

## **REGIERUNGSENTWURF EINES GESETZES ZUR REFORM DES BAUVERTRAGSRECHTS UND ZUR ÄNDERUNG DER KAUFRECHTLICHEN MÄNGELHAFTUNG STELLUNGNAHME DER BUNDESARCHITEKTENKAMMER**

Die Bundesarchitektenkammer begrüßt grundsätzlich den Regierungsentwurf als einen wichtigen, wenn auch notwendigerweise nur ersten Schritt in Richtung einer ausgewogeneren Pflichten- und Haftungslage der Baubeteiligten. Wir sehen, dass die Empfehlungen des 4. und 5. Baugerichtstages und der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) sowie die Forderungen der Bundesarchitektenkammer (BAK) vom Ansatz her aufgegriffen wurden und den Spezifika nicht nur des Bauvertragsrechts, sondern auch des für Architekten und Ingenieure maßgeblichen Rechts durch ausdifferenzierte Regelungen Rechnung getragen wird. Auch und gerade weil der Gesetzgeber laut Begründung zu § 650s BGB-E zwar geprüft hat, den Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung zwischen Architekt und Bauunternehmer abzuschaffen, im Ergebnis hieran aber nichts ändern wird, ist es nach unserer Auffassung für einen angemessenen Ausgleich der Baubeteiligten und zur Förderung des Grundsatzes des kooperativen Zusammenwirkens weiterhin dringend erforderlich, die Möglichkeiten und Chancen einer objektbezogenen Gesamtversicherung zu prüfen und diese in einem zweiten Schritt zu kodifizieren. Wir begrüßen es daher, dass das BMJV einen dahingehenden Forschungsauftrag vergeben wird.

Unsere nachfolgenden Anmerkungen beschränken sich auf die für Architekten maßgeblichen Teile des Gesetzentwurfs. Hierbei gehen wir zunächst auf die Vorschriften im Untertitel 2 des neuen Titels 9 BGB-E ein, sodann auf weitere Regelungen des Gesetzentwurfs.

### **Zu Titel 9 (Werkvertrag und ähnliche Verträge) sowie Untertitel 2 (Architektenvertrag und Ingenieurvertrag)**

Die Neustrukturierung und Neubezeichnung des Titels 9 des BGB unterstützen wir ausdrücklich. Die Bezeichnung des Titels 9 als „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ stellt klar, dass die weiteren in dem Titel genannten Verträge zwar werkvertragsähnlich, nicht aber werkvertragsidentisch sind. Dies gilt auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag, der in einem Untertitel 2 gleichrangig dem Werkvertrag (Untertitel 1) sowie den weiteren werkvertragsähnlichen Bauträger- und Reiseverträgen (Untertitel 3 und 4) zur Seite gestellt wird.

### **Zu § 650o BGB-E (Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen)**

Eine eigenständige Regelung, die die vertragstypischen Pflichten bei Architekten- und Ingenieurverträgen festlegt, halten wir aus den bereits genannten Gründen nicht nur für begrüßenswert, sondern für notwendig.

Der Anwendungsbereich der Vorschrift sollte aber noch etwas klarer gestellt werden. In der Begründung zu Absatz 1 der Vorschrift wird zwar ausgeführt, dass die Definition dem Wortlaut der Vorschrift entsprechend auf Architekten- und Ingenieurleistungen zur Herstellung von Bauwerken und Außenanlagen bezieht. Da der Begriff Architekt zumindest nach einigen Landesarchitektengesetzen auch den Stadtplaner umfasst, sollte ausdrücklich auch beschrieben werden, ob und in welchem Umfang die Flächenplanung dem Untertitel 2 des Titels 9 unterfällt bzw. welchem Vertragstyps sie stattdessen zuzuordnen ist.

**Wir regen daher an, in der Begründung zu Absatz 1 ausdrücklich klarzustellen, welchem Vertragstyp die Flächenplanung zuzuordnen ist.**

### **Zu § 650p BGB-E (Anwendbare Vorschriften)**

Wir begrüßen es, dass unserer Forderung nach Einbeziehung u.a. des § 650b BGB-E in den Anwendungsbereich des § 650p BGB-E im Regierungsentwurf entsprochen worden ist. Problematisch ist aus unserer Sicht aber die in § 650p Absatz 2 BGB-E angelegte Konzeption zur Vergütungsanpassung bei einseitigen Anordnungen.

Im Grundsatz uneingeschränkt zustimmen können wir der Regelung in § 650p Absatz 2 Satz 1 BGB-E, wonach sich die Vergütung in ihrem Anwendungsbereich vorrangig und ausschließlich nach der HOAI richtet.

