alle Ansprüche abdecken soll, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Leistung zurückbleibt. Zur Vorgängernorm wurde daher vertreten, dass es sich insoweit um ein Redaktionsversehen gehandelt habe und durch § 632a Abs. 3 BGB a.F. auch Ansprüche wegen unwesentlicher Mängel gesichert seien.<sup>86</sup> Der Gesetzgeber hat durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts bewusst die Vorgängernorm des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. unverändert übernommen, die nach ihrem Wortlaut den Sicherungszweck auf wesentliche Mängel beschränkte. Es kann daher nicht mehr davon ausgegangen werden, dass es sich insoweit um ein gesetzgeberisches Versehen handelt. Es war auch angesichts der Kritik in der Literatur<sup>87</sup> während des Gesetzgebungsverfahrens eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, „unwesentliche Mängel“ nicht unter den Schutz des § 650m Abs. 2 BGB zu stellen. Eine korrigierende Auslegung entsprechend der wortlautidentischen Vorgängerregelung, dass stets auch Ansprüche wegen unwesentlicher Mängel gesichert werden, weil es sich um ein Reaktionsversehen des Gesetzgebers handelt, ist daher m.E. nicht bzw. nicht mehr ohne weiteres möglich.

### Lösungsvorschlag These 1:

Eine Gesetzesänderung sollte somit dergestalt erfolgen, dass die Sicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB wie jede „normale“ Erfüllungssicherheit sämtliche vor Abnahme entstandenen Ansprüche des Verbrauchers wegen nicht ordnungsgemäßer oder nicht rechtzeitiger Erfüllung absichert und das Tatbestandsmerkmal „wesentlich“ durch den Gesetzgeber gestrichen wird. Eine Erfüllungssicherheit sichert nämlich auch bei Abnahme vorbehaltene oder bereits in Geld übergegangene Ansprüche wegen „Mängeln“.<sup>88</sup>

84 BT-Drucks. 16/511, 14 f; BT-Drucks. 18/8486, 64.

85 BT-Drucks. 16/511, 15.

86 Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar* § 632a BGB a.F. Rdnr. 142, Stand 12.05.2017; Basty, *DNotZ* 2008, 891.

87 Pause/Vogel, *NZBau* 2015, 667 (670); Pause, *BauR* 2017, 430 (437).

88 BGH, *Urt. v. 24.09.1998 – IX ZR 371/97*, *BGHZ* 139, 325 = *NJW* 1999, 55 (57).

**These 2:**

„Die Rückgabe der Sicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB muss erst erfolgen, wenn keine gesicherten Ansprüche des Verbrauchers mehr bestehen oder entstehend können; dies kann auch nach der Abnahme der Fall sein.“

**Ausgangslage:**

Die Rückgabe der Sicherheit – Bareinbehalt oder Bürgschaft – hat zu erfolgen, wenn der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann, d.h. wenn keine gesicherten Ansprüche mehr bestehen. Das ist normalerweise dann der Fall, wenn das geschuldete Werk abnahmereif hergestellt ist und keine Ansprüche des Auftraggebers auf Vertragsstrafe, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder infolge Verzuges bestehen.<sup>89</sup> Der Grundsatz, dass die Erfüllungssicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB mit der Abnahme zurückzugewähren ist, gilt jedoch nicht ausnahmslos. Die Berechtigung, die Sicherheit zurückzubehalten und sodann auch zu verwerten, wird durch den (gesetzlichen) Sicherungszweck bestimmt. Bestehen daher nach Abnahme noch Ansprüche, die durch die Sicherheit gesichert werden, so ist der Verbraucherbesteller nicht verpflichtet, diese bei Abnahme zurückzugewähren bzw. auszubehalten.

Da die Sicherheit der Absicherung der bei der Abnahme vorbehaltenen Mängel dient, kann sie, sofern Mängel vorbehalten wurden, bis zu deren Beseitigung in vollem Umfang oder, wenn der Beseitigungsaufwand hinter der Höhe der Sicherheit zurückbleibt, anteilig zurückbehalten werden. Wurde die Sicherheit durch Bareinbehalt des Bestellers geleistet, kann dieser bei der Berechnung der Höhe des Einbehalts der Sicherheit einen Druckzuschlag berücksichtigen. Wurde die Sicherheit hingegen durch Stellung einer Bürgschaft geleistet, ist ein Druckzuschlag nicht zu berücksichtigen, da der Zweck der Bürgschaft nur in der Absicherung der Ansprüche liegt und nicht darin, die Mängelbeseitigung durchzusetzen.<sup>90</sup>

Ebenfalls kann die Sicherheit bei einem Verzugschaden im Falle einer verspäteten Fertigstellung verwertet werden. Abgesichert sind auch Vertragsstrafenansprüche für die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes.

Bestehen hingegen weitere Ansprüche des Bestellers, die nicht vom Sicherungszweck des § 650m Abs. 2 BGB umfasst sind, steht dem Besteller insoweit kein Zurückbehaltungsrecht in Bezug auf die Sicherheit zu. Durch eine Sicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB sind Mängelansprüche wegen nach der Abnahme gerügter, nicht vorbehaltenen Mängel nicht gesichert. Ebenso wenig gesichert sind sonstige mögliche Vertragserfüllungsansprüche, etwa Rückzahlungsansprüche wegen Überzahlungen oder Vorauszahlungen. Stehen einem Verbraucher daher nur noch derartige Ansprüche zu, kann er die Sicherheit nicht zurückbehalten, sondern muss sie zurückgeben bzw. ausbezahlen.

**Lösungsvorschläge These 2:**

Grundsätzlich entfällt der Sicherungszweck, wenn die Abnahme durch den Verbraucherbesteller erklärt worden ist, da durch die Regelung in § 650m Abs. 2 BGB nur die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel gesichert wird.

Die Sicherheit ist bei Abnahme daher zurückzugeben, wenn der Sicherungsfall nicht eingetreten ist und auch nicht mehr eintreten kann. Der Sicherungsfall tritt jedoch ein, wenn vor oder mit Abnahme vom Sicherungsumfang erfasste Ansprüche entstanden sind. Werden bei der Abnahme wesentliche Mängel vorbehalten bzw. sind Ansprüche aus Verzug offen, kann die Sicherheit bis zur Erfüllung der Mängelansprüche oder Ansprüche aus Verzug zurückbehalten werden.

<sup>89</sup> KG, Urteil vom 17.01.2023 – 21 U 90/22.

<sup>90</sup> Vgl. Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kapitel 4 Rn. 64.





