

8. Deutscher Baugerechtstag

**am 21./22. Mai 2021
in Hamm/Westf.**

**Thesen
der Arbeitskreise I bis XII**

INHALT

Thesen

Einführung	3
Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht und Arbeitskreis X – Baubetrieb	5
Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht	11
Arbeitskreis XII – Bauträgerrecht	24
Arbeitskreis XII – Bauträgerrecht	38

Liebe Leser,

der 8. Deutsche Baugerichtstag findet am 21./22.05.2021 statt! In Zeiten der Covid-19 Pandemie allerdings nicht als Präsenzveranstaltung, sondern virtuell. Damit die besondere Atmosphäre und Diskussionskultur des Kongresses dennoch bestmöglich gewahrt bleibt, werden die Plenarveranstaltung und die Sitzungen der tagenden Arbeitskreise professionell digital produziert werden.

Live! Interaktiv! Innovativ!

Und wie immer in der zwar noch jungen aber dennoch schon ereignisreichen Geschichte des DBGT haben zahlreiche namhafte Wissenschaftlicher und Praktiker aus fast allen Fakultäten des Bauens mit viel Aufwand und Sachverstand interessante Themen herausgearbeitet und so weit zugespitzt, dass sie Ihnen nun in diesem Sonderheft der BauR als Thesen vorgestellt werden können. Diese Thesenpapiere sind die Grundlage für die Tätigkeit des Baugerichtstages selbst, für die er wiederum auf Ihre Mitarbeit angewiesen ist. Sie informieren über die Ergebnisse der Vorarbeiten in den einzelnen Arbeitskreisen und laden ein, sich weiterführend mit der jeweiligen Thematik zu beschäftigen, die dann auf dem Baugerichtstag kontrovers diskutiert werden soll. Nur auf diese Weise erfüllt der DBGT seine Funktion, Interessen und Meinungen in einem sachlich fundierten Diskurs so zu fokussieren, dass am Ende dieses Prozesses praxisgerechte und rechtsdogmatisch belastbare Empfehlungen an den Gesetzgeber stehen.

Wie fragil dieser Prozess ist, zeigt sich am immer noch neuen Bauvertragsrecht, an dessen Entstehung der Deutsche Baugerichtstag maßgeblich beteiligt war. Diese neuen, in ihren Grundannahmen und vielen Details durchaus gelungenen Vorschriften bahnen sich dennoch nur langsam ihren Weg in die Realität. Das mag zu einen mit den Trägheitskräften einer jahrzehntelang anderweitig eingübten Vertragspraxis zu tun haben, entspringt aber zum anderen wohl auch dem Umstand, dass vereinzelt wichtige Regelungen Eingang in das Gesetz gefunden haben, die allenthalben als nicht akzeptabel oder zumindest als nur schwer umsetzbar empfunden werden. Sinnbildlich dafür steht das sog. „Einigungsmodell“ in § 650b Abs. 1 BGB, das in einer Weise impraktikabel ist, die nicht nur Großbaustellen rasch zu einem unkalkulierbaren Risiko werden lassen kann. Gerade diese Regelungen sind an den Empfehlungen des DBGT und den Erwägungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJV vorbei auf Kanälen in den Gesetzesentwurf geraten, die einem breit angelegten Meinungsbildungsprozess entzogen waren.

Der DBGT hat aus diesen Entwicklungen gelernt. Er hat sich in mehreren Arbeitskreisen schon in der Vorbereitung der Thesenpapiere in öffentlichen Sitzungen verstärkt darum bemüht, die Meinungen, Auffassungen und Anregungen derjenigen wahrzunehmen und aufzugreifen, die von der erhofften Umsetzung der Empfehlungen betroffen sein werden. Dazu gehört auch, Verbänden und Interessenvertretungen, deren Stimme nicht erst im politischen Meinungsbildungsprozess Kraft entfalten soll, frühzeitiger Gelegenheit zur Darlegung der Vorstellungen der von ihnen Vertretenen zu gewähren. Dem-