Unverständlich ist aus unserer Sicht allerdings die Vorgabe in § 650 p Absatz 2 Satz 2 BGB-E, mit der ausdrücklich der Vorrang der freien Vereinbarung in den Fällen, in denen die HOAI nicht greift, postuliert wird. Für uns ist an dieser Stelle kein Grund ersichtlich, warum nicht für diese Konstellationen generell auf § 650c BGB-E verwiesen wird, was aber erst nachrangig in § 650 p Absatz 2 Satz 3 BGB-E geschieht. Da aber in § 650c Absatz 4 BGB-E ebenfalls die Möglichkeit der freien Vereinbarung für eine Vergütungsanpassung vorgesehen ist, stellt sich die Frage, ob aus den Vorgaben in § 650 p Absatz 2 Satz 2 und 3 BGB-E eine von § 650c BGB-E abweichende Vergütungsregelung abgeleitet werden soll. Tatsächlich scheint das aber weder gewollt noch sinnvoll zu sein. Gleichwohl bestünde aber die Gefahr, dass diese Regelung zu Unklarheiten und Problemen im Vollzug des § 650 p Absatz 2 Satz 2 BGB-E führt.

### **Wir bitten daher, § 650p Absatz 2 Satz 2 BGB-E zu streichen.**

Noch kritischer sind die aus unserer Sicht verunklarenden, in Teilen auch unzutreffenden Formulierungen in der Begründung „Zu § 650p (Anwendbare Vorschriften)“ / „Zu Absatz 2“ zu werten. Uns stellt sich die Frage, warum in den Sätzen 4 und 5 die Anwendbarkeit des § 10 HOAI für Änderungsanordnungen thematisiert wird. Dies ist ein rein HOAI-rechtliches Thema, das aus unserer Sicht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit den Neuregelungen im BGB steht. Darüber hinaus waren und sind nach der ganz herrschenden Meinung wiederholende Grundleistungen immer nach HOAI zu vergüten, unabhängig davon, ob § 10 HOAI für unmittelbar anwendbar erachtet wird oder nicht. Aus diesem Grund muss unseres Erachtens in jedem Fall der Eingangspassus des zweiten Absatzes (also im Satz 6) der betreffenden Begründung („Lässt sich § 10 HOAI nicht entsprechend heranziehen oder“) gestrichen werden; denn diese Formulierung intendiert zusammen mit der zweiten Alternative („oder ergibt sich aus anderen Gründen eine nicht von der HOAI erfasste Konstellation, [...]“) fälschlicherweise, dass wenn § 10 HOAI für Änderungsanordnungen nicht einschlägig wäre, die HOAI in Gänze nicht zur Anwendung gelänge. Das würde die verheerende Folge auslösen, dass dann, wenn man der in den o.a. Sätzen 4 und 5 angesprochenen These von der mangelnden Einschlägigkeit des § 10 HOAI folgte, in allen Fällen der einseitigen Änderungsanordnung gegenüber Architekten und Ingenieuren die freie Honorarvereinbarung möglich wäre. Dieses stellte sich als eine erhebliche Aufweichung der HOAI dar, die aber tatsächlich vom BGB-Gesetzgeber in dem vorliegenden Kontext nicht beabsichtigt ist und auch nicht beabsichtigt sein kann.

**Wir fordern deshalb, in der Begründung zu § 650 p Absatz 2 BGB-E deutlich zu formulieren, dass die freie Vereinbarung der Vergütung infolge von einseitigen Anordnungen nur für solche Leistungen gilt, die – anders als sog. Grundleistungen – nicht vom Anwendungsbereich der HOAI erfasst werden.**

### **Zu § 650q BGB-E (Sonderkündigungsrecht)**

Die Einführung eines gesetzlichen Sonderkündigungsrechts soll laut Gesetzesbegründung den Besteller, insbesondere den Verbraucher vor dem voreiligen Abschluss eines umfassenden Architektenvertrages schützen. Wir unterstützen diese Überlegung im Grundsatz, da auch der Architekt in der Regel nicht daran interessiert sein kann, mit einem Besteller zusammen zu arbeiten, mit dem u. U. nicht ohne Weiteres zu kompensierende konträre Sichtweisen bestehen. Damit sind vermeidbare Konflikte vorprogrammiert. Auf der anderen Seite muss auch dem Architekten ein

Anspruch auf Rechtssicherheit und damit auch auf Entscheidungen des Bestellers zugestanden werden. Wir begrüßen daher die bereits in § 650o Absatz 2 BGB-E angelegte und in § 650q BGB-E fortgesetzte gesetzgeberische Wertung, wonach – auch ohne eine schriftliche oder textliche Niederlegung eines dahingehenden Vertrages – auch bereits der Abschnitt vertraglich relevant und daher auch zu vergüten ist, in dem zwischen Bauherr und Planer die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart worden sind.

