

#### 4. Instandhaltung von Außenanlagen

- 40 Nicht erwähnt werden in Abs. 2 Instandhaltungen von Außenanlagen. Es lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen, weshalb die Außenanlagen hier keine Erwähnung finden und es ist auch nicht nachvollziehbar, warum hier eine Differenzierung vorgenommen wird.<sup>85</sup> Nach hier vertretender Auffassung ist von einem gesetzgeberischen Redaktionsversehen auszugehen, so dass im Wege der Analogie Abs. 2 auch auf Instandhaltungsmaßnahmen von Außenanlagen anzuwenden ist.<sup>86</sup>

### § 650 b Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

#### (1) <sup>1</sup>Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. <sup>2</sup>Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. <sup>3</sup>Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. <sup>4</sup>Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. <sup>5</sup>Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650 c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) <sup>1</sup>Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. <sup>2</sup>Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. <sup>3</sup>Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

#### Literatur:

*Dammann/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, 2017.

I. Normzweck, Einführung und Übersicht		b) Anwendung auf andere Verträge.....	9
II. Allgemeines .....	4	III. Regelungsgehalt .....	12
1. Entstehungsgeschichte	4	1. Einvernehmliche	
2. Anwendungsbereich und Praxisrelevanz		Vertragsänderung (Abs. 1)	13
		a) Änderungsbegehren	6
a) Bauverträge .....	6	(Abs. 1 S. 1) .....	15

<sup>85</sup> IbrOK BauVertrR/*Kniffka/Kniffka* BGB § 650 a Rn. 25 spricht von einem nicht aufzuklärenden „Mysterium“.

<sup>86</sup> AA Messerschmidt/Voit/*von Rintelen* BGB § 650 a Rn. 108.

aa) Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Abs. 1 S. 1 Nr. 1) ....	18	2. Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers (Abs. 2) .....	43
bb) Für den Werkerfolg notwendige Änderungen (Abs. 1 S. 1 Nr. 2) ....	21	a) 30-Tages-Frist (Abs. 2 S. 1) .....	45
cc) Grenzen des Änderungsbegehrens	24	b) Anordnung vor Ablauf der 30-Tages-Frist? .....	49
b) Verpflichtung des Unternehmers zur Angebotsabgabe (Abs. 1 S. 2) .....	31	c) Grundsatz: Pflicht des Unternehmers zur Ausführung (Abs. 2 S. 2) ..	50
aa) Pflicht zur Abgabe ...	33	3. Rechtsfolge: Umgestaltung der Rechtslage .....	51
Form und Frist .....	36	IV. Abdingbarkeit .....	53
cc) Inhalt des Angebots ..	38	V. Praktische Relevanz der VOB/B und § 650 b BGB .....	59
c) Notwendige Änderungen bei der Planungsverantwortung des Unternehmers (Abs. 1 S. 5) .....	42		

**I. Normzweck, Einführung und Übersicht**

Bauverträge zeichnen sich durch eine hohe Komplexität sowie einen längerfristigen Leistungsaustausch der Vertragsparteien aus. Während der Vertragsdurchführung können aus den unterschiedlichsten Gründen Änderungen an dem ursprünglichen beauftragten Bauwerk notwendig werden, sei es aufgrund von geänderten Nutzungswünschen des Bestellers, vorgefundenen Erschwernissen oder Fehlern bzw. Lücken in der Planung. Um diesem tatsächlichen Bedürfnis Rechnung zu tragen, war auch vor der Reform des Bauvertragsrechts in nahezu sämtlichen Bauverträgen durch individuelle Vertragsgestaltung oder die Einbeziehung gebräuchlicher Vertragsmuster wie der VOB/B ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des Bestellers vereinbart.

Diese Praxis stand für mehr als ein Jahrhundert im Widerspruch zu den dispositiven Regelungen des BGB-Werkvertrags. Die Rechtsprechung entwickelte zwar in Ausnahmefällen ein Leistungsanordnungsrecht des Bestellers (→ Rn. 5), außerhalb desselben bestand jedoch lediglich die Möglichkeit einer einvernehmlichen Vertragsänderung. Letzteres führte aufgrund der mitunter gegenläufigen Interessen der Parteien und einer faktischen Monopolstellung des Unternehmers nach Vertragsschluss zu Problemen während der Ausführung.

Mit dem neu eingeführten § 650 b BGB beabsichtigte der Gesetzgeber, diesen Missstand zu beseitigen. Dabei wählte er eine von der in Bauverträgen regelmäßig vereinbarten VOB/B abweichenden Konstruktion (dort § 1 Abs. 3, 4 VOB/B). Statt eines unmittelbaren einseitigen Rechts des Bestellers zur Vertragsänderung sieht der Gesetzgeber in § 650 b Abs. 1 BGB ein **zwingendes Einigungsverfahren** vor, in dem die Parteien sich vorrangig auf die Änderungsleistung und deren monetäre Folgen verständigen sollen. Erst wenn der Einigungsver-such scheitert, ist der Besteller zur einseitigen Änderungsanordnung berechtigt. Dem Unternehmer steht reziprok dazu gemäß § 650 c BGB ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung zu, der sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten einschließlich Zuschlägen (für Wagnis, Gewinn und allgemeine Geschäftskosten) richtet und das Äquivalenzinteresse wahren soll. Mit § 650 c Abs. 3 BGB besteht eine besondere Vorschrift zur Berechnung der **Abschlags-**

zahlungen und über § 650 d BGB wird den Parteien theoretisch in Fragen der Anordnung und deren Vergütung der einstweilige Rechtsschutz erleichtert.

## II. Allgemeines

### 1. Entstehungsgeschichte

- 4 Das Leistungsänderungsrecht des Bestellers wurde mit Wirkung zum 1.1.2018 in das BGB eingefügt.<sup>1</sup> Das Fehlen eines Anordnungsrechts in dem Werkvertragsrecht verwundert, da die VOB/B, die für deutsche Bauverträge die wichtigste Mustervertragsordnung darstellt und von öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich verpflichtend zu verwenden ist (vgl. nur § 8 a EU VOB/A), kennt ein Anordnungsrecht schon seit ihrer Urfassung im Jahre 1926, damals in § 1 Abs. 3, heute sprachlich fast unverändert in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B. Die bauliche Praxis erkannte also bereits früh die tatsächliche Notwendigkeit solcher Regelungen, verbunden natürlich mit Folgen auch für die Vergütung des Auftragnehmers.
- 5 Auffassungen, auch im BGB-Werkvertragsrecht, gebe es ein Leistungsänderungsrecht, konnten in dieser Allgemeinheit nicht überzeugen.<sup>2</sup> Der BGH hatte zwar in einem obiter dictum verkündet, dass in begründeten Ausnahmefällen ein notwendiges Änderungsrecht als Vertragspflicht besteht; dies ergäbe sich in den einschlägigen Fällen aus Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB).<sup>3</sup> Damit war das Leistungsänderungsrecht aber nicht nur in den Voraussetzungen, sondern auch in seinen Rechtsfolgen mehr als unsicher. Ein rechtssicheres Anordnungsrecht bestand also nicht, was den Deutschen Baugerichtstag – unter anderem – im Jahre 2010 dazu verleitete, die Entwicklung eines eigenständigen Bauvertragsrechts zu empfehlen.<sup>4</sup> Die daraufhin eingerichtete Arbeitsgruppe präsentierte die Ergebnisse 2013 in einem Abschlussbericht, der wiederum als Grundlage für den Referentenentwurf des BMJV vom 10.9.2015 diente.<sup>5</sup> Dort wurde erstmals unter § 650 b BGB ein dem heutigen sehr ähnliches Anordnungsrecht formuliert, allerdings noch ohne das Erfordernis vorheriger Einigungsversuche. Dieses wurde erst im Regierungsentwurf vom 11.3.2016 konstituiert;<sup>6</sup> nach geringfügigen Änderungen – etwa der Einführung der 30-Tages-Frist, § 650 b Abs. 2 S. 1 BGB – wurde das Gesetz am 9.3.2017 nach 3. Beratung verabschiedet<sup>7</sup> und am 28.4.2017 im Bundesgesetzblatt verkündet.<sup>8</sup> Die Vorschrift gilt seit dem 1.1.2018 und ist in ihrem Anwendungsbereich beschränkt auf Bauverträge, die nach diesem Datum geschlossen wurden.

### 2. Anwendungsbereich und Praxisrelevanz

#### a) Bauverträge

- 6 Für Bauverträge ist mit § 650 b BGB erstmalig ein generelles, einseitiges Leistungsänderungsrecht gesetzlich eingeführt worden. Die Bedeutung des § 650 b BGB bleibt abzuwarten. Bei nahezu sämtlichen Bauverträgen wurde auch vor

1 Mehr zur Entstehungsgeschichte bei BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 1 ff.; allgemeiner Überblick bei Kniffka BauVertrR/Kniffka BGB Vor §§ 631 Rn. 1 ff.

2 So aber etwa Enders BauR 1982, 535, 537; Kapellmann/Schiffers, Vergütung und Nachträge Bd. 2, 5. Aufl. Rn. 1004 ff.

3 BGH NJW 1996, 1346 (1347).

4 3. Deutscher Baugerichtstag 2010, Arbeitsgruppe 1, 4. Empfehlung; abrufbar unter [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de).

5 Abrufbar unter [www.bmjv.de](http://www.bmjv.de).

6 BT-Drs. 18/8486, S. 54 f.

7 BT-PlPr 18/221, S. 22250D.

8 BGBl. I 2017, S. 969.

dem 1.1.2018 ein Leistungsänderungsrecht des Bestellers vereinbart. Dies wird sich durch den neuen § 650 b BGB nicht ändern. Unmittelbare Bedeutung wird die Regelung daher lediglich in Verträgen finden, in denen die Parteien keine abweichenden Regelungen vereinbart haben.

Seit dem Inkrafttreten zum 1.1.2018 sind – soweit ersichtlich (Stand Oktober 2019) – **noch keine Gerichtsverfahren öffentlich bekannt**, in denen die Vorschriften zur Anwendung gekommen sind. Hieraus lässt sich noch kein Rückschluss auf eine (fehlende) Praxisrelevanz ziehen. Die neu eingeführten Normen wirken nicht auf **Bauverträge** zurück, die **vor dem 1.1.2018** geschlossen wurden, Art. 229 § 39 EGBGB. §§ 650 a ff. BGB sind dort **nicht anwendbar**. Es ist nicht ungewöhnlich, dass selbst anderthalb Jahre nach Inkrafttreten noch keine Entscheidungen veröffentlicht wurden. Die Bedeutung in der unmittelbaren Anwendung bleibt daher weiter abzuwarten.

Jenseits der unmittelbaren Anwendung kommt § 650 b BGB jedoch für vertragliche Klauseln einseitiger Änderungsmöglichkeiten schon jetzt eine wichtige (und unbekannt) Rolle zu. Im Rahmen einer – trotz § 310 Abs. 1 S. 3 BGB oftmals zwingenden – AGB-Kontrolle kann § 650 b BGB eine **Leitbildfunktion** zukommen, indem durch die Norm wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) aufgestellt werden, von denen durch vertragliche Musterklauseln nicht (mehr) abgewichen werden darf, → Rn. 54 Aufgrund der fehlenden Rechtsprechung zu den Normen besteht gegenwärtig eine nicht unerhebliche Unsicherheit bei der Vertragsgestaltung von Musterklauseln.

## b) Anwendung auf andere Verträge

Gemäß § 650 q Abs. 1 BGB ist das Leistungsänderungsrecht des § 650 b BGB für **Architekten- und Ingenieurverträge** entsprechend anwendbar.<sup>9</sup> Für die Besonderheiten hinsichtlich der Vergütungsanpassung infolge § 650 b Abs. 2 BGB ist allerdings die Sonderregelung des § 650 q Abs. 2 BGB zu beachten (näher → § 650 q Rn. 77 ff.).

Auch im Rahmen von **Verbraucherbauverträgen** (§§ 650 i ff. BGB) gelten die §§ 650 b ff. BGB; hier liegt vielleicht sogar der Hauptanwendungsbereich. Dem Gesetzgeber schien die Anwendbarkeit auf Verbraucherbauverträge wohl so selbstverständlich, dass er keine Klarstellung wie in § 650 q Abs. 1 oder § 650 u Abs. 2 BGB traf.<sup>10</sup> Der Systematik zufolge jedoch besteht kein Zweifel an der grundsätzlichen Übertragung der §§ 650 a bis h BGB auf den Verbraucherbauvertrag. Zum einen spricht § 650 i Abs. 3 BGB von „ergänzenden“ Vorschriften, es muss also „Grundvorschriften“ geben. Zum anderen bezieht sich § 650 m BGB (Abschlagszahlungen) explizit auf die Normen §§ 650 b f. BGB. Auch im Verbraucherbauvertrag handelt es sich um dispositive Normen (Umkehrschluss aus § 650 o BGB), daher ist § 650 b BGB jedenfalls **individualvertraglich vollständig abdingbar**.

Das gesetzliche Leistungsänderungsrecht gilt nicht bei **Bau trägerverträgen**; § 650 u Abs. 2 BGB schließt die Anwendung von §§ 650 b, c, d BGB explizit aus.

<sup>9</sup> Näher dazu *Deckers ZfBR* 2017, 523 (534 f.); *Fuchs NZBau* 2015, 675 (679); *Motzke NZBau* 2017, 251 (256); *Pause NZBau* 2017, 698 (699 f.); *Pause BauR* 2018, 15, 20 f.

<sup>10</sup> So auch der Gesetzentwurf BReg, BR-Drs. 123/16, S. 34 aE.

### III. Regelungsgehalt

- 12 Anders als in branchenüblichen Vertragsmustern, wie der VOB/B, sieht § 650 b BGB kein unmittelbares einseitiges Änderungsrecht des Bestellers vor, sondern verlangt die Durchführung eines Einigungsverfahrens zwischen den Parteien (Abs. 1), bevor der Besteller im Fall des Scheiterns der Einigungsbemühungen einseitig zur Leistungsänderung berechtigt ist (Abs. 2).

#### 1. Einvernehmliche Vertragsänderung (Abs. 1)

- 13 Die Parteien sind nach § 650 b Abs. 1 S. 1 BGB in beiden Varianten des Änderungsbegehrens – der notwendigen sowie der gewillkürten (→ Rn. 18 und 21) – dazu verpflichtet, über die Leistungsänderung und deren monetäre Folgen mit dem Ziel einer Einigung zu verhandeln.
- 14 Die Konstruktion eines vorgeschalteten Einigungsverfahrens überrascht zunächst, ist die einvernehmliche Vertragsänderung nach Vertragsschluss den Parteien im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit doch stets möglich; es hätte keiner besonderen Klarstellung bedurft. Ausweislich der Gesetzesbegründung ging der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Vorschrift von der Zweckmäßigkeit des Einigungsverfahrens aus, um Streit der Parteien über die Vertragsänderung zu vermeiden.<sup>11</sup> Das Verhältnis der Parteien soll durch diesen Streit nicht belastet werden. Zudem sollen mittels Einigungsverfahrens der Rahmen und die wesentlichen Vorgaben des – im Falle eines Scheiterns der Verhandlungen – später entstehenden Anordnungsrechtes konkretisiert werden.<sup>12</sup> Letztlich kann das vorgeschaltete Erfordernis zur Einigung eine explizite Abkehr der bisherigen § 1 Abs. 3, 4 VOB/B darstellen, die im Rahmen von AGB-Kontrollen vertraglicher Änderungsklauseln stets berücksichtigt werden muss (→ Rn. 54). Die Intention des Gesetzgebers ist zweifelsohne richtig, im Falle einer erfolgreichen Verhandlung wird Streit vermieden, die konkrete Regelung wird jedoch als nicht pragmatisch kritisiert.<sup>13</sup>

#### a) Änderungsbegehren (Abs. 1 S. 1)

- 15 Das Einigungsverfahren wird initiiert durch das Änderungsbegehren des Bestellers. Dieses erfordert, dass der Besteller eine Änderung der vereinbarten Leistung verlangt. Das Gesetz sieht keine verbindliche Form für diese rechtsgeschäftsähnliche Handlung vor, möglich ist das Änderungsbegehren also auch mündlich oder konkludent. Im eigenen Interesse des Bestellers ist das Änderungsbegehren so klar und verbindlich zu fassen, dass sich hieraus das rechtsgeschäftliche Verlangen im Sinne des Abs. 1 herleiten lässt.<sup>14</sup>
- 16 Anders als die Regelungen des § 1 Abs. 3, 4 VOB/B unterscheidet die Regelung nicht zwischen zusätzlichen und geänderten Leistungen. Der Gesetzgeber hat stattdessen zwei Änderungsalternativen geschaffen, die sich für den Unternehmer in der Rechtsfolge lediglich im Fall der Unzumutbarkeit der Leistungsausführung unterscheiden.
- 17 Unerheblich ist, was den Besteller zur Änderung und dem dementsprechende Begehren motiviert. Möglich ist, dass der Besteller selbst die Idee entwickelt und durch sein Begehren das *Procedere* initiiert. Ebenso kann der Unternehmer

11 BT-Drs. 18/8486, 53.

12 Messerschmidt/Voit/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 16.

13 Etwa DLOPS/Oberhauser § 2 Rn. 93; Sonntag/Rüttgen PrivBauR Rn. 547, die vorschlagen, ein vertragliches Änderungsrecht ohne das Einigungserfordernis zu vereinbaren.

14 Juris-PK BGB/Leicht BGB § 650 b Rn. 26.

durch eine Bedenkenanzeige oder einen Verbesserungsvorschlag den Änderungswunsch anstoßen.