entsprechend haben insbesondere die vereinten Arbeitskreise I b und X (Bauvertragsrecht und Baubetrieb) und der Arbeitskreis IV (Architektenrecht) im Rahmen ihrer Vorberatungen den vorerwähnten Gruppierungen Gelegenheit eingeräumt, Ihre Erfahrungen, Anregungen und Bedürfnisse so rechtzeitig einzubringen, dass sie konstruktiver Bestandteil eines geordneten Meinungsbildungsprozesses werden können. Die ersten Erfahrungen mit dieser leicht nachjustierten Praxis der Arbeitskreise sind sehr positiv. Wir hoffen und erwarten, dass sie den Beratungen und Empfehlungen des Baugerichtstages über das schon bisher erreichte Maß hinaus Relevanz verleihen und Gehör verschaffen werden.

Seien Sie dabei, wenn in vier Arbeitskreisen spannende Themen diskutiert und zu Empfehlungen an den Gesetzgeber verdichtet werden.

- **AK Ib – Bauvertragsrecht/AK X – Baubetrieb:**
Schaffung gesetzlicher Regelungen für bauzeitliche Ansprüche
- **AK IV – Architektenrecht:**
Reformbedarf HOAI 202x!
- **AK XII – Bauträgerrecht:**
Schaffung gesetzliche Regelungen zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums und zur Erwerbersicherheit im Bauträgerrecht

Bitte informieren sie sich im Einzelnen anhand der folgenden Thesenpapiere über die Tätigkeit der einzelnen Arbeitskreise. Wir würden uns sehr freuen, Sie auf dem 8. Deutschen Baugerichtstag als virtuellen Teilnehmer eines dieser Arbeitskreise begrüßen zu dürfen.

Der Vorstand des Deutschen Baugerichtstags e.V.

Arbeitskreis Ib – Bauvertragsrecht und Arbeitskreis X – Baubetrieb

Gemeinsame Arbeitskreisleiter Arbeitskreis Ib

Dr. Birgit Franz, Köln

Dr. Birgit Franz ist Gründerin der im Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht spezialisierten Kanzlei franz + partner rechtsanwälte mbB. Sie berät und vertritt seit mehr als 25 Jahren Bauunternehmen ebenso wie Investoren in allen Bereichen des Bau- und Vergaberechts. In dieser Funktion ist Frau Franz regelmäßig mit der Ausarbeitung bauzeitlicher Ansprüche ebenso wie mit deren Abwehr befasst. Neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit ist Frau Dr. Franz Autorin diverser Fachveröffentlichungen und Herausgeberin des demnächst in 2. Auflage erscheinenden Handbuchs Baunebenrechte. Sie ist stellvertretende Vorstandsvorsitzende der ARGE Baurecht im Dt. Anwaltverein und regelmäßige Referentin bei verschiedenen Seminarveranstaltungen.

Andreas J. Roquette, LL.M. (NYU), Berlin

Andreas J. Roquette ist Partner in der Kanzlei CMS Hasche Sigle und neben seiner anwaltlichen Tätigkeit auch regelmäßig als Schiedsrichter und Schlichter tätig. Das Thema Bauzeit/gestörte Bauabläufe ist ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit. Er ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen im nationalen und internationalen Baurecht, u.a. auch des demnächst in 4. Auflage gemeinsam mit Prof. Markus Viering und Prof. Stefan Leupertz herausgegebenen Handbuchs Bauzeit. Ferner ist er auch regelmäßiger Dozent bei Seminaren, insbesondere zum Thema Bauzeit.

Referenten

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch, Essen

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch ist Inhaber des Lehrstuhls für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der Hochschule Bochum sowie Partner einer Ingenieursozietät für baubetriebliche Fragestellungen, Beratungen und Schlichtung bei Vergütungsstreitigkeiten und Bauablaufstörungen.

Herr Prof. Dr.-Ing. Kattenbusch ist von der Ingenieurkammer Bau NRW als Sachverständiger öf-

fentlich bestellt und vereidigt auf dem Fachgebiet „Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau sowie Bauablaufstörungen“.

Mehrfache Leitung des Arbeitskreis X (Baubetrieb) des deutschen Baugerichtstags.

Darüber hinaus ist er Autor diverser Veröffentlichungen und leitet den Arbeitskreis Baurecht und Baubetrieb in der deutschen Gesellschaft für Baurecht.