Für bedenklich und auch in der Sache für nicht gerechtfertigt halten wir allerdings die Regelung in § 650q Absatz 1 Satz 2 BGB-E insofern, als die dort enthaltene zweiwöchige Kündigungsfrist für den Besteller ohne vorherige Belehrung durch den Architekten nicht zu laufen beginnt und das Sonderkündigungsrecht unbegrenzt bestehen bleibt. Herr Prof. Reinelt hat sich in der Fachzeitschrift „Baurecht“ daher zu Recht dafür ausgesprochen, das Sonderkündigungsrecht zeitlich zu begrenzen (Baurecht, 1/2016, 1ff. (2, 3)). Auch wir sehen selbstverständlich, dass eine unterlassene Belehrung des Verbraucher-Bestellers über sein Sonderkündigungsrecht nicht ohne nachteilhafte Rechtsfolgen für den insoweit säumigen Unternehmer bleiben kann, da die Belehrungsobliegenheit anderenfalls leer liefe. Im Zusammenhang mit dem speziellen Sonderkündigungsrecht für denjenigen Abschnitt, in dem die wesentlichen Planungsgrundlagen gerade noch nicht feststehen, oder für den Fall, dass die Planungsgrundlagen dem Besteller nicht zusagen, ist das Sonderkündigungsrecht aber per se obsolet, wenn und sobald auf Basis der Planungsgrundlagen der Planungsprozess begonnen wird. Dass es überhaupt eine (zeitliche) Grenze auch bei unterlassener Belehrung geben muss, zeigt insbesondere auch der auf der Verbraucherrechterichtlinie beruhenden §§ 356 Absatz 3 Satz 2 BGB und der jetzt ebenfalls auf dieser Grundlage vorgesehene § 356d Satz 2 BGB-E. Letzterer sieht bei Verbraucherbauverträgen vor, dass das Widerrufsrecht auch ohne dahingehende Belehrung spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss erlischt.

**Wir regen daher dringend an, auch bei unterlassener Belehrung das Sonderkündigungsrecht nicht endlos bestehen zu lassen, sondern einen geeigneten Zeitpunkt zu bestimmen, in dem es auch für den nicht belehrten Verbraucher zumutbar ist, dass das Sonderkündigungsrecht entfällt. Aus unserer Sicht wäre dies dann der Fall, wenn die nach der jeweiligen Landesbauordnung erforderlichen Bauantragsunterlagen fertiggestellt bzw. dort, wo erforderlich, eingereicht werden, weil damit der Besteller deutlich seinen Willen zum Ausdruck bringt, das Bauvorhaben mit dem Architekten oder Ingenieur auf Basis von dessen Planung zu realisieren. Unabhängig davon muss das Sonderkündigungsrecht entsprechend § 356d Satz 2 BGB-E spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach Vorlage der Planungsgrundlage und der Kosteneinschätzung erlöschen.**

#### **Zu § 650s BGB-E (Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer)**

Mit der Vorschrift wird versucht, der derzeitigen regelmäßigen „Missachtung“ des Vorrangs der Nacherfüllung vor dem Schadensersatzanspruch im Verhältnis Bauherr, Bauunternehmer und Planer entgegenzuwirken, indem der Bauherr vor finanzieller Inanspruchnahme des Planers verpflichtet wird, bei Überwachungsfehlern zunächst den Bauunternehmer zur Nacherfüllung aufzufordern. Dies entspricht auch einer ausdrücklichen Forderung der BAK. Wie bereits im Rahmen der allgemeinen Vorbemerkungen ausgeführt, kann es sich aber nur um eine erste Zwischenlösung handeln, die eine weitere und dann grundlegende Lösung des Problems der Haftungsschieflage zwischen Planer und Bauunternehmer nicht ausschließen darf.

Unabhängig hiervon ist nach unserer Auffassung auch die konkrete Ausprägung dieser Zwischenlösung verbesserungsfähig, da sie weder für den Bauherrn noch für den Bauunternehmer einen echten Anreiz bietet, zunächst ernsthaft die Nacherfüllung zu betreiben, bevor der (jedenfalls bei Architekten) durch eine Berufshaftpflichtversicherung abgedeckte Schadensersatzanspruch gegen den Planer geltend gemacht wird. Wir können nachvollziehen, dass das Problem nicht dadurch gelöst werden kann, dass der Bauherr den Bauunternehmer zunächst erfolglos verklagt haben muss; auf der anderen Seite kann und darf es nicht ausreichen, dass der Bauunternehmer letztlich und im wahrsten Sinne des Wortes „nichts“ tun muss, um den Weg zur finanziellen Inanspruchnahme des Planers freizumachen.