### aa) Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Abs. 1 S. 1 Nr. 1)

Die Regelung des Abs. 1 S. 1 Nr. 1 gewährt dem Besteller das Recht, jegliche Änderungen des Werkerfolgs anzustreben, die dem Wunsch des Bestellers entsprechen und nicht durch äußere Umstände erforderlich sind. Diese Fälle sind sogenannte **gewillkürte Leistungsänderungen**. Die Motivation des Bestellers für das Änderungsbegehren – sowie einer eventuellen späteren Änderungsanordnung – ist unerheblich; geänderte Vorstellungen sind ebenso zulässig wie bei der Planung unberücksichtigt gebliebene Ausführungswünsche.<sup>15</sup>

Die Anknüpfung des Änderungsrechts an den Werkerfolg wirft zunächst die Frage auf, was damit konkret gemeint sein soll. Der Verweis auf § 631 Abs. 2 BGB hilft beim Verständnis nur bedingt, da diese Norm lediglich klarstellt, dass Gegenstand eines Werkvertrags sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein können. **Werkerfolg** im Sinne der Norm beschreibt die **gegenständliche Realisierung des Werkes unter Berücksichtigung der funktionalen Leistungsziele**. Mittels der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung soll vorab keine Beschränkung des Änderungsbegehrens erfolgen. Ein eingeschränkter Anwendungsbereich, wie in § 1 Abs. 3 VOB/B, ist nicht beabsichtigt.<sup>16</sup> Angeordnet werden können sämtliche Änderungen der Werkleistung, sowohl **quantitative** als auch **qualitative**, oder auch **Änderungen zum Nutzungszweck** des Werks.<sup>17</sup> Eine inhaltliche Grenze findet der Begriff des Werkerfolgs lediglich dort, wo durch die Änderung die Ausführung eines vollkommen abweichenden und neuen Bauwerks angestrebt werden würde, die bisherige Identität also aufgegeben würde.<sup>18</sup>

Ungeachtet der monetären Kompensation des Unternehmers für die Ausführung der geänderten Leistung bedeutet das (im Fall einer gescheiterten Einigung) freie Leistungsänderungsrecht des Bestellers für den Unternehmer eine Belastung. Er wird zu Leistungen verpflichtet, die nicht Teil des ursprünglichen Bauvertrags waren. Um die berechtigten Interessen des Unternehmers zu schützen, begrenzt der Gesetzgeber das freie Änderungsbegehren im Fall der Unzumutbarkeit der Leistungsdurchführung für den Unternehmer, § 650 b Abs. 1 S. 2 BGB, → Rn. 26.

### bb) Für den Werkerfolg notwendige Änderungen (Abs. 1 S. 1 Nr. 2)

Als zweite Änderungsalternative sieht das Gesetz in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Änderungen vor, die zur **Erreichung des Werkerfolgs notwendig** sind. Diese Alternative umfasst sämtliche Änderungen, die zur Herstellung eines funktionalen und mangelfreien Werks erforderlich sind. Das können etwa Änderungsleistungen aufgrund einer geänderten Rechtslage sein, infolge Änderung der anerkannten Regeln der Technik nach Vertragsschluss, vorgefundenen Erschwernissen, wie abweichenden Bodenverhältnissen oder geänderte Anforderungen, in den zugrunde liegenden öffentlich rechtlichen Genehmigungen.<sup>19</sup> Umfasst sind eben-

15 BT-Drs. 18/8486, 54.

16 Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 37.

17 Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen BGB § 650 b Rn. 18.

18 Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 41.

19 BT-Drs. 18/8486, 53, sowie zu den anerkannten Regeln der Technik jüngst BGH NJW 2018, 391 (393).

falls die Fälle, in denen die vertragliche Leistungsbeschreibung Fehler oder Lücken aufweist, deren Umsetzung zu einem mangelhaften Werk führen würde.

- 22 **Voraussetzung** für ein Änderungsbegehren aus Nr. 2 ist, dass bei **unveränderter** Befolgung der bauvertraglichen Leistungsbeschreibung und/oder Pläne die Arbeiten bei Fertigstellung zu einem **mangelhaften Werk** führen. Aufgrund des vom BGH entwickelten **funktionalen Mangelbegriffs** war der Unternehmer auch vor der Reform zur Ausführung nicht explizit vereinbarter, aber notwendiger, weil mangelbehebender, Leistungen verpflichtet. Er schulde, unabhängig der Unterlagen und Pläne, stets ein funktionstaugliches Werk, das dem Zweck entspreche, der sich aus dem Bauvertrag ergäbe.<sup>20</sup> Wären solche Leistungen, die stets vergütungspflichtig waren, nicht erbracht worden, so hätte der Besteller entweder die Abnahme verweigern können (§ 640 Abs. 1 S. 1 BGB) oder ihm stünden nach Abnahme entsprechende Mängelrechte zu und er hätte bei Fälligkeit einen Teil der Vergütung verweigern können, § 641 Abs. 3 BGB.
- 23 Auch im BGB-Bauvertrag besteht die Pflicht zu einem **Bedenkenhinweis**, wenn der Unternehmer erkennt, dass aufgrund von Fehlern in der vom Besteller beigestellten Planung oder sonstigen Vorunternehmerleistungen ein mangelhaftes Werk entstehen wird.<sup>21</sup> Teilt der Auftragnehmer seine Bedenken nicht mit, haftet er für das mangelhafte Werk, auch wenn die Mangelursache den Plänen oder Anordnungen des Auftraggebers entstammt. Selbst wenn ein solcher Hinweis erfolgt, bedeutete das in der Vergangenheit jedoch nicht, dass Besteller und Unternehmer sich auf die notwendigen Änderungsleistungen im Wege vertraglicher Vereinbarung einigen konnten. Durch Einführung eines Leistungsänderungsrechts kann der Besteller nun die Änderung begehren und im Wege der Anordnung nach Abs. 2 auch dergestalt durchsetzen, dass die Änderungsleistung auch vertraglicher Anspruch wird.

### cc) Grenzen des Änderungsbegehrens

- 24 Das **Änderungsbegehren** besteht **nicht grenzenlos**. Nicht erfasst vom Änderungsbegehren sind die **Bauzeit** und die **Art der Ausführung**.<sup>22</sup> Das dies der Fall ist, folgt unzweifelhaft aus den Unterlagen des Gesetzgebungsverfahrens. Im Referentenentwurf<sup>23</sup> fand sich in § 650 b Abs. 2 S. 3 BGB-E eine Regelung zur Art der Ausführung sowie der Bauzeit. Man hatte erkannt, dass es sich bei Änderungen dieser Art um „besonders tiefe Eingriffe in die unternehmerische Freiheit“ handelte, daher hätten besonders enge Voraussetzungen gegolten.<sup>24</sup>
- 25 Im späteren Gesetzentwurf<sup>25</sup> und in § 650 b BGB *de lege lata* finden sich weder diese Regelungen, noch sonstige inhaltliche Ausführungen dazu. *A maiore ad minus* zu schließen, Bauausführung und -zeit seien nun schlicht Teil der Definition des Begriffs „Werkerfolg“, erscheint fernliegend. Denn nicht nur im Gesetzgebungsverfahren schien die Diskussion kurz auf, sondern auch im Rahmen der VOB/B wurde die Frage seit jeher zu intensiv diskutiert, als dass sie sich

20 Vgl. schon BGH NJW 1984, 2457 (2459), seitdem st. Rspr.; instruktiv Kapellmann/Messerschmidt/Langen VOB Teil A/B § 13 VOB/B Rn. 23 ff.

21 Vgl. BGH NZBau 2008, 109 (111); nur Beck VOB/B/Ganten VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 25 ff.; von Bedenkenhinweisen geht auch die Gesetzesbegründung aus BT-Drs. 18/8486, 54.

22 So auch BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 48; BeckOGK BGB/Mumdt BGB § 650 b Rn. 22; Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 62 ff., tendenziell für eine bauzeitliche Anordnung hingegen BeckOK BGB/Voit BGB § 650 b Rn. 9 ff.; für die Bauzeit innerhalb § 650 b BGB Joussem BauR 2018, 151, 153.

23 Referentenentwurf des BMJV vom 28.9.2015, S. 12, abrufbar unter [www.bmjv.de](http://www.bmjv.de).

24 Referentenentwurf des BMJV vom 28.9.2015, S. 57.

25 BR-Drs. 123/16, S. 9, 56 f.

nun mit der Bezugnahme auf den Werkerfolg erledigt hätte. Weil die Ausführungen des Referententwurfs nicht übernommen wurden, ist im Gegenteil davon auszugehen, dass die Art der Ausführung und die Bauzeit grundsätzlich nicht einer Anordnung zugänglich sind.

Tatbestandlich wird das Änderungsbegehren eingeschränkt durch die – nur für § 650 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB geltende – **Zumutbarkeit**, § 650 b Abs. 1 S. 2 aE BGB. Nicht erst als anspruchshemmende Einrede, sondern unmittelbar **tatbestandsverkürzend** gilt diese Voraussetzung für das gewillkürte Leistungsänderungsrecht. Der Begriff ist dem Bauvertragsrecht weitgehend unbekannt. Unzumutbar seien Änderungen laut Gesetzesbegründung, wenn die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung oder Qualifikation des Unternehmers nicht ausreicht, aber auch betriebsinterne Vorgänge fänden hier Berücksichtigung.<sup>26</sup> Beruft sich der Unternehmer auf die Unzumutbarkeit wegen betriebsinterner Vorgänge, so hat er diese Vorgänge auch zu beweisen. Hinzutreten können allerdings auch Umstände in der Person des Bestellers, etwa eine drohende Insolvenz oder wiederholte Säumnisse, die das Vertrauen in eine vertragsgerechte Abwicklung zerstören (sog vertragsgefährdende Merkmale in der Person des Bestellers). Was von der Rechtsprechung im Einzelnen als unzumutbar angesehen wird, bleibt abzuwarten. Da ein Unternehmer sich nahezu jegliche technische Leistung zu der er nicht in der Lage ist durch Einsatz eines **Nachunternehmers** beschaffen kann, dürfte die **Schwelle der Unzumutbarkeit** sehr hoch liegen.<sup>27</sup>

Liegt nach dem Ergebnis der Abwägung der Parteiinteressen eine **Unzumutbarkeit** vor, so ist das Änderungsbegehren des Bestellers **ohne Rechtswirkungen**. Der Unternehmer wird weder zu Verhandlungen verpflichtet, noch muss er ein Angebot für die geänderten Leistungen vorlegen. Der Besteller ist im Fall des Scheiterns einer Einigung ebenfalls nicht zu einer einseitigen Anordnung berechtigt.

Im Falle eines Änderungsbegehrens nach Abs. 1 S. 1 Nr. 2 kommt es auf die Frage der **Zumutbarkeit** für den Unternehmer **nicht** an. Der Unternehmer muss jegliche Änderungen ausführen. Dies ist auch sachgerecht. Den Unternehmer trifft eine über den festgelegten Vertragsinhalt hinausgehende Pflicht, ein funktionstaugliches und mangelfreies Werk herzustellen. Nicht festgelegte, aber erforderliche Leistungen musste er auch schon vor der Gesetzesänderung ausführen. Zudem betreffen die Änderungen, anders als jene nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1, den vereinbarten Werkerfolg. Dass dem Unternehmer hier mehr zuzumuten ist, als im Fall eines frei geänderten Werkerfolgs, ist offensichtlich.

Die **Grenze** des Begehrens respektive der Anordnung ist auch dort erreicht, wo sich der **Gesamtcharakter des Bauvorhabens** ändert. War vertraglich die Errichtung eines Einfamilienhauses vereinbart, so kann mittels § 650 b BGB kein Bürogebäude begehrt werden. Der identitätsstiftende Leistungskern muss erhalten bleiben. Diesen herauszufinden und von den anderen per se änderungsfähigen Leistungsteilen abzugrenzen ist Auslegung im konkreten Einzelfall.<sup>28</sup>

**Unbegrenzt** ist das Leistungsänderungsrecht hingegen in der **Höhe des Leistungswerts**.<sup>29</sup> Auch die **Häufigkeit** der Ausübung ist **nicht begrenzt**. Der Besteller darf sogar die erneute Änderung einer bereits geänderten Leistung begehren, wenn dies nicht treuwidrig ist.

26 BT-Drs. 18/8486, 53.

27 Juris-PK BGB/Leicht BGB § 650 b Rn. 46 ff.

28 Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 41.

29 Konkrete Beispiele aus anderen Rechtsordnungen bei Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 39.



### b) Verpflichtung des Unternehmers zur Angebotsabgabe (Abs. 1 S. 2)

- 31 Ein Änderungsbegehren begründet nach § 650 b Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Dieses Angebot dient als Grundlage für die Verhandlungen, während der die Parteien eine Einigung über die Leistungsänderung sowie deren monetäre Folgen anstreben sollen. Die Pflicht zur **Angebotsvorlegung** ist eine **echte Rechtspflicht**, die Schadensersatzansprüche auslösen sowie ggf. Grund einer außerordentlichen Kündigung sein kann.<sup>30</sup> Ein Schadensersatzanspruch ist zwar nicht nur in seiner praktischen Durchsetzung schwerlich denkbar, sondern wird auch in der Theorie nur selten vorkommen; etwa wenn aufgrund der Verzögerung der Angebotsvorlegung der Besteller die vollen 30 Tage abwarten muss, obwohl von Anfang an klar war, dass es nicht zu Änderungsverhandlungen kommen würde. Die Kündigungsmöglichkeit hingegen ist relevanter; der Besteller kann auf diese Weise die intolerabel defizitäre bzw. nicht vorhandene Kooperationsbereitschaft sanktionieren, indem er den Vertrag aus wichtigem Grund einseitig auflöst, ohne die Restvergütung zahlen zu müssen. Der Vertragsverstoß muss freilich so gravierend sein, dass dem Besteller ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann (vgl. § 648 a BGB).<sup>31</sup>
- 32 Die bisherige Praxis von streitigen Nachtragsverhandlungen zeigt, dass ein Konsens regelmäßig schwer zu erzielen ist. Dies hat der Gesetzgeber ebenfalls erkannt und die Einigung lediglich als den vorrangigen Weg zur Vertragsänderung vorgesehen. Die Parteien sollen versuchen, innerhalb der 30-Tages-Frist eine Einigung zu erzielen. Gelingt dies nicht, sind die Voraussetzungen für die einseitige Änderungsanordnung erfüllt. Das folgt der Erwägung, dass die Verzögerung von Bauprojekten sich in der Regel sehr kostenträchtig auswirkt und der Unternehmer mit einer Weigerung einen Nachtrag umzusetzen, nicht einseitig das Bauvorhaben blockieren können soll. Die 30-Tages-Frist per se ist demgegenüber ein wirtschaftlich ungünstiger, rechtlich aber zu begrüßender Kompromiss. Spezielle Verhandlungspflichten anzunehmen,<sup>32</sup> wäre also verfehlt.

### aa) Pflicht zur Abgabe

- 33 Im Grundsatz löst das Änderungsbegehren die Pflicht des Unternehmers aus, ein Angebot über die begehrte Änderung abzugeben. Eine Ausnahme besteht zunächst für den Fall der Unzumutbarkeit einer begehrten Änderung des Werkerfolgs (→ Rn. 26).
- 34 Eine weitere vom Gesetzgeber vorgesehene **Ausnahme** besteht für den Fall, dass der **Besteller** die **Planungsverantwortung** trägt und dem Unternehmer die für die Ermittlung der Mehr- oder Minderkosten erforderliche Änderungsplanung nicht vorlegt (Abs. 1 S. 4). Die Vorlage stellt eine erforderliche Mitwirkungshandlung des Bestellers dar. Bis der Besteller die geänderte Planung vorlegt, entsteht die Pflicht des Unternehmers zur Erstellung des Angebots nicht. Der Besteller wird nicht einseitig berechtigt, eine Änderung der Leistung anzuordnen. Im umgekehrten Fall muss der Unternehmer, der die Planung übernommen hat, auch die Änderungsplanung jedenfalls so weit aufstellen, wie dies nötig ist, um ein Angebot für die begehrte Änderung zu erstellen.

30 Ebenso BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 55; Oberhauser NZBau 2019, 3 (6); aA BeckOGK BGB/Mundt BGB § 650 b Rn. 45: Obliegenheitscharakter.

31 So im Fall von wiederholten und beharrlichen Verstößen gegen die Verhandlungspflicht Langen BauR 2019, 303, 306.

32 Ebenso Lindner, Analyse des Leistungsänderungsrechts, Diss (im Erscheinen).

Neben der jeweils alleinigen Planungsverantwortung des Unternehmers oder des Bestellers sind in der Praxis zahlreiche Mischformen verbreitet, in denen beide Vertragsparteien zum Teil die Planungsverantwortung tragen. Als verallgemeinerungsfähiger Grundsatz lässt sich festlegen, dass der Besteller, um eine Angebotspflicht zu begründen, dem Unternehmer eine Änderungsplanung beistellen muss, soweit die Änderung seiner Planungsverantwortung betroffen ist.<sup>33</sup>

### bb) Form und Frist

Das Gesetz sieht für das Angebot **keine spezielle Form** vor.<sup>34</sup> Das Angebot kann daher auch mündlich erfolgen, was bei geringfügigen Änderungen zweckmäßig sein wird. Für umfangreiche und komplexe Nachtragsangebote wird der Unternehmer kaum umhin kommen, ein schriftliches Angebot in Textform vorzulegen. Sollte der Unternehmer im Fall einer gescheiterten Einigung beabsichtigen, auf die 80 %-Regelung des § 650 c Abs. 3 S. 1 BGB zurückzugreifen (→ Rn. 18), so empfiehlt sich die Dokumentation des Angebots ohnehin.

Das Gesetz sieht **keine Frist** für die Vorlage des Angebotes vor.<sup>35</sup> Eine starre Frist wäre nicht zweckmäßig. Der Aufwand zur Erstellung eines Angebots hängt maßgeblich von Umfang und Komplexität der begehrten Änderung ab. Mangels einer konkreten Frist gilt § 271 BGB. Da eine sofortige Vorlage des Angebots aufgrund der Bearbeitungsdauer nicht möglich ist, muss der Unternehmer unverzüglich mit der Bearbeitung beginnen und diese in angemessener Zeit zu Ende führen.<sup>36</sup> Aus der Regelungssystematik des Abs. 1 folgt, dass das Angebot so rechtzeitig gelegt werden muss, dass eine Prüfung durch den Besteller und eine Verhandlung über den Inhalt innerhalb der 30 Tagesfrist möglich ist.

### cc) Inhalt des Angebots

Bzüglich des notwendigen Inhaltes des Angebots schweigt das Gesetz. Das Angebot muss so bestimmt sein, dass auf Grundlage dieses Angebots ein Änderungsvertrag geschlossen werden kann; erforderlich, aber auch ausreichend, ist die Darstellung der geänderten Leistung sowie die Angabe eines bestimmten oder bestimmbaren Endpreises.<sup>37</sup> Eine bestimmte Detailtiefe oder Ausschließung des Nachtragsangebotes ist vom Gesetz nicht vorgesehen.<sup>38</sup> Im Einzelfall kann die Transparenz des Angebotes und der Preisbildung helfen, eine Einigung der Bauvertragsparteien zu erzielen, letztlich hängt dies jedoch in der Regel vom Preis und nicht der Begründung des Preises ab.

Fraglich ist, wie sich das **Angebot** des Unternehmers **preislich berechnet**. § 650 b BGB gibt keinen Maßstab vor; lediglich § 650 c BGB spricht von einerseits den tatsächlich erforderlichen Kosten inkl. angemessener Zuschläge als Regelfall, eröffnet andererseits aber ebenfalls die Möglichkeit, zur Bestimmung der Nachtragsvergütung auf die Ansätze der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückzugreifen. Ob sich das Nachtragsangebot jedoch daran orientieren muss, hat der Gesetzgeber nicht weiter klargestellt.