Dr. Stefan Althaus, München

Rechtsanwalt Dr. Stefan Althaus, Partner der Sozietät Goede Althaus Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Wirtschaftsmediator (IHK). Er berät und vertritt überwiegend öffentliche Auftraggeber auf dem Gebiet des Bauvertragsrechts; daneben ist er als Schiedsrichter und Mediator tätig. Er ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Privaten Baurecht. u.a. Mitautor des Beck'schen Kommentars zur VOB/B, des Kommentars Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht und Herausgeber des Werkes Althaus/Bartsch, Nachträge am Bau.

VorsRi KG Björn Retzlaff, Berlin

VRiKG Björn Retzlaff ist Vorsitzender des 21. Zivilsenats am Berliner Kammergericht, der für Bausachen und allgemeine Zivilsachen zuständig ist. Zuvor war er Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen am Landgericht Berlin. Nebenberuflich ist er als Schiedsrichter und Dozent tätig und Mitherausgeber der Zeitschrift BauR.

Weitere Beteiligte des Arbeitskreises:

Prof. Dr. techn. Ralph Bartsch, Bartsch Warning, München

Dr. Gerolf Sonntag, Kapellmann und Partner, Mönchengladbach

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Philipps-Universität Marburg

Gemeinsame Arbeitskreisleiter Arbeitskreis X

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

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

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch, Düsseldorf

Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch ist Inhaber des Lehrstuhls für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der Hochschule Bochum sowie Partner einer Ingenieursozietät für baubetriebliche Fragestellungen, Beratungen und Schlichtung bei Vergütungsstreitigkeiten und Bauablaufstörungen.

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

Mehrfache Leitung des Arbeitskreis X (Baubetrieb) des deutschen Baugerichtstags.

Darüber hinaus ist er Autor diverser Veröffentlichungen und leitet den Arbeitskreis Baurecht und Baubetrieb in der deutschen Gesellschaft für Baurecht.

A. Thema des Arbeitskreises

Gesetzliche Regelung bauzeitlicher Ansprüche

Da dieses Thema Juristen und Baubetriebswirte gleichermaßen beschäftigt, hat der Vorstand des Deutschen Baugerichtstags in Abstimmung mit

den Arbeitskreisleitern der Arbeitskreise Ib und X beschlossen, dass die Vorbereitungen für den Baugerichtstag 2021 von beiden Arbeitskreisen gemeinsam erarbeitet werden und dass beide Arbeitskreise auch gemeinsam tagen werden.

B. Einleitung von Dr. Birgit Franz und Andreas J. Roquette, LL.M. (NYU)

Die verschiedenen Arbeitskreise des Deutschen Baugerichtstages (AK I – Bauvertragsrecht, AK VI – Sachverständigenrecht, AK X – Baubetrieb) haben sich in den zurückliegenden Jahren wiederholt auch mit bauzeitlichen Ansprüchen beschäftigt. Dabei war die Bauzeit jedoch stets Teil übergeordneter Themen.

Auch im Gesetzgebungsverfahren wurde das Thema Bauzeit ausgehend vom Referentenentwurf aus dem September 2015 nur als Teilaspekt anderer Themen betrachtet. Dementsprechend fehlen im neuen Bauvertragsrecht eigenständige Regelungen zu den zeitlichen und finanziellen Ansprüchen bei Bauablaufstörungen. Die Bauzeit ist aber auch im Übrigen gesetzlich nicht definiert und in den werkvertraglichen Vorschriften des BGB nicht einmal erwähnt.

Die Mitglieder der beiden Arbeitskreise sind sich einig, dass das neue Bauvertragsrecht ohne eine Regelung zu bauzeitlichen Ansprüchen unvollständig ist. Gleichzeitig sind Verzögerungen der Bauzeit und daraus resultierende Ansprüche beider Vertragsparteien in der Praxis mehr als präsent. Wenige Bauvorhaben – gleichgültig ob ein kleineres oder mittleres Bauvorhaben oder eines der viel diskutierten Großprojekte – verlaufen ungestört und im Zeitplan. Daher besteht für alle Bauvertragsparteien das Bedürfnis einer rechtlichen Bewältigung von Bauablaufstörungen. Entsprechende gesetzliche Regelungen sind schon zur Erzielung größerer Rechtssicherheit im Interesse aller Baubeteiligten geradezu zwingend. Der Baupraxis ist nur schwer vermittelbar, dass Teile des Baurechts gesetzlich geregelt sind und andere mindestens ebenso wesentliche baurechtliche Fragestellungen vertraglich geregelt werden müssen.