**Wir fordern daher, dass der Besteller stattdessen zunächst auf die Selbstvornahme nach § 637 BGB zu verweisen ist. Dies muss jedenfalls bei Verträgen ohne Beteiligung eines Verbrauchers gelten. Ist der Besteller ein Verbraucher, ist sein Anspruch auf die Eigennachbesserungskosten des Bauunternehmers zu begrenzen, solange er keine Selbstvornahme durchführt.**

-----

Anmerkungen zu weiteren Vorschriften:

#### **Zu § 648a BGB-E (Kündigung aus wichtigem Grund)**

§ 648a BGB-E und damit eine jetzt ausdrückliche gesetzliche Regelung zum Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ist über den Verweis in § 650p BGB-E für Architekten- und Ingenieurverträge anzuwenden. Dessen Absatz 5 sieht ein Recht des Bestellers nur auf Vergütung der bis zur Kündigung erbrachten Leistung vor und zwar auch dann, wenn der wichtige Grund für die Beendigung des Vertragsverhältnisses in der Person des Bestellers begründet war. Dass es sich hierbei nicht um ein Versehen, sondern um eine bewusste Entscheidung handelt, zeigt die Begründung der Vorschrift. Auch und gerade mit Blick auf die Problematik der Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche können wir die vorgenommene Wertung zum Nachteil des Unternehmers – auch unter Einbeziehung des Verbraucherschutzgedankens – nicht nachvollziehen. Das Argument, dass der einer Kündigung zugrunde liegende wichtige Grund nicht ausschließlich aus der Sphäre eines der Vertragspartner kommen muss, darf nicht dazu führen, dass es für diesen Fall keine spezifische Regelung gibt. Der Unternehmer darf nicht dafür bestraft werden, dass ohne seine Veranlassung ein wichtiger Grund zur Kündigung des Auftraggebers entstanden ist. Deshalb kann und muss eine gesonderte Vergütungsregelung den Fall erfassen, dass die Kündigung ausschließlich durch den Besteller veranlasst ist. Die Vergütungsfolge einer Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund muss unter diesen Umständen derjenigen einer (freien) Kündigung des Bestellers nach § 648 BGB-E (bislang § 649 BGB) entsprechen.

**Wir fordern daher, § 648a Absatz 5 BGB-E dahingehend zu ergänzen, dass für den Fall, dass der wichtige Grund für die Beendigung des Vertragsverhältnisses ausschließlich der Sphäre des Bestellers entstammt, der Unternehmer Anspruch auf vollen Ersatz seiner Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen und eines anderweitigen Erwerbs oder böswilligen Nichterwerbs hat. Dies könnte durch einen Rechtsfolgenverweis auf § 648 BGB-E (bislang § 649 BGB) erfolgen.**

#### **Zu § 650b BGB-E (Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers)**

Wir begrüßen es, dass bei Änderungswünschen des Bestellers die Parteien zunächst eine einvernehmliche Lösung anstreben müssen. Des Weiteren begrüßen wir es, dass der Anwendungsbereich der Regelung im Falle einer begehrten Änderung des Werkerfolges eingeschränkt worden ist. Für den Fall, dass sich Besteller und Unternehmer nicht einigen, wird durch § 650b Absatz 2 BGB-E ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers konstituiert, das bei begehrter Änderung des Werkerfolges allerdings zu Recht durch den Gesichtspunkt der Zumutbarkeit eingeschränkt wird.

Entfallen ist in diesem Zusammenhang allerdings das noch im Referentenentwurf enthaltene besondere Leistungsverweigerungsrecht für den Fall, dass über die Frage der Zumutbarkeit unterschiedliche Auffassungen bestehen. Zur Begründung für die Streichung war angeführt worden, dass das Leistungsverweigerungsrecht zu teuren Baustillständen führen könnte. Diese Befürchtung dürfte aus unserer Sicht allerdings nur in sehr wenigen Fällen gerechtfertigt sein, da es in der Praxis in

der Regel um die Frage der Vergütungsanpassung geht und nicht um das „Ob“ einer vom Besteller gewünschten Änderung.

**Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)**

Aus unserer Sicht ist es sehr sinnvoll, dass das Gesetz erst sechs Monate nach Verkündung in Kraft treten soll. Wir begrüßen es, dass den Rechtsanwendern und den von den Änderungen Betroffenen hinreichend Zeit gegeben wird, sich mit den neuen Vorschriften vertraut zu machen. Zugleich bleibt genug Zeit, um Muster für den Widerruf nach § 650q Absatz 1 Satz 2 BGB-E zu erstellen und den Berufsstand auf die Folgen bei unterlassenem Widerruf bereits im Vorfeld gesondert hinzuweisen.

Bundesarchitektenkammer  
Berlin, 13.4.2016