33 Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen BGB § 650 b Rn. 44.

34 BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 56.

35 BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 57.

36 Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen BGB § 650 b Rn. 18.

37 Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 91; aA Oberhauser NZBau 2019, 3 (5).

38 Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 92.

- 40 Einerseits wird angenommen, das Angebot könne in den allgemeinen Grenzen (Sittenwidrigkeit, § 242 BGB) frei kalkuliert werden.<sup>39</sup> Andererseits wird die Auffassung vertreten, der Unternehmer solle an die Leitlinien des § 650 c BGB gebunden sein.<sup>40</sup> Für letztere Auffassung besteht allerdings kein Rückhalt im Gesetz. Eine Bindung anzunehmen, würde die Vertragsfreiheit des Unternehmers noch weiter einschränken, da er im Falle eines Änderungswunschs keinerlei Einfluss auf die Preisbildung hätte – weder bzgl. des Angebots, da er sich bei der Erstellung an § 650 c BGB zu orientieren hätte, noch im Rahmen der Anordnung, bei der er unmittelbar nach § 650 c BGB abrechnen muss. Das käme einem Kontrahierungszwang gleich, da die Vertragsänderung stets nur zu einem festen Preis (bzw. innerhalb eines engen preislichen Rahmens) möglich wäre. § 650 c BGB sieht lediglich die aus Sicht des Gesetzgebers angemessenen Methoden zur Ermittlung der Vergütung im Fall einer fehlenden Einigung vor. Daraus lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber dem Unternehmer bei der Erstellung des Angebots kalkulatorische Vorgaben machen wollte. Wäre eine solche Auslegung aber gesetzgeberseitig gewollt, hätte es einer besonderen Klarstellung, wenigstens in der Gesetzesbegründung, bedurft. Die **Preisbildung** im Änderungsangebot ist daher frei.
- 41 Aus dem Gesetz lässt sich ebenfalls nicht entnehmen, dass der Unternehmer verpflichtet wäre, ein **prüfbares Angebot** vorzulegen. Das Gesetz verlangt vom Unternehmer, ein Angebot über die Mehr- oder Minderkosten zu erstellen, nicht die zugrundeliegenden Berechnungsansätze offenzulegen.<sup>41</sup>

### c) Notwendige Änderungen bei der Planungsverantwortung des Unternehmers (Abs. 1 S. 5)

- 42 Im Falle von § 650 c Abs. 1 S. 2 BGB ordnet § 650 b Abs. 1 S. 5 Hs. 2 BGB an, dass kein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung vorgelegt werden muss; die Parteien streben hier lediglich Einvernehmen über die Änderung an. § 650 c Abs. 1 S. 2 BGB betrifft die Fälle, bei denen die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung der Bauleistung umfasst. Änderungen nach § 650 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB, die zur Erreichung des Werkerfolgs **notwendig** sind, sind daher nicht gesondert zu vergüten. Änderungen der Planung, die zur Erreichung des Werkerfolgs **notwendig** sind, stellen üblicherweise die Beseitigung eines Planungsfehlers dar. Für **gewillkürte** Leistungsänderungen nach § 650 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB gilt diese Vorschrift im Umkehrschluss **nicht**.

## 2. Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers (Abs. 2)

- 43 Subsidiär zu dem Einigungsverfahren der Parteien gewährt der Gesetzgeber dem Besteller ein einseitiges Recht, die begehrte Änderungsleistung anzuordnen. Voraussetzungen für das Entstehen dieses Änderungsrechts sind das tatbestandsmäßige Änderungsbegehren des Bestellers sowie der erfolglose Ablauf einer Frist von 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens, während der sich die Parteien nicht auf eine einvernehmliche Vertragsänderung verständigen konnten.
- 44 Die Anordnung nach Abs. 2 S. 1 ist ein **einseitiges Gestaltungsrecht**; die Rechtsfolgen treten bei Ausübung daher unabhängig vom Willen oder der Mitwir-

<sup>39</sup> HM *Abel/Schönfeld* BauR 2018, 1, 3; BeckOK BauVertrR/*Althaus/Kattenbusch* BGB § 650 c Rn. 143 f.; BeckOK BauVertrR/*Leupertz* BGB § 650 b Rn. 60; Palandt/*Sprau* BGB § 650 b Rn. 9.

<sup>40</sup> Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen BGB § 650 b Rn. 62 ff.; *Oberhauser* NZBau 2019, 3 (6 f.)

<sup>41</sup> Kniffka BauVertrR/*von Rintelen* BGB § 650 b Rn. 92.

kung des Unternehmers ein.<sup>42</sup> Damit gilt aber auch: die Anordnung ist als Gestaltungsrecht grundsätzlich unwiderruflich, bedingungs- und befristungsfeindlich.<sup>43</sup> Wird die Anordnung nicht durch den Besteller selbst ausgesprochen, sondern durch seinen Bauleiter oder Architekten,<sup>44</sup> so bedarf es einer entsprechenden Vollmacht. Ist diese nicht ausreichend nachgewiesen, kann der Unternehmer mit Verweis auf § 174 S. 1 BGB die Anordnung zurückweisen.

### a) 30-Tages-Frist (Abs. 2 S. 1)

Die vom Gesetzgeber vorgesehene Frist zur Erreichung einer Einigung beträgt 45 30 Tage, gerechnet ab dem Zugang des Änderungsbegehrens, nicht etwa dem Zugang des Nachtragsangebots. Für die Berechnung der Frist gelten §§ 187 ff. BGB, es handelt sich um eine Ereignisfrist nach § 187 Abs. 1 BGB.

Die 30-Tages-Frist ist in der Literatur vielfach kritisiert worden<sup>45</sup> und führt in 46 der Baupraxis mitunter zu Problemen. Die Frist ist starr formuliert. Ein Abwarten der 30 Tage ist in jedem Falle angezeigt, seien es kleinere Reparaturarbeiten, die als Bauvertrag im Sinne von § 650 a BGB zu qualifizieren sind, oder ein Großprojekt im Anlagenbau, das sich über mehrere Jahre erstreckt und bei dem eine Änderung der vereinbarten Leistungen eine komplizierte und ressourcenintensive Umplanung benötigt.

Aus dem Kooperationsgebot und der Treuepflicht der Bauvertragsparteien ergibt 47 sich, dass im Falle einer **notwendigen** Leistungsänderung (Nr. 2) die bisherigen Arbeiten, sofern sie die Ausführung der ursprünglichen Leistung darstellen, soweit einzustellen sind, wenn sie nicht aus anderen Gründen fortzuführen sind und die spätere Leistungsänderung konterkarieren, erschweren oder beeinträchtigen. Bis zur Anordnung der notwendigen Leistungsänderung kann der Unternehmer in der Ausführung seiner Leistungen behindert sein (vorausgesetzt, die betroffenen Leistungen liegen auf dem kritischen Weg des Bauvorhabens).

Die Frist gilt nicht nur im Verhältnis des Bauherrn zum (General-)Unternehmer. 48 Erfolgt dort ein Änderungsbegehren, so hat auch der Unternehmer gegenüber seinem Nachunternehmer die 30 Tage abzuwarten. Das kann zu Problemen führen, wenn der Nachunternehmer diese Frist taktisch nutzt, um dem Hauptunternehmer bessere Konditionen, als die des § 650 c BGB abzunötigen. Insbesondere in diesen „akzessorischen“ Vertragsbeziehungen kann es sinnvoll sein, eine – zulässige (→ Rn. 54) – Abweichung von der 30-Tages-Frist zu vereinbaren.

### b) Anordnung vor Ablauf der 30-Tages-Frist?

Gegenstand großer Diskussion ist die Frage, ob der Besteller stets den Ablauf 49 der 30 Tage abwarten muss, bis er die Leistungsänderung anordnen kann, oder ob die Frist in einigen Fällen kürzer läuft oder gar entbehrlich ist. Verweigert der Unternehmer **ernsthaft und endgültig** jegliche Kooperation im Hinblick auf

42 Ausführlich zur Rechtsnatur *Lindner*, Analyse des Leistungsänderungsrechts, Diss (im Erscheinen); fast allg. Meinung, vgl. nur *Abel/Schönfeld* BauR 2018, 7 f.; aA wohl *Jauernig/Mansel* BGB § 650 b Rn. 10 und *BeckOGK/Mundt* BGB § 650 b Rn. 100, die § 650 b Abs. 2 BGB de lege lata wohl als Leistungsbestimmungsrecht iSv § 315 BGB verstehen.

43 Vgl. zu allem nur *Palandt/Ellenberger* BGB Vor § 104 Rn. 17.

44 Bauleiter und Architekt haben nicht automatisch umfassende Vollmachten bezüglich des Vorhabens, vgl. nur *Staudinger/Peters/Jacoby* BGB Vor §§ 631 ff. Rn. 134.

45 *Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen* BGB § 650 b Rn. 84; *DLOPS/Oberhauser* § 2 Rn. 93.

eine gütliche Einigung, so kann der Besteller sofort anordnen, da das Abwarten eine bloße Förmerei wäre.<sup>46</sup> Infrage kommen wohl auch Fälle, in denen sich aus **Treu und Glauben** ergibt, dass der Unternehmer in Fällen, in denen bei Abwarten der gewöhnlichen Frist dem Besteller ein nicht hinzunehmender Nachteil entstände, gehalten ist, so schnell wie möglich ein Angebot vorzulegen.

### c) Grundsatz: Pflicht des Unternehmers zur Ausführung (Abs. 2 S. 2)

- 50 Ordnet der Besteller die Leistungsänderung an, so ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet, dieser Folge zu leisten. Das gilt nur dann nicht, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen, also etwa die Frist noch nicht verstrichen ist, die ausübende Person keine Legitimation besitzt (z.B. der nicht zur rechtsgeschäftlichen Vertretung bevollmächtigte Architekt) oder die Anordnung inhaltlich nicht dem Änderungsbegehren entspricht. Auch wenn im Fall eines **gewillkürten** Leistungsänderungsrechts die Anordnung unzumutbar ist, muss der Unternehmer sie nicht ausführen, Abs. 2 S. 2 Hs. 2. Diese zu Abs. 1 S. 2, 3 repetitiv anmutende Formulierung ist damit zu begründen, dass der Unternehmer dort zu einem Angebot verpflichtet wird, dies aber keine Voraussetzung für die spätere Anordnung ist. Erst durch Abs. 2 S. 2, 3 ist eine **tatbestandsmäßige Schranke** vorgesehen, die den Unternehmer von der Befolgung der Anordnung befreit; es gelten die dortigen Ausführungen, → Rn. 26.

### 3. Rechtsfolge: Umgestaltung der Rechtslage

- 51 Da das Leistungsänderungsrecht ein Gestaltungsrecht ist, wird die Rechtslage umgestaltet im Sinne einer Verfügung.<sup>47</sup> Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung nachzukommen, wie Abs. 2 S. 2 beschreibt. Der Vertrag wird durch die Anordnung insoweit geändert, der Herstellungsanspruch aus § 631 Abs. 1 Alt. 1 BGB besteht nunmehr in veränderter Form.
- 52 **Rückgängig** machen kann der Besteller die umgestaltete Rechtslage grundsätzlich nur durch bilaterale Vereinbarung oder erneute Ausübung des Leistungsänderungsrechts (unter Beachtung des jeweiligen Procedere). Als Gestaltungsrecht ist die Anordnung grundsätzlich nicht widerruflich oder die Rücknahme in anderer Form möglich.

## IV. Abdingbarkeit

- 53 Für die Praxis ist angesichts der nach wie vor erheblichen Verbreitung der VOB/B in Bauverträgen vor allem die Beantwortung der Frage relevant, inwieweit § 650 b BGB ein gesetzliches Leitbild schafft und die Vorschrift durch Individualvereinbarung oder AGB abdingbar ist.
- 54 **Individualvertraglich** ist die Vorschrift **abdingbar**.<sup>48</sup> Bezüglich der Abdingbarkeit in AGB sind die vorliegenden Meinungen in der Literatur geteilt. Wichtig ist herauszuarbeiten, in welchen Punkten § 650 b BGB ein **gesetzliches Leitbild** („wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) aufstellt, von dem die AGB der Parteien nicht abweichen können.

46 Langen/Berger/Dauner-Lieb/*Langen* BGB § 650 b Rn. 82; *Oberhauser* NZBau 2019, 3 (7); BeckOK BGB/*Voit* BGB § 650 b Rn. 33; Kniffka *BauVertrR/von Rintelen* BGB § 650 b Rn. 148; differenzierend *Kniffka/Retzlaff* BauR 2017, 1747, 1790.

47 Vgl. *Palandt/Ellenberger* BGB Vor § 104 Rn. 17.

48 Ganz *hM*, *Deckers* ZfBR 2017, 523 (535); Langen/Berger/Dauner-Lieb/*Langen* BGB § 650 b Rn. 103; *Leinemann/Kues* BGB § 650 b Rn. 233; BeckOK *BauVertrR/Leupertz* BGB § 650 b Rn. 81; BeckOGK BGB/*Mundt* BGB § 650 b Rn. 112.

Ein Totalausschluss des Änderungsrechts durch AGB des Unternehmers ist unwirksam.<sup>49</sup> Das Änderungsrecht ist die zentrale Norm des neu eingeführten Bauvertragsrechts, eine pauschale Abbedingung wäre ein zu intensiver Eingriff in die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen. Dem Besteller bleibt es unbenommen, auf sein Leistungsänderungsrecht zu verzichten.

Der Werkerfolg umfasst nicht die **Baumstände** und die **Bauzeit** (ausführlich → Rn. 24). Daher dürfte auch in AGB eine bauzeitliche Anordnung nur in geringem Umfang möglich sein;<sup>50</sup> noch problematischer wird das Recht zu einer Beschleunigungsanordnung in AGB.<sup>51</sup>

Inwieweit vom besonderen *Procedere* abgewichen werden darf, ist ebenso fraglich. Wünschenswert für den Besteller wäre eine **direkte Anordnung**, also ohne vorherigen Versuch einer Einigung. Pauschale AGB dürften hier wohl nicht ausreichen, da die Einigung und als ihr verlängerter Arm die (30-Tages-)Frist ein neues Leitbild schaffen.<sup>52</sup> Eine Fristverkürzung durch AGB scheint jedoch möglich, hängt allerdings stets vom einzelnen Projekt und dessen Größe ab.<sup>53</sup>

Auch die **Zumutbarkeit** ist ein wichtiges Kriterium, das Leistungsänderungsrecht in der Praxis überhaupt rechtfertigen zu können. Aufseiten des Bestellers besteht eine umfangreiche Anordnungsfreiheit im Falle gewillkürter Änderungen, mit denen der Unternehmer überfordert werden kann. Daher ist eine Eingrenzung durch die Zumutbarkeit wesentlicher Grundsatz der gesetzlichen Regelungen und nicht durch Besteller-AGB disponibel oder einschränkbar.<sup>54</sup> Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sind Abweichungen von § 650 b BGB in AGB nur mit rechtlichen Unsicherheiten möglich.

## V. Praktische Relevanz der VOB/B und § 650 b BGB

Die wohl praktisch bedeutsamste Frage ist, ob angesichts der Baurechtsreform 2018 die Anordnungsrechte der VOB/B weiterhin einer AGB-Prüfung standhalten. Die Privilegierung der VOB/B gemäß § 310 Abs. 1 S. 3 BGB gilt nur, wenn die VOB/B als Ganzes, also ohne die geringste Änderung in den Vertrag einbezogen wurde. Dieser theoretische Fall kommt in der Praxis nicht vor.

Angesichts der teilweise bewussten Abkehr des Gesetzgebers von den Anordnungsregelungen des § 1 Abs. 3, 4 VOB/B ist das Meinungsbild über die künftige Wirksamkeit dieser Vorschriften gespalten. Die eine Seite argumentiert im Wesentlichen damit, dass § 1 Abs. 3, 4 VOB/B nur geringfügig vom nunmehr geltenden Gesetzesrecht des § 650 b BGB abweiche und Letzteres im Geiste der VOB/B erlassen worden sei.<sup>55</sup> Die Gegenseite nimmt die gegensätzliche Position ein dahin gehend, dass der Gesetzgeber zwar trotz der VOB/B ein Leistungsän-

49 BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 88.

50 Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 246.

51 Ebenso BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 86.

52 Zweifel auch *Leinemann* NJW 2017, 3113 (3116); BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 87; aA Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen § 650 b Rn. 122; JurisPK-BGB/Leicht BGB § 650 b Rn. 65; *Kniffka/Retzlaff* BauR 2017, 1747, 1795; Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 245.

53 *Leinemann/Kues* BGB § 650 b Rn. 234, ausführlich Rn. 250 ff.

54 *Leinemann/Kues* BGB § 650 b Rn. 235; BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650 b Rn. 85; Kniffka BauVertrR/von Rintelen BGB § 650 b Rn. 245; aA Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen § 650 b Rn. 105.

55 Für die AGB-Rechtmäßigkeit: *Kapellmann* NZBau 2017, 635 (638); *Kniffka/Retzlaff* BauR 2017, 1747, 1794; Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen BGB § 650 b Rn. 118 ff.; Juris-PK BGB/Leicht BGB BGB § 650 b Rn. 120 ff.; *Pause* BauR 2018, 882, 889; *Kniffka BauVertrR/von Rintelen* BGB § 650 b Rn. 255; BeckOK VOB/B/Wieseler VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 45.

wenn der Unternehmer die berechtigte Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Unternehmer unter Hinweis auf die Förderungsmöglichkeit durch eine Förderbank (zB KfW) für das Bauprojekt geworben und damit beim Verbraucher berechnete Erwartungen geweckt hat.<sup>12</sup>

#### IV. Unabdingbarkeit

- 8 Ein Abweichen zulasten des Verbrauchers von den gesetzlichen Vorschriften der Pflichten zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen ist auch individualvertraglich gemäß § 650 o BGB ausgeschlossen. Abweichungen zugunsten des Verbrauchers sind hingegen zulässig und bei dieser Norm auch geboten. Zusätzliche Dokumentationspflichten des Unternehmers können daher frei vereinbart werden.<sup>13</sup>

### Kapitel 4 Unabdingbarkeit

#### § 650 o Abweichende Vereinbarungen

<sup>1</sup>Von § 640 Absatz 2 Satz 2, den §§ 650 i bis 650 l und 650 n kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. <sup>2</sup>Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

##### A. Allgemeines

- 1 § 650 o regelt, dass von § 640 Abs. 2 S. 2, §§ 650 i–650 l und 650 n nicht zum Nachteil des Verbrauchers (§ 13 BGB) abgewichen werden kann. Die Vorschriften finden demnach auch dann Anwendung, wenn durch Gestaltung von ihnen abgewichen werden soll. Die ausdrücklich genannten Vorschriften gelten nur für Verträge mit Verbrauchern. Sie sind, wie verbraucherschützende Vorschriften im Allgemeinen zugunsten des Verbrauchers zwingend, damit deren Sinn und Zweck gewahrt bleibt.

Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers sind unwirksam, gleich ob sie individuell oder durch Allgemeine Geschäftsbedingungen getroffen werden. Ausgenommen von der zwingenden Ausgestaltung des Verbrauchervertrages ist lediglich die Regelung des § 650 m. Hiermit sollen individuelle Vereinbarungen ermöglicht werden. Insoweit wird der Verbraucher jedoch über die Inhaltskontrolle gemäß § 309 Nr. 15 geschützt. Neben den verbraucherbaupflichtigen Ansprüchen ist auch § 640 Abs. 2 S. 2 unabdingbar, mit dem Ergebnis, dass eine Abnahmefiktion gegenüber Verbrauchern nicht ohne vorherige ausdrückliche Belehrung möglich ist.

### Untertitel 2 Architektenvertrag und Ingenieurvertrag

#### § 650 p Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen

(1) Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind,

12 BT-Drs. 18/8486, S. 65.

13 Messerschmidt/Voit/Lenkert BGB BGB § 650 n Rn. 74; Palandt/Sprau BGB § 650 n Rn. 1.



um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

(2) <sup>1</sup>Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. <sup>2</sup>Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.

#### Literatur:

*Berger/Fuchs*, Einführung in die HOAI, Praxiswissen Architektenrecht, 4. Auflage 2013; *Dammert*, Deutscher Baugerichtstag, Arbeitskreis IV (Architekten- und Ingenieurrecht), BauR 2012, 1496; *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz* (zit.: DLOPS), Das neue Bauvertragsrecht, 2017; *Ebert/Storck*, Praxiskommentar zur HOAI 2013, 2005; *Eschenbruch*, Projektmanagement und Projektsteuerung für die Immobilienwirtschaft, 4. Auflage 2015; *Fuchs/Berger/Seifert*, Beck'scher HOAI- und Architektenrechts-Kommentar, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit systematischen Darstellungen zum Architektenrecht, 1. Auflage 2016; *Ganten*, Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, 2005; *Henrici*, Die Ansprüche und Rechte des mit der Objektüberwachung der Gebäudeerrichtung beauftragten Architekten und Ingenieurs bei Bauablaufstörungen, <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/5446/>; *Jochem/Kaufhold*, HOAI-Kommentar zur Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, 5. Auflage 2012; *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 6. Auflage; *Korbion/Mantscheff/Vygen*, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), 7. Auflage 2009; *Korbion/Mantscheff/Vygen*, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, 9. Auflage 2016; *Kniffka*, Bauvertragsrecht – Kommentar zu den Grundzügen des gesetzlichen Bauvertragsrechts (§§ 63–651 BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Stand: 28.7.2015; *Kniffka*, ibi-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Online-Kommentar zu den Grundzügen des gesetzlichen Bauvertragsrechts (§§ 631–650 v BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Stand: 12.3.2018; *Langen/Berger/Dauner-Lieb*, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 1. Auflage 2018; *Lederer/Heymann*, HOAI – Honorarmanagement bei Architekten- und Ingenieurverträgen, 3. Auflage 2011; *Irmeler*, HOAI-Praktikerkommentar: Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, 2. Auflage 2018; *Leupertz/Preussner/Sienz*, BeckOK Bauvertragsrecht, 4. Edition, Stand: 31.12.2018; *Locher/Koebble/Frik*, Kommentar zur HOAI, Gesamtdarstellung zum Architekten- und Ingenieurrecht, 13. Auflage 2017; *Löffelmann/Fleischmann*, Architektenrecht, Praxishandbuch zu Honorar und Haftung, 6. Auflage 2012; *Messerschmidt*, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, 2002; *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018; *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, Kommentar zu §§ 631 ff. BGB, 2. Auflage 2012; *Motzke*, Die Leistungsphase 0 nach § 650 p II BGB nF, NZBau 2017, 703; *Motzke*, Der Reformgesetzgeber am Webstuhl des Architekten- und Ingenieurrechtes, NZBau 2017, 251; *Motzke/Wolff*, Praxis der HOAI, 3. Auflage 2004; *Mugdan*, Die gesammelten Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1899, Band VI, Anwendung ausländischer Gesetze, Entwurf II des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Revision, Entwurf des Einführungsgesetzes, Entwurf eines Gesetzes, betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes etc.; *Osenbrück*, Die RBBau, Erläuterungen der Richtlinien und Muster zur Vertragsgestaltung mit freiberuflich Tätigen am Beispiel des Vertragsmusters Technische Ausrüstung, 4. Auflage 2003; *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und Ingenieure, 8. Auflage 2006 und 9. Auflage 2011; *Schramm/Schwenker*, Störungen der Architekten- und Ingenieurleistungen, 2008; *Thode/Wirth/Kuffer*, Handbuch des Fachwalts Bau- und Architektenrecht, 2004; *Vygen*, Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, 1990; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 15. Auflage 2015.

#### A. Regelungsgehalt und Norm

zweck ..... C. Rechtsnatur des Architekten- 1

B. Zeitlicher Anwendungsbereich .. und Ingenieurvertrages; Abgrenzung zu anderen Vertragsarten .. 10



I. Werkvertragsähnlicher Vertrag .....	10	a) Anforderungen an Qualität und Quantität .....	77
II. Abgrenzung zum Werkvertrag nach § 631 .....	16	b) Vereinbarung einer Kostengrenze oder eines Kostenrahmens ..	78
III. Abgrenzung zum Dienstvertrag nach § 611 .....	17	c) Vereinbarungen über die Leistungszeit .....	101
D. Zustandekommen und Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen (Abs. 1) .....	20	aa) Leistungsbeginn .....	101
I. Vertragsabschluss .....	20	bb) Leistungsende – Veränderung der Leistungszeit durch Bauablaufstörungen .....	104
1. Vorvertragliches Akquiserechtsverhältnis ..	20	(1) Gesetzliche Ansprüche bei Bauablaufstörungen .....	107
2. Art der Beauftragung (ausdrücklich, konkludent) .....	25	(2) Vertragliche Vereinbarungen .....	112
3. Hinausschieben des Vertragsschlusses nach § 154 BGB .....	28	(a) Vereinbarung eines Aufwendungsersatzanspruchs .....	113
4. Werkerfolg .....	30	(b) Vereinbarung eines Honoraranpassungsanspruchs .....	117
5. Wesentliche Vertragsbestandteile (essentialia negotii) .....	31	(aa) Voraussetzungen der Vertragsklauseln .....	122
6. Form der Beauftragung (mündlich, schriftlich) .....	35	(bb) Ablauf der (Regel-)Bauzeit .....	123
a) Mündliche Beauftragung .....	36	(cc) Ablauf eines zusätzlichen Zeitrahmens .....	128
b) Gesetzliche Formvorschriften .....	37	(dd) Vertretenmüssen des Unternehmers oder Bestellers .....	129
aa) Honorarvereinbarungen nach § 7 HOAI ..	37	(ee) Begrenzung des Anspruchs nach der HOAI .....	132
bb) Öffentlich-rechtliche Formvorschriften .....	40	(ff) Anspruchsumfang ..	133
c) Schriftformklauseln ..	41	(aaa) Begriff der Mehr aufwendungen .....	134
d) Einhaltung einer vereinbarten Schriftform nach § 154 Abs. 2 .....	42	(bbb) Abgeltungsfähige Kostenarten .....	139
7. Öffentliche Auftragsvergabe .....	43	(ccc) Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Unternehmers .....	142
8. Verstöße gegen gesetzliche Verbote (§ 138) .....	50	(ddd) Deckelung .....	145
a) Kopplungsverbot, § 3 ArchLG .....	50	(gg) Kombination von Vereinbarungen eines Aufwendungsersatzes und einer Honoraranpassung .....	146
b) Ohne-Rechnung-Abrede, Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG .....	55	(hh) Fehlende Einigung einer Honoraranpassung .....	147
9. Anfechtung und Widerruf ..	56	(ii) Empfehlung von Vertragsklauseln .....	149
II. Architekten- und Ingenieurleistungen .....	58	2. Bestimmung der Vertragsziele .....	151
III. Planung und Ausführung eines Bauwerks oder einer Außenanlage .....	60		
1. Bauwerk .....	60		
2. Außenanlage .....	72		
IV. Planungs- und Überwachungsziele .....	74		
1. Arten von Planungs- und Überwachungszielen .....	76		

a) Bedarfsermittlung als grundsätzliche Aufgabe des Bestellers .....	151	E. Zielfindungsphase (Abs. 2) .....	172
b) Vertragsauslegung, Anwendbarkeit des § 633 Abs. 2 Nr. 3 .....	153	I. Sinn und Zweck der Regelung	172
c) Konkretisierung der Leistungsziele auf grund dynamischer Planungsprozesse .....	155	II. Teleologische Interpretation der „Zielfindungsphase“ .....	174
d) Veränderung vereinbarter Leistungsziele/Anordnungsrecht .....	158	III. Zeitlicher Anwendungsbe reich .....	175
e) Unmöglichkeit der Erreichung vereinbarter Leistungsziele .....	159	IV. Fehlende Vereinbarung wesentlicher Planungs- und Überwachungsziele .....	176
V. Vertragstypische Pflichten des Architekten und Ingenieurs ...	160	V. Vorlage einer Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung zur Zustimmung .....	178
1. Vertraglich vereinbarte Leistungspflichten .....	162	1. Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung als vertragliche Nebenleistungspflicht .....	178
2. Erforderliche Leistungen nach dem jeweiligen Stand der Planung .....	166	2. Planungsgrundlage .....	179
3. Zeitpunkt und Reihenfolge der Leistungserbringung .....	169	3. Kosteneinschätzung .....	182
		4. Vorlage zur Zustimmung	183
		5. Vergütung der Vorlage einer Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung ..	184
		F. Abweichende Vereinbarungen ...	186

## A. Regelungsgehalt und Normzweck

§ 650 p ist die Eingangsvorschrift zu den im Rahmen des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts als Untertitel 2 eingeführten §§ 650 p–650 t, welche spezielle Regelungen zu Architekten- und Ingenieurverträgen enthalten. Ergänzt werden diese Regelungen um die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts (Kapitel 1) unter §§ 632–650, hierzu detailliert → § 650 q Rn. 27 ff. Einen Verweis auf eine entsprechende Anwendung des überwiegenden Teils der Vorschriften des Bauvertrags (Kapitel 2) enthält zudem § 650 q, hierzu detailliert → § 650 q Rn. 5 ff. Die Notwendigkeit der Schaffung spezieller rechtlicher Grundlagen resultiert nach dem Ansinnen des Gesetzgebers daraus, dass sich bei Architekten- und Ingenieurverträgen eine Reihe spezieller Fragen stellen.<sup>1</sup> Denn es seien regelmäßig umfangreiche und komplexe Tätigkeiten geschuldet, auf die die Regelungen des Untertitels 2 zugeschnitten seien.<sup>2</sup> Dies gelte außerdem im Hinblick auf ihre Einordnung in das Werkvertragsrecht und auch bezüglich des Haftungsverbands mit Bauerrichtungsverträgen.<sup>3</sup> Anders als bei Bauerrichtungsverträgen sei der vertraglich geschuldete Erfolg bei Abschluss eines Architekten- oder Ingenieurvertrags regelmäßig noch nicht abschließend und detailliert beschreibbar.<sup>4</sup> Insbesondere in den früheren Planungsphasen könne es Gegenstand der Erfolgsverpflichtung des Architekten und Ingenieurs sein, den beabsichtigten Bauerfolg nach den Vorstellungen des Bestellers zu ent-

1 BT-Drs. 18/8486, S. 24.

2 BT-Drs. 18/8486, S. 67.

3 BT-Drs. 18/8486, S. 24.

4 BT-Drs. 18/8486, S. 24.

wickeln und zu konkretisieren.<sup>5</sup> Diese Eigenheit hätte bislang im Werkvertragsrecht keinen Niederschlag gefunden.<sup>6</sup>

- 2 Der **Architekten- und Ingenieurvertrag wurde bislang im BGB nur im Hinblick auf vereinzelte Leistungspflichten umschrieben** (vgl. § 634 a Nr. 2 BGB). Durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts erfolgte erstmals eine Normierung des Architekten- und Ingenieurvertrags unter § 650 p Abs. 1 BGB. Hierdurch wurde der Architekten- und Ingenieurvertrag als eigener Vertragstyp etabliert und kann nunmehr unter Gesetzesanwendung von anderen Vertragsarten abgegrenzt werden.

Nach überwiegender Auffassung soll Abs. 1 lediglich eine Vertragstypisierung und keine Einführung von Leistungspflichten enthalten.<sup>7</sup> Abs. 1 beschreibe lediglich in sehr allgemeiner Form die charakteristischen Merkmale eines Architekten- und Ingenieurvertrags.<sup>8</sup> Leistungsziele und Leistungspflichten obliegen vielmehr der Auslegung des konkret abgeschlossenen Architekten- und Ingenieurvertrages, hierzu detailliert → § 650 q Rn. 74 ff. zu den Leistungszielen und → Rn. 166 ff. zu den Leistungspflichten. Gestützt wird diese Ansicht auf die Begründung des Gesetzgebers, wonach mit der Formulierung zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass Architekten- und Ingenieurverträge typischerweise eine Reihe verschiedener Pflichten umfassen und zwischen dem Planungserfolg und den Planungs- und Leistungsschritten unterschieden werden soll.<sup>9</sup> Einschränkung findet die Anwendbarkeit durch Begrenzung auf die „Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage“, hierzu detailliert → § 650 q Rn. 60 ff.

- 3 § 650 p Abs. 2 etabliert für den Architekten- und Ingenieurvertrag den allgemein als Zielfindungsphase<sup>10</sup> bezeichneten Schwebzustand, in welchem sich beide Parteien bei unterbliebener Vereinbarung von wesentlichen Planungs- und Überwachungszielen nach den Anforderungen des in § 650 r geregelten Sonderkündigungsrechts vom Vertrag lösen können. Diese Regelung dient vor allem der weiteren Bestrebung des Gesetzgebers, Verbraucherschutzvorschriften in das Bauvertragsrecht einzubetten.

## B. Zeitlicher Anwendungsbereich

- 4 Der zeitliche Anwendungsbereich wird bestimmt durch Art. 229 § 39 EGBGB, wonach die aufgrund der Reform des Bauvertragsrechts eingeführten Regelungen ausschließlich für Schuldverhältnisse ab dem 1.1.2018 gelten. Der Gesetzgeber weist in seiner Gesetzesbegründung darauf hin, dass bestehende Rechtsverhältnisse unberührt bleiben sollen und die Neuregelungen nur auf **nach Inkrafttreten abgeschlossene Verträge** Anwendung finden sollen.<sup>11</sup> Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Übergangsvorschrift an den Rechtsgedanken des Art. 170 angelehnt ist.<sup>12</sup> Nach den Motiven des Gesetzgebers zu Art. 170 ist anzunehmen, dass die Vertragsparteien bei Eingehung eines Schuldverhältnisses stets das zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts geltende Recht im Auge

5 BT-Drs. 18/8486, S. 24.

6 BT-Drs. 18/8486, S. 24.

7 BeckOK BauvertrR/Fuchs BGB § 650 p Rn. 4; aA Palandt/Sprau BGB § 650 p Rn. 2.

8 BeckOK BauvertrR/Fuchs BGB § 650 p Rn. 4; MüKoBGB/Busche BGB § 650 p Rn. 1.

9 BT-Drs. 18/8486, S. 66.

10 BeckOK BauvertrR/Fuchs BGB § 650 p Rn. 6; Palandt/Sprau BGB § 650 p Rn. 2; Kniffkal Retzlaff Motzke NZBau 2017, 251 (253).

11 BT-Drs. 18/8486, S. 73.

12 BT-Drs. 18/8486, S. 73.

haben.<sup>13</sup> Voraussetzung ist jedoch, dass sich der Entstehungstatbestand des Schuldverhältnisses unter der Herrschaft der alten Rechtsordnung vollständig erfüllt hat und ob das Rechtsgeschäft vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes vollständig zustande gekommen ist.<sup>14</sup> Dies bedeutet, dass sämtliche zur Entstehung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen eingetreten sein müssen.<sup>15</sup> Ein Rechtsgeschäft kommt durch Angebot und Annahme zustande (§ 145 ff.). Zu den besonderen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, bspw. wie ein Vertragsschluss zu Leistungen im Rahmen der Akquise abzugrenzen ist, wann ein Vertrag durch schlüssiges Verhalten oder bei öffentlicher Auftragsvergabe vorliegt, vgl. die Ausführungen unter → Rn. 20 ff. Wurde ein Angebot vor dem Stichtag des 1.1.2018 abgegeben, die Annahme erfolgte hingegen erst nach dem Stichtag, ist das neue Recht anwendbar.<sup>16</sup> Denn in formaler Hinsicht ist das Rechtsgeschäft erst durch die Annahme entstanden. Erst hierdurch sind die Ansprüche der Vertragsparteien entstanden. Soweit sich der Annehmende auf das Angebot, welches er unter früherem Recht abgeben wollte, beziehen und ausschließlich hierfür seine Annahme erklären wollte,<sup>17</sup> war dies nicht möglich, da das Rechtsgeschäft infolge der fehlenden Annahme vor dem Stichtag nicht wirksam geschlossen wurde. Kam der Wille einer Vertragspartei, sei es Anbietender oder Annehmender, hinreichend zum Ausdruck, das Rechtsgeschäft nur unter den Bedingungen der Anwendbarkeit des alten Rechts schließen zu wollen, liegt ein offener Dissens nach § 154 Abs. 1 vor, welcher den Vertragsschluss hindert. Den Verhandellnden steht in der Folge frei, ein Rechtsgeschäft unter neu ausgehandelten Bedingungen zum neuen Recht zu schließen. Die Anwendbarkeit des alten Rechts können die Parteien nur insoweit vereinbaren, als dieses nicht in Widerspruch zu den zwingenden Bestimmungen des neuen Rechts steht. Kam der Wille einer Partei, den Vertrag nur unter der Anwendbarkeit des alten Rechts schließen zu wollen hinreichend zum Ausdruck oder werden durch die Anwendbarkeit des neuen Rechts für ihn wesentliche, vom alten Recht abweichende, Rechtsfolgen erzeugt, kann die sich irrende Partei den Vertrag wegen Irrtums über den Erklärungsinhalt nach § 119 Abs. 1 Fall 1 anfechten.<sup>18</sup> Der sich Irrende muss hierzu jedoch substantiiert vortragen und ggf. unter Beweis stellen, dass sich die durch Anwendung des neuen Rechts veränderte Rechtslage für ihn im Wesentlichen als besonders nachteilig darstellt und dies seinen Beweggrund zum Vertragsschluss wesentlich beeinflusst hat. Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten (hier: der Anwendbarkeit des alten oder neuen Rechts), kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum (sog. Rechtsfolgeirrtum).<sup>19</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der

13 *Mugdan* S. 498; BGH 18.10.1965 – II ZR 36/64, NJW 1966, 155 (156); Staudinger/*Hönle/Hönle* EGBGB Art. 170 Rn. 1.

14 Staudinger/*Hönle/Hönle* EGBGB Art. 170 Rn. 7.

15 Reichsgericht 21.6.1911, RGZ 76, 394; Staudinger/*Hönle/Hönle* EGBGB Art. 170 Rn. 7.

16 BeckOK BauvertrR/*Fuchs* BGB § 650 p Rn. 21; *Pause* IBR 2017, 1047 (nur online); aA Staudinger/*Hönle/Hönle* EGBGB Art. 170 Rn. 8; MüKoBGB/*Busche/Weber/Spellenberg* EGBGB Art. 229 § 39 Rn. 2.

17 So die Argumentation von Staudinger/*Hönle/Hönle* EGBGB Art. 170 Rn. 8 dafür, dass ein Vertrag unter Anwendung des alten Rechts zustande gekommen sein soll.

18 BGH 29.6.2016 – IV ZR 387/15, NJW 2016, 2954 (2955); Palandt/*Ellenberger* BGB § 119 Rn. 15.

19 BGH 29.6.2016 – IV ZR 387/15, NJW 2016, 2954 (2955); BGH 5.6.2008 – V ZB 150/07, NJW 2008, 2442 (2443); BGH 15.12.1994 – IX ZR 252/93, NJW 1995, 1484 (1485); BGH 18.11.1977 – V ZR 172/76, NJW 1978, 370, Palandt/*Ellenberger* BGB § 119 Rn. 15.

sog. unechten Rückwirkung. Dies ist der Fall, wenn die belastenden Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, wodurch die Beeinflussung von Sachverhalten erfolgt, die in der Vergangenheit begonnen haben, jedoch noch nicht abgeschlossen waren.<sup>20</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine solche unechte Rückwirkung mit den Grundsätzen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes vereinbar, wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.<sup>21</sup> Dies ist bei dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts aufgrund des Zwecks der Klärung einer unklaren Rechtslage und des fehlenden Vertrauens aufgrund der Länge des Gesetzgebungsverfahrens der Fall.<sup>22</sup>

- 5 Zur Einordnung spezieller Vertragsformen ist auf die **konkrete vertragliche Regelung des Einzelfalls** abzustellen.<sup>23</sup> Vertragsbezeichnungen wie „Arbrufvertrag“, „Stufenvertrag“, „Optionsvertrag“ werden oft nicht in einem einheitlichen Kontext verwendet. Maßgeblich ist vielmehr, welchen konkreten Vertragsinhalt die Parteien geregelt haben, der nach dem sog. objektivierten Empfängerhorizont auszulegen ist.<sup>24</sup> Dies bedeutet, dass die Erklärungen der Parteien so auszulegen sind, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.<sup>25</sup> Hierdurch wird der nach außen kenntlich gewordene Wille der Vertragsparteien zentrales Auslegungsmerkmal.
- 6 Bei einem **Rahmenvertrag** handelt es sich um einen Vertrag, welcher eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung eröffnet und dabei bestimmte Einzelheiten künftighin abzuschließender Verträge festlegt.<sup>26</sup> Die Parteien beabsichtigen hiermit, bei künftigen Vertragsabschlüssen die im Rahmenvertrag bestimmten Vertragsbedingungen Anwendung finden zu lassen (bspw. bei Planungsleistungen zu Mieterausbauten, welche erst im Falle der Vermietung beauftragt werden sollen, wobei die vertraglichen Regelungen im Wesentlichen identisch sein sollen). Nur insoweit entfaltet der Rahmenvertrag auch eine Bindung. Schließen die Parteien einen Vertrag im Anwendungsbereich des Rahmenvertrages ab, finden die vertraglichen Vereinbarungen des Rahmenvertrages Anwendung. Ein Anspruch auf Abschluss eines solchen Einzelvertrages selbst besteht jedoch nicht, allenfalls können die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs vorliegen.<sup>27</sup> Da die Verträge (auf Basis eines Rahmenvertrages) **selbständige Verträge** darstellen, ist entscheidend für die Anwendbarkeit des neuen oder alten Rechts, ob der Abschluss der Einzelverträge vor oder nach dem Stichtag des 1.1.2018 erfolgt ist.<sup>28</sup>
- 7 Die Vertragsparteien können außerdem den Vertragsschluss von einer **Bedingung** abhängig machen. Bei Architekten- und Ingenieurverträgen erfolgt dies üblicherweise durch Festlegung einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1), wobei die Beauftragung bspw. von der Fortführung des Bauvorhabens, der Fi-

20 BVerfG 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, Rn. 56–58.

21 BVerfG 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, Rn. 56–58.

22 *Pause* IBR 2017, 1047 (nur online).

23 Beck HOAI/Berger Syst A II Rn. 5.

24 BGH 5.10.2006 – III ZR 166/05, NJW 2006, 3777.

25 BGH 5.10.2006 – III ZR 166/05, NJW 2006, 3777.

26 BGH 30.4.1992 – VII ZR 159/91, NJW-RR 1992, 977.

27 BGH 30.4.1992 – VII ZR 159/91, NJW-RR 1992, 977.

28 BeckOK BauvertrR/Fuchs BGB § 650 p Rn. 24; *Pause* IBR 2017, 1047 (nur online); *ibr*OK BauVertrR/Zahn BGB § 650 p Rn. 29.

finanzierungszusage oder der Erteilung einer Baugenehmigung abhängig gemacht wird.<sup>29</sup> Der Vertragsschluss unter einer aufschiebenden Bedingung ist dadurch gekennzeichnet, dass sich beide Vertragsparteien verpflichten. Der Auftraggeber ist bei Eintritt der Bedingung verpflichtet, den Auftragnehmer zu beauftragen und der Auftragnehmer ist sodann verpflichtet, die vereinbarten Leistungen zu den ggf. bereits ebenfalls vorab festgelegten Konditionen zu erbringen. Kommt der Auftraggeber seiner Pflicht zur Beauftragung nicht nach, so kann der Auftragnehmer den Anspruch auf Auftragserteilung nötigenfalls gerichtlich erzwingen bzw. Schadensersatz statt Erfüllung geltend machen (§ 281). In diesem Fall kommt der Vertrag erst mit dem Eintritt der Bedingung (*ex nunc*) zustande.<sup>30</sup> Da im Falle eines Vertragsschlusses unter einer aufschiebenden Bedingung das Rechtsgeschäft für beide Parteien bindend zustande gekommen ist, ist auch dann **das alte Recht anzuwenden, wenn die Bedingung erst nach dem Stichtag eintritt.**<sup>31</sup> Sowohl Antragender als auch Annehmender hatten im Zeitpunkt der Abgabe ihrer Willenserklärungen das alte Recht im Auge. Zudem hat sich der Entstehungsgrund des Rechtsgeschäftes vollständig vor dem Stichtag verwirklicht, so dass der Eintritt der Bedingung lediglich die Rechtsfolgen des Vertragsschlusses auslöst.<sup>32</sup>

Als „**Abruf- oder Optionsvertrag**“ wird oftmals ein Vertrag bezeichnet, bei welchem sich die Parteien bereits über sämtliche Leistungen geeinigt haben, dem Auftraggeber jedoch die Entscheidung vorbehalten bleibt, zu welchem Zeitpunkt er die Leistungen abrufen, wann diese also fällig werden (§ 271 BGB).<sup>33</sup> Der Abruf stellt in diesem Fall lediglich die Ausübung eines vertraglich eingeräumten zeitlichen Anordnungsrechts des Auftraggebers dar.<sup>34</sup> Da die Parteien das Rechtsgeschäft geschlossen und sich beide abschließend vertraglich verpflichtet haben, ist das im Zeitpunkt des **Abschlusses des Abrufvertrages** geltende Recht anwendbar.<sup>35</sup> Denn das „Ob“ der Leistungserbringung steht final fest. Lediglich das „Wie“ der Ausführung ist in zeitlicher Hinsicht ungewiss. Dieser Umstand hält die Vertragsparteien jedoch nicht ab, sich abschließend zu binden und hat damit keinen Einfluss auf das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts.

Bei einem als „**Stufenvertrag**“ bezeichneten Vertrag wird üblicherweise der Leistungsumfang in Stufen unterteilt (bspw. Stufe 1 = Leistungsphasen 1–4, Stufe 2 = Leistungsphasen 5–7 und Stufe 3 = Leistungsphasen 8 + 9), wobei in der Regel die erste Stufe verbindlich beauftragt wird und im Hinblick auf die übrigen Stufen lediglich eine **einseitige Bindung des Auftragnehmers** besteht, wie sie sich bspw. in § 4.2.2 des Vertragsmusters VM 2/1 (Objektplanung) der RBBau befindet. Hiernach verpflichtet sich der Architekt bzw. Fachingenieur einseitig, weitere Leistungen zu erbringen, wenn der Auftraggeber sie ihm überträgt, es

29 Derartige Verträgen werden teilweise auch als sog. unechte Stufenverträge bezeichnet, vgl. Ebert/Storck/Ebert, Praxiskommentar zur HOAI 2013, Teil 1 Kap. 6 Rn. 6; *Leinenbach ZfBR* 2019, 15 (16).

30 Staudinger/Hönle/Hönle EGBGB Art. 170 Rn. 8.

31 So auch BeckOK BauvertrR/*Fuchs* BGB § 650 p Rn. 23; *ibrOK* BauVertrR/*Zahn* BGB § 650 p Rn. 29; Langen/Berger/Dauner-Lieb/*Dressel* Art. 229 EGBGB Rn. 14; aA MüKo-BGB/*Busche/Weber/Spellenberg* EGBGB Art. 229 § 39 Rn. 2.

32 Beck HOAI/*Berger Syst A II* Rn. 19 zur Anwendbarkeit des § 57 HOAI, dessen Rechtsprechung und Fachliteratur jedoch nicht spiegelbildlich angewendet werden kann, da § 57 HOAI auf Vereinbarung der Leistungen selbst und nicht den Vertragsschluss abstellt.

33 Von BeckOK BauvertrR/*Fuchs* BGB, § 650 p Rn. 26 bezeichnet als „zeitlicher Abrufvertrag“; Beck HOAI/*Berger Syst A II* Rn. 23.

34 Beck HOAI/*Berger Syst A II* Rn. 23.

35 So auch BeckOK BauvertrR/*Fuchs* BGB § 650 p Rn. 26; aA Langen/Berger/Dauner-Lieb/*Dressel* Art. 229 EGBGB Rn. 21.

sei denn, seit der Fertigstellung der letzten Leistung sind mehr als drei Jahre vergangen oder es liegt ein wichtiger Kündigungsgrund vor. Obergerichtliche Rechtsprechung zu solchen einseitigen Bindungsklauseln ist noch nicht bekannt. In der einschlägigen Literatur werden unterschiedliche Maßstäbe an die Wirksamkeit solcher Klauseln gestellt.<sup>36</sup> Um Rechtsunsicherheiten, die sich – wie häufig – aus der Anwendbarkeit des AGB-Rechts und noch fehlender obergerichtlicher Rechtsprechung ergeben, sollten die Parteien, wenn sie eine einseitige Bindung des Planers hinsichtlich der noch nicht beauftragten Leistungsphasen vereinbaren wollen, eine echte Individualvereinbarung treffen (an deren Vorliegen freilich strenge Voraussetzungen zu knüpfen sind) und die Bindung des Planers nicht im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen festsetzen.<sup>37</sup> Im Hinblick auf die Frage der Anwendbarkeit des alten oder neuen Rechts ist der überwiegende Teil der Fachliteratur der Auffassung, dass der **Abschluss des Hauptvertrages entscheidend** ist und nicht der Abruf der einzelnen Leistungen.<sup>38</sup> Dies ist auch zutreffend. Eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung des BGH zu der Anwendbarkeit der einzelnen HOAI-Novellen im Hinblick auf Stufenverträge nach § 57 HOAI stellt keinen Widerspruch dar. Denn Art. 229 § 39 BGB und § 57 HOAI haben einen unterschiedlichen Regelungsbe- reich. Während Art. 229 § 39 BGB zur **Anwendbarkeit des neuen Bauvertragsrechts auf die Entstehung des Schuldverhältnisses abzielt**, ist für § 57 HOAI die Beauftragung von Grundleistungen nach der HOAI entscheidend. Mit Einigung der Parteien über den Abschluss eines Vertrages in Form einer stufenweisen Beauftragung ist das Rechtsgeschäft entstanden, auch wenn – neben den bereits mit Vertragsabschluss beauftragten Leistungen – die Beauftragung weiterer Leistungen ungewiss ist. Die Beauftragung weiterer Leistungen führt auch nicht dazu, dass von dem Ursprungsvertrag unabhängig weitere Verträge entstehen. Vielmehr wird hierdurch lediglich der Leistungsumfang unter Aufrechterhaltung der bereits vereinbarten vertraglichen Bedingungen (bspw. Leistungsgegenstand, Honorierung, Urheberrecht) erweitert.<sup>39</sup> § 57 HOAI **hingegen stellt auf den Zeitpunkt der Beauftragung von Grundleistungen ab**, so dass eine abweichende Beurteilung zu der Anwendbarkeit der §§ 650 p ff. gerechtfertigt ist. Daher ist der BGH zur Auslegung des § 57 HOAI auch der Ansicht, dass für die Anwendbarkeit der unterschiedlichen Fassungen der HOAI der Zeitpunkt der Beauftragung der jeweiligen Leistungen entscheidend ist.<sup>40</sup> Die unterschiedlichen Auslegungen beruhen nicht nur auf einer wörtlichen, sondern auch einer teleologischen Auslegung. Denn bei der HOAI handelt es sich um reines Preisrecht, dessen Kernregelung in der Bestimmung von Honorarparametern zur Bildung eines Honorarrahmens für die von ihr erfassten Leistungen besteht. Entscheidend ist daher auch, wann die jeweiligen Leistungen beauftragt wurden, für welche ein Honorarrahmen zu bestimmen ist. §§ 650 p ff. enthalten hingegen vertragliche Regelungen von Architekten- und Ingenieurverträgen, deren Abschluss für die Anwendbarkeit der Bestimmungen entscheidend ist. Eine et-

36 Während *Löffelmann/Fleischmann* eine solche Klausel grds. für unwirksam halten, wenn sie als AGB vereinbart ist (*Löffelmann/Fleischmann*, Rn. 881), hält *Werner* (BauR 1992, 695, 698) eine entsprechende Bindung grds. für zulässig, billigt dem Architekten/Ingenieur allerdings nach Ablauf einer angemessenen Bindefrist das Recht zu, sich von dem Angebot wieder zu lösen.

37 Vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB BGB § 305 Rn. 18 ff.

38 BeckOK BauvertrR/*Fuchs* BGB § 650 p Rn. 28; *Langen/Berger/Dauner-Lieb/Berger* BGB § 650 p Rn. 28; *ibrOK BauVertrR/Zahn* BGB § 650 p Rn. 29; aA *Stein* IBR 2018, 1; *Pause* IBR 2017, 1047 (nur online); *Leinenbach* ZfBR 2019, 15 (20).

39 BeckOK BauvertrR/*Fuchs* BGB § 650 p Rn. 28.

40 BGH18.12.2014 – VII ZR 350/13, NZBau 2017, 170 (171).



waige Leistungserweiterung durch Abruf zusätzlicher Stufen führt nicht dazu, dass ein gesonderter Architekten- und Ingenieurvertrag vereinbart wird, sondern stellt lediglich eine Auftragsenerweiterung dar. Unzutreffend ist daher die Ansicht, wonach durch Leistungsabruf eine Bedingung eintrete und „der Planungsvertrag“ zustande käme.<sup>41</sup> Der Planungs- bzw. Architekten- oder Ingenieurvertrag kommt bereits mit dem Ursprungsvertrag unter Beauftragung der ersten Stufe(n) zustande. Mit diesem Vertrag erteilt der Auftragnehmer ein zusätzliches (verbindliches) Angebot über die Erbringung weiterer Leistungen (eingeteilt in Stufen), welches unter der Bedingung eines Abrufs durch den Auftraggeber steht. Nimmt der Auftraggeber zusätzliche Leistungen an, erweitert sich der einstige Vertrag um die weiteren Leistungen im Sinne eines baurechtlichen Nachtrags. Dem steht nicht entgegen, dass der BGH selbst ausführt, dass der „Vertragsschluss über die Leistungen“ erst mit Abruf zustande kommt.<sup>42</sup> Denn rechtsdogmatisch stellt auch eine Vertragserweiterung einen Vertragsschluss dar, da die Parteien zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen in Form von Angebot und Annahme abgeben.

Art. 229 § 39 EGBGB stellt zur Anwendbarkeit des neuen Bauvertragsrechts auf das Entstehen des Schuldverhältnisses ab, weshalb auch bei weiteren Vertragsschlüssen zur Vertragserweiterung ausschließlich der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses des ursprünglichen Schuldverhältnisses entscheidend ist. Dies wird auch gedeckt durch die Intention des Gesetzgebers, wonach bestehende Rechtsverhältnisse unberührt bleiben und die Neuregelungen nur auf nach Inkrafttreten abgeschlossene Verträge Anwendung finden sollen,<sup>43</sup> da anzunehmen ist, dass die Vertragsparteien bei Eingehung eines Schuldverhältnisses stets das zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts geltende Recht im Auge haben.<sup>44</sup> Im Vordergrund steht daher das Rechtsgeschäft als Ganzes, so dass der Zeitpunkt der Eingehung des Schuldverhältnisses maßgeblich ist und das jeweils geltende Recht auch für weitere vertragsrechtliche Erklärungen gilt, welche sich auf dieses Schuldverhältnis beziehen.

## C. Rechtsnatur des Architekten- und Ingenieurvertrages; Abgrenzung zu anderen Vertragsarten

### I. Werkvertragsähnlicher Vertrag

Mit Einführung des § 650 p erfolgte eine ausdrückliche Normierung des Architekten- und Ingenieurvertrags unterhalb des Titels 9 „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ im BGB. Da Untertitel 1 Regelungen über den „Werkvertrag“ enthält und für den „Architektenvertrag und Ingenieurvertrag“ ein eigener Untertitel 2 geschaffen wurde (und damit begriffslogisch nicht als Werkvertrag bezeichnet werden kann), wird dieser Vertragstypus als sog. **werkvertragsähnlicher Vertrag** eingeordnet.<sup>45</sup>

Dies gilt jedenfalls für **Planungs- und Bauüberwachungsleistungen**. In dieser Hinsicht folgte der Gesetzgeber der Grundsatzentscheidung des BGH vom

41 So etwa *Pause* IBR 2017, 1047 (nur online).

42 BGH 18.12.2014 – VII ZR 350/13, NZBau 2017, 170 (171).

43 BT-Drs. 18/8486, S. 73.

44 *Mugdan* S. 498; BGH 18.10.1965 – II ZR 36/64, NJW 1966, 155 (156); *Staudinger/Hönle/Hönle* EGBGB Art. 170 Rn. 1.

45 *Langen/Berger/Dauner-Lieb/Berger* BGB § 650 p Rn. 10.



26.11.1959,<sup>46</sup> mit welcher die bis dahin herrschende Streitigkeit über die Einordnung des Architekten- und Ingenieurvertrags als Werk- oder Dienstvertrag die Brisanz nahm. Der BGH entschied, dass planende und bauleitende Tätigkeiten des Architekten der Herbeiführung desselben Erfolgs (§ 631 Abs. 2 BGB), der Erstellung des Bauwerks,<sup>47</sup> dienen. Zwar werde das Bauwerk nicht selbst als körperliche Sache geschuldet.<sup>48</sup> Der Architekt habe jedoch durch zahlreiche ihm obliegende Einzelleistungen dafür zu sorgen, dass das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entstehe und zur Vollendung komme.<sup>49</sup> Der Werkerfolg liege somit in der mängelfreien Errichtung des geplanten Bauwerks.<sup>50</sup> Diese Entscheidungslinie verfolgend entschied der BGH im Nachgang, dass die Architektenleistung auch dann werkvertraglichen Charakter habe, wenn der Architekt keine Vorentwürfe, Entwürfe oder Bauvorlagen fertige, sondern eine der übrigen Architektenleistungen nach § 19 GOA<sup>51</sup> übernommen habe.<sup>52</sup> Entscheidend sei dabei nach der Rechtsprechung nicht, ob die Architektenleistungen insgesamt oder nur Teile davon beauftragt werden, da nach der Rechtsprechung des BGH auch die einzelnen beauftragten **Grundleistungen selbstständige Teilerfolge** beinhalten.<sup>53</sup> Auch die **isoliert übertragene Objektüberwachung** wurde schließlich als Werkleistung eingestuft,<sup>54</sup> ebenso die baubegleitende stichprobenartige Mängelerfassung.<sup>55</sup>

- 12 Bei dieser Ansicht blieb der Gesetzgeber dem Grunde nach auch, als er den Architekten- und Ingenieurvertrag dem erweiterten Kreis der **Werkverträge** zuordnete.<sup>56</sup> Jedoch sollten nach Ansicht des Gesetzgebers die Regelungen des Werkvertragsrechts nicht uneingeschränkt Anwendung finden, da dies in einigen Punkten zu erheblichen, teilweise unverhältnismäßig belastenden Konsequenzen führen könne.<sup>57</sup> Durch die Einordnung als werkvertragsähnlicher Vertrag unter Normierung spezieller Regelungen könne dem besonderen Charakter der Architekten- und Ingenieurverträge besser Rechnung getragen werden.<sup>58</sup>
- 13 Ob die als Werkvertrag eingestuftten Verträge unter das Architekten- und Ingenieurrecht der §§ 650 p ff. fallen, hängt weiter davon ab, **ob die zusätzlichen Voraussetzungen des § 650 p Abs. 1 erfüllt sind** (insbes. Architekten- und Ingenieurleistungen, zur Erreichung vereinbarter Planungs- und Überwachungsziele) → Rn. 58. **Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. anwendbar.**

46 BGH 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431 ff.; später bestätigt durch BGH 7.3.1974 – VII ZR 217/72, NJW 1974, 898; BGH 22.10.1981 – VII ZR 310/79, NJW 1982, 438; BGH 11.10.2001 – VII ZR 475/00, NJW 2002, 749; BGH 30.9.1999 – VII ZR 162/97, NJW 2000, 133.

47 BGH 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431 (431).

48 BGH 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431 (431).

49 BGH 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431 (431).

50 BGH 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431 (432).

51 Die GOA (Gebührenordnung für Architekten) ist der Vorgänger der HOAI und wurde von dieser im Jahre 1976 abgelöst.

52 BGH 7.3.1974 – VII ZR 217/72, NJW 1974, 898.

53 BGH 24.6.2004 – VII ZR 259/02, NZBau 2004, 509; aA *Reichert* BauR 2014, 626.

54 BGH 22.10.1982 – VII ZR 310/79, BauR 1982, 79; OLG Naumburg 29.5.2006 – 1 U 27/06, IBR 2006, 574; OLG Düsseldorf 19.12.1997 – 22 U 68/97, BauR 1998, 582, 583.

55 BGH 11.10.2001 – VII ZR 475/00, NJW 2002, 749.

56 BT-Drs. 18/8486, S. 66.

57 BT-Drs. 18/8486, S. 66.

58 BT-Drs. 18/8486, S. 66.

Ein werkvertraglicher Charakter soll außerdem bei **Fachplanerleistungen**, wie etwa der Tragwerksplanung, vorliegen.<sup>59</sup> Soweit Fachplanerverträge den Anwendungsbereich für Architekten- und Ingenieurverträge nach § 650 p erfüllen (ua Architekt und Ingenieur als Auftragnehmer; Bauwerk oder Außenanlage als Gegenstand), gelten die speziellen Regelungen der §§ 650 p ff. Dies gilt ebenfalls für die **Beratungsleistungen** nach § 3 Abs. 1 S. 2 iVm Anlage 1 HOAI.

Die Einordnung von **Projektsteuerungsverträgen** unter das Werkvertragsrecht hängt davon ab, ob der Projektsteuerer durch seine vertragliche Leistung einen Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts schuldet.<sup>60</sup> Dabei ist nicht notwendig, dass dies ausschließlich der Fall ist.<sup>61</sup> Es reicht aus, wenn der Projektsteuerer ein Bündel von verschiedenen Aufgaben übernimmt und die erfolgsorientierten Aufgaben dermaßen überwiegen, dass sie den Vertrag prägen.<sup>62</sup> Entschieden wurde dies vom BGH für den Projektcontrollingvertrag, bei welchem dem Projektsteuerer im Wesentlichen die technische Bauüberwachung übertragen wird<sup>63</sup> sowie für den Projektsteuerungsvertrag, der auf dem AHO-Leistungsmodell beruht.<sup>64</sup> Dies gilt auch für ein stichprobenartiges, gutachterliches Baucontrolling<sup>65</sup> sowie die Übernahme des Mängelmanagements im Sinne der Ermittlung, Dokumentation, Bewertung und Beseitigung von Baumängeln.<sup>66</sup> Soweit Projektsteuerungsverträge den Anwendungsbereich für Architekten- und Ingenieurverträge nach § 650 p erfüllen (ua Architekt und Ingenieur als Auftragnehmer; Bauwerk oder Außenanlage als Gegenstand), gelten die speziellen Regelungen der §§ 650 p ff.

## II. Abgrenzung zum Werkvertrag nach § 631

Die speziellen Vorschriften des unter dem gesonderten Untertitel 2 geschaffenen Architekten- und Ingenieurvertragsrechts sind nur bei Erfüllung der zusätzlichen Voraussetzungen anwendbar, wie die Vereinbarung von Planungs- und Überwachungszielen oder das Vorliegen eines Bauwerks oder einer Außenanlage (→ Rn. 60 ff.). Vor diesem Hintergrund ist die bisherige Rechtsprechung und Fachliteratur zur Einordnung von Architekten- und Ingenieurleistungen als Werk-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag zu bewerten. Soweit die zusätzlichen Voraussetzungen des unter § 650 p geregelten Architekten- und Ingenieurvertrages nicht erfüllt sind, die Parteien hingegen einen Werkerfolg vereinbart haben (bspw. Leistungen der Bauleitplanung oder Innenraumgestaltung), ist das allgemeine Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. anzuwenden.<sup>67</sup> Dies bedeutet nicht, dass die Bezeichnung als Architekten- und Ingenieurvertrag künftig nur noch für solche Verträge gilt, welche unter § 650 p eingeordnet werden können. Ein Architekten- und Ingenieurvertrag (auch oft als Planervertrag bezeichnet) ist eine gesetzlich nicht definierte Vertragsart für Leistungen, die typischerweise von Architekten und Ingenieuren erbracht werden. Hiervon unabhängig ist die rechtliche Einordnung in eine Typenbezeichnung als Architekten- und Ingenieurvertrages im Sinne des § 650 p, als Werkvertrag im Sinne des

59 BGH 15.5.2013 – VII ZR 257/11, NZBau 2013, 519 (520).

60 BGH 10.6.1999 – VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118.

61 BGH 10.6.1999 – VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118.

62 BGH 10.6.1999 – VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118.

63 BGH 10.6.1999 – VII ZR 215/98, NJW 1999, 3118; OLG Düsseldorf 23.6.2009 – 23 U 140/08, BauR 2009, 1483.

64 BGH 25.1.2007 – VII ZR 112/06, NZBau 2007, 315; weitere Ausführungen und Differenzierungen unter *Eschenbruch* Rn. 1103 ff.

65 BGH 19.12.2000 – X ZB 14/00, NZBau 2001, 151 ff.

66 BGH 17.4.2009 – VII ZR 164/07, NZBau 2009, 450 (451).

67 Palandt/*Sprau* BGB § 650 p Rn. 3.

§ 631, als Dienstvertrag im Sinne des § 611 oder als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675. Für Architekten- und Ingenieurverträge, welche die zusätzlichen Voraussetzungen des § 650 p erfüllen, gilt die Besonderheit, dass die speziellen Vorschriften der §§ 650 p–650 t sowie über den Verweis des § 650 q der Großteil der Vorschriften des Bauvertragsrechts anwendbar sind.

### III. Abgrenzung zum Dienstvertrag nach § 611

- 17 Enthält der Vertrag andere Leistungspflichten als Planungs- und Überwachungsleistungen kann auch ein anderer Vertragstyp vorliegen. Entscheidend ist dabei weder die von den Parteien gewünschte Rechtsnatur, noch die gewählte Bezeichnung,<sup>68</sup> sondern die Qualifizierung des von den Parteien vereinbarten Inhalts. Entsprechend erkannte der Gesetzgeber auch im Zuge der Reform des Bauvertragsrechts bereits, dass aufgrund der Vielgestaltigkeit der Aufgaben von Architekten und Ingenieuren nicht auszuschließen ist, dass bei einigen Aufgaben auch eine Zuordnung zum **Dienstvertragsrecht** (oder anderen Vertragsarten) vorstellbar ist.<sup>69</sup>
- 18 Die **Abgrenzung von Werk- und Dienstvertrag** gestaltet sich regelmäßig als schwierig, da sie nicht allein daran gemessen werden, ob die Art der Arbeit letztlich auf einen Erfolg abzielt. Denn auch Dienstleistungen bezwecken in der Regel die Erreichung eines bestimmten Ergebnisses bzw. sind auf diesen ausgerichtet. Entscheidendes Kriterium ist vielmehr, ob der Auftragnehmer den Erfolg selbst schulden soll.<sup>70</sup> Die Leistungen des Architekten, welche für sich genommen Dienstleistungen darstellen, müssen daher ergänzt werden um das **Versprechen, einen bestimmten Erfolg verschuldensunabhängig erreichen zu wollen**, um diese als Werkleistung qualifizieren zu können.<sup>71</sup>
- 19 Ein **Dienstvertrag** liegt nur dann vor, wenn der Architekt **mit einzelnen nicht erfolgsbezogenen Leistungen beauftragt** wurde, zB der besonderen Leistung aus Anlage 10.1 Leistungsphase 2 HOAI „Mitwirkung bei der Kredit- und Fördermittelbeschaffung“. <sup>72</sup> Denn selbst wenn die Vertragsparteien – neben klassischen Planungs- und Überwachungs- und damit erfolgsbezogenen Leistungen – Einzelleistungen vereinbart haben, hinsichtlich derer der Architekt kein Erfolgsversprechen abgibt, ist der Vertrag dennoch in seiner Gesamtheit dem Werkvertragsrecht zuzuordnen.<sup>73</sup> Denn der Architekt schuldet den vertraglich vereinbarten Werkerfolg, zu dessen Erreichung die Parteien Teilleistungen vereinbart haben, welche in der Regel nach dem Willen der Parteien auch nicht verselbständigt werden sollen.<sup>74</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Einzelleistungen im Vertrag separat aufgelistet wurden, da dies nicht automatisch zu einer rechtlichen Verselbständigung der Einzelleistungen führt.<sup>75</sup> Ein Dienstvertrag liegt daher nur dann vor, wenn die Parteien nicht erfolgsbezogene Leistungen isoliert beauftragt haben, bspw. die Einholung von Erkundigungen

68 Motzke/Wolff HOAI-Praxis S. 484.

69 BT-Drs. 18/8486 S. 66.

70 BGH 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431; Beck HOAI/Berger Syst A I Rn. 12.

71 BGH 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3323 (3324); Beck HOAI/Berger Syst A I Rn. 1, 11, 12; *Ganten* FS Thode, S. 21, 25.

72 Dazu Korbion/Mantscheff/Vygen/*Locher* Einf. Rn. 110.

73 Beck HOAI/Berger Syst A I Rn. 20.

74 Beck HOAI/Berger Syst A I Rn. 20.

75 Beck HOAI/Berger Syst A I Rn. 20.

oder Akteneinsicht beim Bauamt<sup>76</sup> sowie eine im Schwerpunkt finanzwirtschaftliche Betreuung eines Bauvorhabens.<sup>77</sup>

## D. Zustandekommen und Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen (Abs. 1)

### I. Vertragsabschluss

#### 1. Vorvertragliches Akquiserechtsverhältnis

Akquisemaßnahmen werden üblicherweise zur Gewinnung eines Neukunden oder Festigung einer Kundenbeziehung erbracht. Hierbei besteht die Besonderheit, dass die Parteien noch kein verbindliches Rechtsverhältnis eingehen, sondern sich zunächst „Kennenlernen“ möchten. Ein solches **Akquiserechtsverhältnis begründet zum einen weder Primärpflichten im Hinblick auf Planungsleistungen und auch nicht auf die Zahlung eines Honorars** oder Ersatz getätigter Aufwendungen, noch Sekundärpflichten in Form einer Mängelhaftung im Sinne des § 634.<sup>78</sup> Jedoch besteht eine **vorvertragliche Haftung** nach §§ 311 Abs. 2, 241, Abs. 2, 280, wodurch die Parteien nicht gänzlich schutzlos gestellt sind. Hierdurch werden sie verpflichtet, keine falschen Vorstellungen über das Zustandekommen eines etwaigen Vertrages bei ihrem Gegenüber hervorzurufen, so dass eine Haftung im Falle eines grundlosen Abbruchs der Vertragsverhandlungen oder schuldhafter Verhinderung der Wirksamkeit eines Vertrages bestehen kann.<sup>79</sup>

Sofern die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung treffen, besteht die Gefahr, dass das Rechtsverhältnis vom vorvertraglichen Akquistadium in ein Vertragsverhältnis übergeht, aus welchem Primär- und Sekundärpflichten folgen. Geschieht dies ausdrücklich, ist den Parteien die Sach- und Rechtslage oft klar. Viel häufiger tritt in der Praxis der Fall auf, dass der Übergang vom vorvertraglichen Stadium zu einem Vertragsverhältnis durch schlüssiges (konkludentes) Handeln entsteht. Dies gilt ebenso für den Fall, dass die Parteien direkt in ein Vertragsverhältnis eintreten und die Akquisephase sozusagen „überspringen“. Nach der Rechtsprechung treten die Parteien in ein **Vertragsverhältnis ein, wenn ihr Verhalten Ausdruck eines Rechtsfolgewillens und damit als Willenserklärung im Sinne eines Angebots auf Abschluss eines Architektenvertrages bzw. einer Annahme zu werten ist.**<sup>80</sup> Hierzu sind alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu ermitteln und gemäß §§ 133, 157 nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen.<sup>81</sup> Dabei besteht keine gesetzliche oder tatsächliche Vermutung (im Sinne eines Anscheinsbeweises), dass umfangreiche Architektenleistungen nur im Rahmen eines Vertrages erbracht werden.<sup>82</sup>

Die **gesetzliche Vermutung des § 632 Abs. 1**, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Herstellung des Werks den Umständen

76 OLG Düsseldorf 22.11.2013 – I-22 U 57/13, NZBau 2014, 298 (299); Korbion/Mantscheff/Vygen/Wirth B Grundlagen Rn. 109.

77 BGH 9.6.2005 – III ZR 436/04, NZBau 2005, 509.

78 OLG Celle 17.12.2015 – 16 U 111/15, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen – VII ZR 16/16.

79 NK-BGB/Becker § 311 Rn. 55 ff.

80 OLG Düsseldorf 29.2.2008 – 23 U 85/07, NZBau 2009, 457 (458); OLG Frankfurt aM 7.12.2014 – 10 U 183/11, NZBau 2013, 311.

81 OLG Düsseldorf 29.2.2008 – 23 U 85/07, NZBau 2009, 457 (458); OLG Frankfurt aM 7.12.2014 – 10 U 183/11, NZBau 2013, 311.

82 OLG Frankfurt 7.12.2012 – 10 U 183/11, NZBau 2013, 311 (312); OLG Düsseldorf 29.2.2008 – 23 U 85/07, NZBau 2009, 457 (458); OLG Hamm 26.9.1989 – 26 U 183/88, NJW-RR 1990, 91.

nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, hilft in den meisten Fällen ebenfalls nicht weiter. Denn § 632 Abs. 1 setzt einen Rechtsbindungswillen, insbesondere des Auftraggebers voraus, der bei bloßer Akquisitionstätigkeit des Planners gerade nicht gegeben ist.<sup>83</sup> Daher kann von der Erbringung von Architektenleistungen nicht automatisch auf einen Vertragsschluss geschlossen werden. Das OLG Düsseldorf ist mithin der Ansicht, dass zahlreiche Architektenleistungen Hoffnungsinvestitionen in einer Vertragsanbahnungssituation seien, so dass nicht ohne Weiteres nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden könne, dass ein Architekt nur aufgrund eines Auftrags plane.<sup>84</sup>

**Ein Vertragsverhältnis wurde in folgenden Einzelfällen angenommen bzw. abgelehnt:**

- Akquiseleistungen bestehen, wenn die Architektenleistungen dazu dienen sollen, einen Investor zu akquirieren, welcher wiederum Partei des Architektenvertrages werden soll.<sup>85</sup>
  - Akquiseleistungen liegen vor, wenn Leistungen im Rahmen eines Architektenwettbewerbs erbracht werden, um einen Auftrag zu erhalten.<sup>86</sup>
  - Der Umfang der erbrachten Leistungen (hier: Leistungen für acht städtebauliche Großprojekte über einen Zeitraum von eininhalb Jahren, welche mehrere Aktenordner füllen) kann für Vertragsschluss sprechen.<sup>87</sup>
  - Akquiseleistungen liegen vor, wenn der Architekt mit Zusatzleistungen die baurechtliche Realisierung eines Vorhabens unterstützen will.<sup>88</sup>
  - Die Ungewissheit der Realisierung des Vorhabens aus baurechtlichen oder finanziellen Gründen kann für Akquiseleistungen sprechen<sup>89</sup> oder auch einem Vertragsschluss nicht entgegenstehen, wenn aus den übrigen Umständen hervorgeht, dass sich die Parteien binden wollen.<sup>90</sup>
  - Vertragsschluss liegt vor bei Entgegennahme der vollständigen Leistungsphase 1 und 2.<sup>91</sup>
  - Bei größeren Bauvorhaben, bei denen der Bauherr noch nicht sicher ist, ob und ggf. in welchem Umfang er investieren will, kann die Erbringung von Leistungen der Leistungsphase 2 noch akquisitorisch sein.<sup>92</sup>
  - Auch Leistungen der Leistungsphase 4 können noch Akquiseleistungen sein, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt, dass sich die Parteien (noch) nicht binden wollen.<sup>93</sup>
  - Bei Erbringung von Leistungen der Leistungsphasen 6–8 dürfte in der Regel ein Bindungswille und damit ein Vertragsschluss vorliegen.<sup>94</sup>
- 23 Auch wenn bei der Erbringung von Leistungen höherer Leistungsphasen die Vermutung nahe liegt, dass sich die Parteien binden wollen und damit ein Vertragsschluss vorliegt,<sup>95</sup> ist entscheidend, ob sich die Parteien tatsächlich vertraglich binden wollen. Dabei kann dies sowohl bei Leistungen der Leistungsphase

83 So zutreffend OLG Düsseldorf BauR 2003, 1251 = NZBau 2003, 442.

84 OLG Düsseldorf 29.2.2008 – 23 U 85/07, NZBau 2009, 457 (458); OLG Düsseldorf 16.1.2003 – 5 U 41/02, BauR 2003, 1251.

85 OLG Frankfurt 7.12.2012 – 10 U 183/11, NZBau 2013, 311 (312).

86 OLG Hamburg 10.2.2011 – 3 U 81/06, IBR 2011, 413 (mAnm Wiesner).

87 OLG Frankfurt 30.4.2012 – 24 U 63/11, NZBau 2012, 505 (506).

88 OLG Hamm 9.9.2008 – 19 U 23/08, IBRRS 2009, 1323.

89 OLG Düsseldorf 29.2.2008 – 23 U 85/07, NZBau 2009, 457 (458).

90 OLG Düsseldorf 22.1.2008 – 23 U 88/07, IBRRS 2008, 1079.

91 OLG München 11.10.1995 – 27 U 12/95, NJW-RR 1996, 341.

92 OLG Düsseldorf 29.2.2008 – 23 U 85/07, NZBau 2009, 457 (458).

93 OLG Celle 17.2.2010 – 14 U 138/09, BauR 2010, 926.

94 OLG Celle 11.12.2003 – 14 U 23/03, BauR 2004, 1969.

95 OLG Hamm 26.9.1989 – 26 U 183/88, NJW-RR 1990, 91.

1 der Fall sein, als auch bei deutlich höheren Leistungsphasen, wie denjenigen der Leistungsphase 6, wenn nur diese Leistungen erbracht werden sollen.<sup>96</sup>

Die Abgrenzung zwischen dem Vertragsabschluss durch schlüssiges Verhalten und der lediglich akquisitorischen Tätigkeit eines Planers ist nahezu fließend, weil in jedem Einzelfall geprüft werden muss, ob aus dem Gesamtverhalten des (potenziellen) Auftraggebers auf dessen rechtlichen Bindungswillen geschlossen werden kann oder nicht. Die damit zwangsläufig verbundenen rechtlichen Unsicherheiten können nur durch klare und beweisbare (schriftliche) Absprachen der Parteien vermieden werden.<sup>97</sup>

## 2. Art der Beauftragung (ausdrücklich, konkludent)

Architektenverträge können sowohl ausdrücklich als auch durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten geschlossen werden. Ein **ausdrücklicher Vertragsschluss** liegt vor, wenn der Äußerung des Antragenden deutlich (und damit ohne Auslegung von Formulierungen und Verhaltensweisen) entnommen werden kann, seinem Gegenüber einen Vertragsschluss antragen zu wollen. Der Annehmende hingegen äußert sich in selbiger Form eindeutig, insbesondere wenn er ohne Einschränkungen seine Zustimmung (bspw. durch „ja“ oder „einverstanden“) erklärt.

Darüber hinaus können sowohl Angebot als auch Annahme in Bezug auf einen Vertragsschluss durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten erklärt werden. Von einer **konkludenten Beauftragung** des Architekten durch den Auftraggeber ist auszugehen, wenn das Verhalten der Parteien auf einen wechselseitigen rechtlichen Bindungswillen schließen lässt.<sup>98</sup> Neben dem Problemkreis der Abgrenzung zu Akquiseleistungen (→ Rn. 20 ff.) ist bei Architektenverträgen auch von Bedeutung, ob eine sog **Verwertungshandlung** vorliegt, welche auf einen Bindungswillen des Auftraggebers schließen lässt, bspw. wenn ein Bauherr die vom Architekten erstellten Pläne im Rahmen der Vermarktung eines Objekts verwendet<sup>99</sup> oder Ausführungspläne auf die Baustelle weiterleitet.<sup>100</sup> Auch eine solche Bewertung obliegt den Umständen des Einzelfalls.

Auch außerhalb eines Vertragsschlusses kann die „heimliche“ **Verwendung einer Entwurfsplanung ohne Zustimmung des Entwurfsverfassers** eine un gerechtfertigte Bereicherung iSd § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 darstellen, so dass der Verwender zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 verpflichtet ist.<sup>101</sup> Etwas anderes kann sich daraus ergeben, dass die Parteien eine ausdrückliche Absprache im Hinblick auf die (kostenfreie) akquisitorische Tätigkeit des Architekten getroffen haben. Dann kann auch eine nachfolgende Verwertungshandlung des Auftraggebers nicht dazu führen, dass ein Vertragsschluss (konkludent) herbeigeführt wird. Ein solches Akquiserechtsverhältnis kann nur dann „aufgehoben“, wenn sich eine der beiden Parteien deutlich äußert, sich nunmehr vertraglich binden zu wollen und die andere Partei zustimmt.<sup>102</sup>

<sup>96</sup> Daher richtigerweise die Anmerkung von Beck HOAI/Berger Syst A I Rn. 42.

<sup>97</sup> So zutreffend auch Lederer HOAI/Lederer Rn. 85 f.; Thode/Wirth/Kuffer ArchitektenR-HdB HOAI § 4 Rn. 85 ff.

<sup>98</sup> Vgl. Locher/Koebler/Frik/Locher/Zahn Einl. Rn. 53; Sangenstedt Ingenieure-HdB A V Rn. 10; Thode/Wirth/Kuffer ArchitektenR-HdB HOAI § 4 Rn. 85 ff.

<sup>99</sup> KG Berlin 22.3.2004 – 24 U 57/01, NZBau 2005, 522.

<sup>100</sup> BGH 6.5.1985 – VII ZR 320/84, NJW-RR 1986, 18.

<sup>101</sup> OLG Celle 20.3.2019 – 14 U 55/18, IBR 2019, 2639 (Anm. Zahn).

<sup>102</sup> Ähnlich OLG Düsseldorf 29.2.2008 – 23 U 85/07, NZBau 2009, 457; Beck HOAI/Berger Syst A I Rn. 44.

### 3. Hinausschieben des Vertragsschlusses nach § 154 BGB

- 28 Nach § 154 Abs. 1 BGB kommt ein Vertragsschluss im Zweifel nicht zustande, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Dies eröffnet den Parteien die Möglichkeit, **den Vertragsschluss durch Bindung an die Einigung über das Honorar hinauszuschieben**, indem der Auftraggeber dem Auftragnehmer gegenüber erklärt, dass zum Vertragsschluss noch über die Höhe bzw. die Berechnungskriterien des Honorars eine Einigung erzielt werden muss.<sup>103</sup>
- 29 Eine Einigung unter Vorbehalt nach § 154 BGB kann jedoch nicht getroffen werden, wenn sich die Vertragsparteien trotz der noch offenen Honorarvereinbarung **erkennbar vertraglich binden wollen**.<sup>104</sup> Ein konkludenter Vertragsschluss kann darin liegen, dass die Parteien mit der Vertragsausführung, insbesondere der Auftragnehmer mit der Leistungserbringung, beginnt. Die Parteien setzen sich in diesem Fall durch gemeinsame rechtsverbindliche Erklärungen über den einst erklärten Vorbehalt hinweg und machen diesen hierdurch hinfällig.

### 4. Werkerfolg

- 30 Der Unternehmer als Vertragspartei eines als werkvertragsähnlichen Vertrag bezeichneten Architekten- und Ingenieurvertrags schuldet gemäß § 650 q Abs. 1 iVm § 631 Abs. 2 einen Werkerfolg. Dieser ist abhängig von der vertraglichen Vereinbarung, insbesondere den vereinbarten Leistungsphasen bzw. Grundleistungen.

### 5. Wesentliche Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*)

- 31 Um einen Vertragsschluss herbeizuführen, muss das Angebot alle wesentlichen Vertragspunkte (sog *essentialia negotii*) enthalten. Soweit die wesentlichen Vertragspunkte nicht bestimmt wurden, müssen diese jedenfalls anhand der Erklärung der antragenden Partei bestimmbar sein.<sup>105</sup> Nur dann, wenn der Erklärungsinhalt bei vernünftiger Betrachtung vom Empfängerhorizont aus eine sinnvolle, den angestrebten Vertragszweck erkenntlich machende, in sich geschlossene, verständliche Regelung enthält, kann ist der Vertragsgegenstand bestimmt oder jedenfalls bestimmbar.<sup>106</sup> Ohne die Vereinbarung der wesentlichen Vertragspunkte fehlt dem Antrag die Bestimmtheit, so dass keine für einen Vertragsschluss vorausgesetzte wirksame Willenserklärung vorliegt.
- 32 Alternativ kann einer Partei ein **Leistungsbestimmungsrecht** (§ 315) im Hinblick auf die wesentlichen Vertragspunkte auferlegt werden, so dass diese hierdurch eine Klärung erfahren.<sup>107</sup> Dies ermöglicht den Vertragsparteien die Konkretisierung der geschuldeten Leistung vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu lösen, indem einer Partei (oder einem Dritten, §§ 317–319) aufgrund einer aus-

103 Korbion/Mantscheff/Vygen/*Galda* HOAI § 7 Rn. 30, 34; Jochem/Kaufhold HOAI § 7 Rn. 87; *Koebler* BauR 1977, 372, 376.

104 BGH 6.12.2001 – III ZR 296/00, NJW 2002, 817 (818); BGH 20.6.1997 – V ZR 39/96, NJW 97, 2671; BGH 24.2.1983 – I ZR 14/81, NJW 1983, 1727 (1728); Palandt BGB § 154 Rn. 2.

105 BGH 16.3.2006 – III ZR 152/05, NJW 2006, 1971 (1972); BGH 9.11.1966 – V ZR 39/64, NJW 1967, 153.

106 MüKoBGB/*Busche* BGB § 145 Rn. 6.

107 BGH 23.4.2015 – VII ZR 131/13, NZBau 2015, 439 (431).



drücklich oder stillschweigenden Vereinbarung vorbehalten bleibt, den Leistungsinhalt zu bestimmen.<sup>108</sup>

Die **wesentlichen Vertragspunkte** eines Architekten- und Ingenieurvertrages sind die Vertragsparteien sowie eine grobe Umschreibung des Vertragsgegenstandes. Letzteres ist auch vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber nunmehr unter § 650 p Abs. 2 eine sog **Zielfindungsphase** eingeführt hat, nicht entbehrlich. Gegenstand der Zielfindungsphase ist, dass die Parteien die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele festlegen. Hierbei handelt es sich um die Anforderungen an das Objekt in qualitativer, quantitativer, kostenmäßiger und zeitlicher Hinsicht → Rn. 76 ff. Erst wenn die Parteien den **Vertragsgegenstand wenigstens grob umschrieben** haben, liegen die wesentlichen Vertragsbestandteile vor und der Vertrag kommt zustande. Denn ohne jedenfalls grobe Umschreibung des Vertragsinhalts würde der Leistungsgegenstand des Vertrages fehlen und wäre daher gänzlich unbestimmt. Daher müssen die Parteien jedenfalls eine äußerst grobe Vorstellung von dem Leistungsobjekt haben. Dies entspricht auch den Vorstellungen des Gesetzgebers, wenn er die Zielfindungsphase für die Fälle vorsieht, „in denen sich der Besteller mit noch vagen Vorstellungen von dem zu planenden Bauvorhaben oder der Außenanlage an den Architekten oder Ingenieur wendet“.<sup>109</sup> Diese „vagen Vorstellungen“ führen dazu, dass der Vertragsinhalt bestimmt oder jedenfalls bestimmbar ist und der Vertrag überhaupt erst zustande kommen kann. Die Zielfindungsphase ergänzt den Vertragsinhalt dahin gehend, dass die darüberhinausgehenden wesentlichen Planungs- und Überwachungspflichten vereinbart werden. Der Gesetzgeber hatte daher einen Fall vor Augen, in dem „zwar fest steht, welchen Zweck das zu planende Gebäude haben soll, jedoch noch wesentliche Fragen, wie etwa die Art des Daches, die Zahl der Geschosse oder ähnliche für die Planung grundlegende Fragen offen sind“.<sup>110</sup> Unzutreffend ist daher, wenn in der Literatur teilweise angenommen wird, dass die gesetzliche Verankerung einer Zielfindungsphase in § 650 p Abs. 2 den eigentlich unvollständigen Vertrag rette.<sup>111</sup> Denn wie soll der Unternehmer eine Planungsgrundlage und eine Kosteneinschätzung vornehmen, wenn ihm bereits die groben Anhaltspunkte zur Bildung des Leistungsobjektes fehlen? Die Parteien müssen sich jedenfalls auf eine (wenn auch vage) Bestimmung des Leistungsgegenstandes eingelassen haben. Ferner hinkt der Vergleich zu § 632, welcher die fehlende Vergütungsvereinbarung fingiere.<sup>112</sup> Anders als § 650 p Abs. 2 bestimmt § 632 eine klare Rechtsfolge, indem die übliche Vergütung als vereinbart gelten soll. § 650 p Abs. 2 enthält lediglich eine Obliegenheit der Parteien zur Durchführung der Zielfindungsphase sowie die Pflicht des Unternehmers, eine Planungsgrundlage sowie Kosteneinschätzung dem Besteller vorzulegen. Einigen sich die Parteien daraufhin nicht über die wesentlichen Vertragsziele, trifft § 650 p Abs. 2 keine weitere Regelung. Eine Fiktion kann nur dann erfolgen, wenn die Rechtsnorm für das Fehlen bestimmter Umstände eine klare Rechtsfolge regelt. § 650 p Abs. 2 baut daher auf dem Umstand auf, dass die Parteien (wenn auch vage) den **Vertragsgegenstand bereits festgelegt** haben und der **Vertrag hierdurch jedenfalls bestimmbar** ist.

33

108 BGH 23.4.2015 – VII ZR 131/13, NZBau 2015, 439 (431); *Mugdan* S. 191; *Palandt/Grüneberg* BGB § 315 Rn. 1, 4; *Staudinger/Rieble* BGB § 315 Rn. 6.

109 BT-Drs. 18/8486, S. 67.

110 BT-Drs. 18/8486, S. 67.

111 So etwa BeckOK BauvertrR/*Fuchs* BGB § 650 p Rn. 94.

112 So etwa BeckOK BauvertrR/*Fuchs* BGB § 650 p Rn. 94.



- 34 Die **Honorierung** ist nicht Bestandteil der wesentlichen Vertragspunkte, da diese auch über § 650 q Abs. 1 iVm § 632 (ggf. iVm den Vorschriften der HOAI) bestimmt werden kann.

### 6. Form der Beauftragung (mündlich, schriftlich)

- 35 Werkverträge und damit auch Planungsverträge können **grundsätzlich formfrei** abgeschlossen werden.<sup>113</sup> Einige Besonderheiten seien aber kurz hervorgehoben.

#### a) Mündliche Beauftragung

- 36 Von der konkludenten Beauftragung eines Planers ist die ausdrückliche, jedoch nur mündliche Beauftragung durch den Bauherrn zu unterscheiden.<sup>114</sup> Anders als bei der konkludenten Beauftragung liegen hier ausdrückliche Erklärungen der Parteien vor. Die mündliche Erklärung des Bauherrn ist zwar wirksam, im Streitfall jedoch (für beide Seiten) nur schwer nachweisbar und deshalb unter dem Gesichtspunkt der Beweisbarkeit für die Praxis abzulehnen. Um Zweifel darüber zu vermeiden, ob ein bestimmtes Verhalten zu einem konkludenten Vertragsabschluss führt oder in welchem Umfang mündliche Erklärungen der Parteien im Streitfall auch nachweisbar sind, empfiehlt sich ebenso der Abschluss eines schriftlichen Planungsvertrags.<sup>115</sup> Hinzu kommen bei Architekten- und Ingenieurverträgen finanzielle Nachteile für den Architekten oder Ingenieur bei fehlender schriftlicher Honorarvereinbarung nach § 7 HOAI, → Rn. 37 ff.

#### b) Gesetzliche Formvorschriften

##### aa) Honorarvereinbarungen nach § 7 HOAI

- 37 Üblicherweise unterbreitet der Auftragnehmer in der Praxis ein schriftliches Leistungs- und Honorarangebot, welches der Auftraggeber seinerseits durch Abgabe einer eigenen schriftlichen Erklärung beauftragt. Im Hinblick auf die Beweisbarkeit des Zustandekommens und Inhalts des Vertrages ist zu empfehlen, den Vertragsinhalt durch Unterschrift in einer gemeinsamen Urkunde (in Form eines Architekten- oder Ingenieurvertrages) zu fixieren. Dies empfiehlt sich auch im Hinblick auf § 7 Abs. 1, 5 HOAI, wonach **Honorarvereinbarungen der Schriftform genügen** müssen, soll ein Honorar oberhalb der Mindestsätze vereinbart werden. Denn auch wenn gute Gründe für die Unionrechtswidrigkeit der entsprechenden Regelungen der HOAI bestehen, ist bislang hierzu keine ausdrückliche Entscheidung durch den EuGH und ebenfalls keine Entscheidung durch den BGH erfolgt, → Rn. 39 ff. Schriftform nach § 126 Abs. 2 S. 1 bedeutet, dass alle vertragsrelevanten Erklärungen in **einer Urkunde** enthalten sein müssen und diese Urkunde von allen Parteien zu unterzeichnen ist.<sup>116</sup> Daher reichen getrennte schriftliche Erklärungen der Parteien nicht aus, um der von § 7 HOAI vorgeschriebenen Schriftform zu genügen. Andernfalls könnte sich der Auftraggeber (sollte das Schriftformerfordernis wirksam sein) – trotz Vereinbarung eines Honorars oberhalb der Mindestsätze – auf die Geltung des Mindestsatzhonorars berufen. Gem. § 126 a kann die strenge gesetzliche Schriftform von den Parteien einvernehmlich durch die elektronische Form mit

113 Vgl. auch Thode/Wirth/Kuffer ArchitektenR-HdB HOAI § 4 Rn. 119 ff.

114 Dazu *Lederer* Rn. 82 ff.; Sangenstedt Ingenieure-HdB A V Rn. 11.

115 So auch *Lederer* Rn. 88 ff.; Sangenstedt Ingenieure-HdB A V Rn. 5.

116 Vgl. auch *Pott/Fahlboff/Kniffka* HOAI § 4 Rn. 6.

qualifizierter elektronischer Signatur nach dem Signaturgesetz ersetzt werden.<sup>117</sup>

Das Erfordernis der Schriftform in § 7 HOAI bezieht sich ausschließlich auf die Honorarvereinbarung, so dass den Parteien offensteht, die übrigen vertraglichen Regelungen ebenfalls schriftlich zu vereinbaren.<sup>118</sup>

Der EuGH hat mit Urteil vom 4.7.2019<sup>119</sup> der Klage der Kommission stattgegeben und hierbei festgestellt, dass die Regelungen der HOAI gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV und gegen die Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) verstoßen. Durch die Regelungen der HOAI, insb. die Mindest- und Höchstonorare, werden nach Ansicht des EuGH neue Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten am Zugang zum deutschen Markt gehindert. Die HOAI schränke insoweit die Möglichkeiten derjenigen ein, denen es weniger leicht falle, sich auf dem deutschen Markt einen Kundenstamm aufzubauen, indem sie durch Angebote gleichwertiger Leistungen zu Preisen unter den verbindlichen Mindesttarifen bzw. höherwertiger Leistungen zu Preisen über den Höchstattarifen konkurrieren. Diese Beschränkungen seien nach Bewertung des EuGH auch nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Insbesondere gelang es der BRD nicht nachzuweisen, dass die Mindestsätze der HOAI geeignet sind, die Erreichung des Ziels einer hohen Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten und den Verbraucherschutz sicherzustellen. Dies insbesondere deshalb, da die Planungsleistungen nicht bestimmten Berufsständen vorbehalten seien, die einer zwingenden berufs- oder kammerrechtlichen Aufsicht unterliegen, sondern neben Architekten und Ingenieuren auch andere nicht reglementierte Dienstleistungsanbieter Planungsleistungen erbringen können. Die von der BRD unter Verweis auf den Verbraucherschutz verteidigten Höchstsätze seien außerdem nicht gerechtfertigt, da das Ziel des Schutzes der Kunden vor überhöhten Honorarforderungen auch dadurch erreicht werden könne, dass dem Kunden geeignete Informationen zur Verfügung stünden, anhand deren er einschätzen könne, wie sich der von ihm geforderte Preis in den Rahmen üblicher Preise einfüge.

Im Anschluss an das Urteil des EuGH ist ein Streit nationaler Oberlandesgerichte darüber entstanden, ob die Feststellungen des EuGH aufzugreifen sind und aufgrund des Anwendungsvorrangs der unionsrechtlichen Normen die **Unwirksamkeit der europarechtswidrigen HOAI-Regelungen** besteht<sup>120</sup> oder ob zunächst der nationale Gesetzgeber zur Anpassung der HOAI tätig werden muss.<sup>121</sup> In letzterem Fall würden bis dahin die Vorschriften zu den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI weiter fortgelten. Das LG Dresden<sup>122</sup> hat eine Aufstockungsklage ausgesetzt sowie dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die maßgeblichen Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie – unabhängig vom Ausgang des Vertragsverletzungsverfahrens – der Anwendbarkeit des zwingenden Preisrechts der HOAI entgegenstehen. Das Vorlageverfahren ist beim EuGH

117 BGBl. I 2001 S. 876; näher dazu *Rofsnagel* NJW 2001, 1917; *Hähnchen* NJW 2001, 2831.

118 *Eich* zu OLG Jena 9.1.2008 – 2 U 413/07, IBR 2009, 395; *Korbion/Mantscheff/Vygen/Galda* HOAI § 7 Rn. 15; *Jochem/Kaufhold* HOAI § 7 Rn. 50; *Koebler* BauR 1977, 372, 375; *Locher/Koebler/Frik/Koebler* HOAI § 7 Rn. 46.

119 EuGH 4.7.2019 – C-377/17.

120 OLG Düsseldorf 17.9.19 – 23 U 155/18; OLG Celle 14.8.2019 – 14 U 198/18; 23.7.2019 – 14 U 182/18; 17.7.2019 – 14 U 188/18; vgl. auch die Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 4. Juli 2019, Az. I B6-20614/001.

121 OLG Hamm 23.7.2019 – 21 U 24/18; KG Berlin 19.8.19 – 21 U 20/19; Hinweisbeschluss des OLG München 8.10.19 – 20 U 94/19.

122 LG Dresden 8.2.18 – 6 O 1751/15, BeckRS 2018, 44863.

noch anhängig und war bis zur Verkündung des Urteils im Vertragsverletzungsverfahren ausgesetzt.<sup>123</sup> Tatsächlich sind die nationalen Gerichte aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts dazu verpflichtet, ab sofort die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI (Mindest- und Höchstsätze) nicht mehr anzuwenden. Dies ergibt sich aus, dass sich die Dienstleistungsrichtlinie von den herkömmlichen Richtlinien, die der Harmonisierung dienen, dadurch unterscheidet, dass sie wie das Primärrecht zugleich bestehende Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern und für die Dienstleistungsfreiheit beseitigen soll, so dass eine **Anpassung an das interstaatliche Recht nicht erforderlich** ist.<sup>124</sup>

**Rechtsfolgen der Unionrechtswidrigkeit** der Vorschriften zu Mindest- und Höchstsätzen der HOAI bestehen darin, dass die zwischen den Vertragsparteien getroffene Honorarvereinbarung in ihrer Höhe bindend ist, ohne durch Mindest- oder Höchstsätze beschränkt zu sein.<sup>125</sup> Dabei ist weder die HOAI in ihrer Gesamtheit für unwirksam erklärt worden, so dass die übrigen HOAI-Regelungen (insb. § 10 HOAI zu Nachträgen) fortgelten, noch schreibt diese ein konkretes zwingendes Honorar vor. Die HOAI enthält vielmehr ein Preisrahmenrecht, wonach die Vertragsparteien ein Honorar innerhalb eines durch Mindest- und Höchstsätze festgelegten Preisrahmens (§ 6 HOAI) vereinbaren können. Lediglich die Unterschreitung des Mindestsatzes und Überschreitung des Höchstsatzes ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden (§ 7 Abs. 3, 4 HOAI), welche nunmehr keine Beachtung mehr finden, da die Mindest- und Höchstsatzregelungen für unionswidrig erklärt wurden. Da die Vertragsparteien üblicherweise das Honorar unter Bezugnahme auf die Berechnungsgrundsätze der HOAI bestimmen und es sich hierbei um eine privatrechtliche Vereinbarung handelt, bleibt die Honorarermittlung selbst von dem Unionsrechtsverstoß unangetastet.

In zeitlicher Hinsicht gilt die Unwirksamkeit der Mindest- und Höchstsatzregelungen der HOAI **seit dem 29.9.2009**, da am 28.9.2009 die Umsetzungsfrist der Dienstleistungsrichtlinie abgelaufen ist und die Unwirksamkeit der entsprechenden HOAI-Normen seither besteht, ohne dass es einer Feststellung des EuGH bedurft hätte.<sup>126</sup>

Das Urteil des EuGH umfasst in jedem Fall die Vorschriften zur Geltung der Mindest- und Höchstsätze nach § 7 Abs. 1-4 HOAI, welche ausdrücklich genannt wurden.<sup>127</sup> Hingegen enthält das Urteil des EuGH<sup>128</sup> keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Formvorschrift des § 7 Abs. 5 HOAI, welche die Geltung der Mindestsätze regelt, sofern die Vertragsparteien bei Auftragserteilung keine schriftliche Honorarvereinbarung treffen. Fraglich ist, ob § 7 Abs. 5 HOAI durch seinen Verweis auf Abs. 1 („dass die jeweiligen Mindestsätze gemäß Absatz 1 vereinbart sind“) auch von der Unwirksamkeit erfasst ist. Nach Ansicht des LG Bonn,<sup>129</sup> des OLG Düsseldorf<sup>130</sup> und des OLG Celle<sup>131</sup> sei § 7 Abs. 5 HOAI untrennbar systematisch mit der Mindestsatzregelung in § 7 Abs. 1 HOAI verknüpft und deshalb ebenfalls unionsrechtswidrig. In der Folge könne

123 EuGH C-137/18.

124 OLG Celle 14.8.19 – 14 U 198/18.

125 OLG Celle 23.7.19 – 14 U 182/18.

126 OLG Rostock 2.10.19 – 17 Verg 3/19; Leupertz/Preussner/Sienz/Fuchs, BeckOK BauvertragsR BGB § 650 p Rn. 15 a ff.

127 EuGH 4.7.19 – C-377/17.

128 EuGH 4.7.19 – C-377/17.

129 LG Bonn 18.9.19 – 20 O 299/16.

130 OLG Düsseldorf 17.9.19 – 23 U 155/18.

131 OLG Celle 23.7.2019 – 14 U 182/18; OLG Celle 14.8.2019 – 14 U 198/18.

das Planerhonorar auch mündlich wirksam vereinbart werden, ohne auf die Mindestsätze zurückzufallen. Erste Literaturstimmen hingegen vertreten die Ansicht, dass die Formvorschrift des § 7 Abs. 5 HOAI fortgilt.<sup>132</sup> Zutreffend ist, dass sich der EuGH in seinem Urteil zur HOAI nicht mit der Mindestsatzfiktion befasst und damit auch hierüber kein Urteil getroffen hat. Unabhängig hiervon ist für die Wirksamkeit der Mindestsatzfiktion ebenso entscheidend, ob diese einen Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie darstellt und nicht, ob der EuGH dies bestätigt. Gemäß Art. 15 Abs. 1 der DLR müssen die Mitgliedstaaten prüfen, ob ihre Rechtsordnung die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von der Beachtung festgesetzter Mindest- und/oder Höchstpreise abhängig macht. Solche Anforderungen sind nur zulässig, wenn die in Art. 15 Abs. 3 DLR vorgegebenen Bedingungen erfüllt sind. Die Anforderungen dürfen daher keine Diskriminierung darstellen und sie müssen zur Verwirklichung eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses erforderlich und verhältnismäßig sein. Aus den oben genannten Gründen sind die Voraussetzungen für die Reglementierung von Architekten- und Ingenieurhonoraren durch Mindest- und Höchstsätze nicht erfüllt. Dies gilt auch für die Mindestsatzfiktion, die ausschließlich für den Fall einer formunwirksamen Einigung gilt.<sup>133</sup> Die Deklaration als Formvorschrift kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Norm im ihrem Anwendungsbereich die Geltung des Mindestsatzes als Rechtsfolge regelt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass eine Bindung an die Mindestsätze insoweit nicht vorliegt, als es den Vertragsparteien freisteht, eine Honorarvereinbarung (auch ohne Bindung an die Mindest- und Höchstsätze) unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 5 HOAI zu schließen.<sup>134</sup> Denn hierbei handelt es sich lediglich um eine (beschränkte) Möglichkeit zur freien Preisvereinbarung<sup>135</sup> und ändert nichts daran, dass die Mindestsätze Anwendung finden, wenn (wie so oft in der Praxis) die Schriftform nicht gewahrt ist oder die strengen Grenzen des Zeitpunkts der Auftragserteilung nicht erfüllt sind. Für diesen Fall greift die Mindestsatzfiktion und damit auch die Benachteiligung gegenüber Anbietern anderer Mitgliedstaaten, welche nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Gerechtfertigt wird dies auch nicht durch die Gesetzesbegründung, wonach die Mindestsatzfiktion im Wesentlichen eine Klarstellungs- und Schutzfunktion hat („Die Vertragsparteien sollen ihre Vereinbarungen bei Auftragserteilung treffen. Rechtzeitig getroffene Vereinbarungen tragen dazu bei, spätere Unklarheiten und Streitigkeiten zu vermeiden. Sie werden, sofern rechts-gültig zustande gekommen, den Bedürfnissen des Einzelfalles grundsätzlich eher gerecht als spätere Korrekturen mit Hilfe der Gerichte oder von Sachverständigen.“<sup>136</sup>). Durch die Mindestsatzfiktion werden ebenfalls neue Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten am Zugang zum deutschen Markt gehindert. Hinzu kommt, dass die Regelung durch keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie gerechtfertigt ist. Hierbei handelt es sich um deutlich gewichtigere Gründe, wie bspw. Schutz von Dienstleistungsempfängern, Schutz der Umwelt und der städtischen Umwelt einschließlich der Stadt- und Raumplanung oder Schutz des

132 Scharfenberg IBR 2019, 437; Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483, 486 f.; Leupertz/Preussner/Sienz/Fuchs, BeckOK BauvertragsR BGB § 650 p Rn. 15 a ff.

133 OLG Düsseldorf 17.9.19 – 23 U 155/18.

134 So auch OLG Düsseldorf 17.9.19 – 23 U 155/18 unter Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts vom 28.2.2019, C-377/17 Rn. 49 f.; a. A. Scharfenberg IBR 2019, 437; Fuchs/van der Hout/Opitz NZBau 2019, 483, 486 f.

135 OLG Düsseldorf 17.9.19 – 23 U 155/18.

136 BR-Drucks. 270/76 S. 8.

geistigen Eigentums sowie kulturpolitische Zielsetzungen.<sup>137</sup> Folge der Unwirksamkeit von § 7 Abs. 5 HOAI ist, dass für die Honorarermittlung nicht der Mindestsatz zur Anwendung kommt, sondern der Honorarsatz nach der tatsächlichen Vereinbarung der Vertragsparteien. Dabei trägt der Auftragnehmer im Hinblick auf die Geltendmachung des Honorars die Darlegungs- und Beweislast für die Honorarhöhe bzw. die Honorarberechnungsparameter.

### bb) Öffentlich-rechtliche Formvorschriften

- 40 Bei Verträgen mit öffentlichen Einrichtungen können Formvorschriften zur Anwendung gelangen, welche sich in Gemeinde- sowie Landkreisordnungen oder kirchenrechtlichen Vorschriften befinden. Hiernach bedürfen oftmals Erklärungen, durch welche sich eine öffentliche Einrichtung bindet, der Schriftform oder muss in elektronischer Form mit einer dauerhaft überprüfbaren Signatur versehen sein. Auch wird oftmals vorgeschrieben, dass der Bürgermeister bzw. Landrat die Erklärung unterzeichnen muss. Hierbei handelt es sich um eine Vertretungsregelung der öffentlichen Einrichtung, welche bei ihrer Verletzung dazu führt, dass der Vertrag nicht etwa nichtig gemäß § 125 ist, sondern nur schwebend unwirksam und durch eine nachträgliche Genehmigung geheilt werden kann.<sup>138</sup> Dabei kann sich die Gemeinde auf einen Formverstoß nicht berufen, wenn das zuständige Gemeindeorgan die Ausführung der Leistungen bspw. durch Zuschlag im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens gebilligt hat.<sup>139</sup> Zudem bestünden auch bei Versagen der Genehmigung trotz Inanspruchnahme der Leistung in der Regel bereicherungsrechtliche Ansprüche, welche sich für das Architektenhonorar nach den Mindestsätzen der HOAI richten würden.<sup>140</sup>

### c) Schriftformklauseln

- 41 Für **Schriftformklauseln** in Planungsverträgen gelten die strengen gesetzlichen Bestimmungen des § 126 Abs. 2 S. 1 nicht. Vereinbaren die Parteien also zB im Planungsvertrag, dass Nachtragsvereinbarungen nur gültig sind, wenn sie schriftlich zustande kommen,<sup>141</sup> so reicht es gem. § 127 Abs. 2 aus, wenn die wechselseitigen Erklärungen der Parteien in zwei getrennten Schriftstücken erfolgen. Vor der weit verbreiteten Unsitte, im Vertrag zwar eine Schriftform für Nachträge und sonstige Vertragsergänzungen zu vereinbaren, diese Klausel während der Vertragsabwicklung jedoch schlicht unbeachtet zu lassen, ist schon aus Gründen der Dokumentation und der Beweisbarkeit dringend zu warnen. Auch die vermeintliche AGB-Widrigkeit von Schriftformklauseln ist häufig kein Allheilmittel, schon deshalb nicht, weil gerade bei Planungsverträgen häufig der Planer selbst die Vertragsbedingungen iSv § 305 Abs. 1 S. 1 stellt und er keinen Schutz vor seinen eigenen AGB genießt.<sup>142</sup>

### d) Einhaltung einer vereinbarten Schriftform nach § 154 Abs. 2

- 42 Den Vertragsparteien ist es auch anheimgestellt, eine Vereinbarung zu treffen, wonach der Architektenvertrag ausschließlich unter Einhaltung der Schriftform

137 40. Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/123.

138 BGH 4.12.2003 – III ZR 30/02, DNotI-Report, 2004, 26.

139 BGH 20.1.1994 – VII ZR 174/92, NJW 1994, 1528; OLG Stuttgart 15.2.2000 – 10 U 118/99, ZfBR 2001, 39 (41).

140 OLG Brandenburg 30.6.2016 – 8 U 97/15.

141 Zur Wirksamkeit solcher Schriftformklauseln in Bauverträgen vgl. ausführlich Kapellmann/Schiffers Bd. 1 Rn. 948 ff.

142 Dazu BGH NJW 2004, 502.