Die Mitglieder des Arbeitskreises haben sich bei der Ausarbeitung der vorliegenden Thesen am Grundkonzept des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts orientiert. Unabhängig davon, ob man

dieses im vollen Umfang als gelungen ansieht oder nicht, erschien es wenig sinnvoll, erst vor Kurzem geschaffene gesetzliche Regelungen wieder infrage zu stellen und stattdessen vermeintlich „bessere Lösungen“ anzubieten. Das Augenmerk lag vielmehr darauf, eine Regelung zu schaffen, welche die Rechtsfolgen von Bauzeitverzögerungen, je nachdem aus wessen Risikobereich diese stammen, möglichst einheitlich regelt.

Die Thesen sind das Ergebnis einer eingehenden Diskussion im Arbeitskreis ebenso wie einer öffentlichen Sitzung. Sie verstehen sich nicht als formulierten Beschlussempfehlung. Vielmehr sollen sie Grundlage einer lebendigen Diskussion aller Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Arbeitskreise Ib und X mit dem Ziel sein, die bauzeitlichen Ansprüche im Sinne der beiderseitigen Interessen gesetzlich zu regeln.

C. Thesen

I. Thesen von Prof. Dr.-Ing. Markus Kattenbusch: Zeitliche Ansprüche

These 1:

Es soll eine gesetzliche Regelung geschaffen werden, wonach der Unternehmer die von ihm zu erbringende Leistung zu den vereinbarten Zeiten zu beginnen, angemessen zu fördern und fertigzustellen hat. Soweit die Parteien keine Termine vereinbaren, hat der Unternehmer die zu erbringende Leistung alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen, angemessen zu fördern und fertigzustellen.

Begründung:

Oftmals werden Bauverträge ohne konkrete zeitliche Angaben zu Beginn, Ausführungsdauer und/oder Fertigstellung getroffen. Da die Bauzeit eine wesentliche Planungsgröße für beide Vertragsparteien ist, besteht eine Regelungslücke, welche eine grundlegende Regelung – speziell für den Fall, dass hierzu im Vertrag nichts explizit vereinbart wurde oder vereinbart werden konnte, erfordert.

Bei einem VOB-Vertrag regelt § 5 die Ausführungsfristen. Die dortige Regelung hat sich über Jahrzehnte bewährt und sollte daher in vergleichbarer Weise in ein Gesetz aufgenommen werden, um eine allgemeingültige Regelung für jegliche Bauverträge zu erzielen.

These 2:

Es soll eine gesetzliche Regelung geschaffen werden, wonach der Unternehmer dem Besteller unverzüglich in Textform anzuzeigen hat, wenn er in der Ausführung der geschuldeten Leistung aus Gründen, die nicht in seiner Risikosphäre liegen, gestört oder behindert wird. Die Anzeige muss die Gründe und soll die zu diesem Zeitpunkt absehbaren Auswirkungen der Störung/Behinderung enthalten. Entsprechendes gilt im Falle eines Änderungsbegehrens gem. § 650b BGB.

Begründung:

Die Anzeigepflicht ist ein Gebot der vertraglichen Kooperation und dient der anderen Partei als frühzeitiger Hinweis, um aufkommende Probleme in der Abwicklung des Vertrages zu erkennen und diesen im Sinne einer partnerschaftlichen Vertragsabwicklung entgegen steuern zu können.

Die Verteilung der Risikosphäre ergibt sich aus dem Vertrag bzw. der üblichen Verkehrssitte.

Witterungseinflüsse, mit denen bei Abgabe des Angebotes normalerweise zu rechnen war, unterliegen insofern grundsätzlich der Risikosphäre des Unternehmers, sofern nicht besondere Gründe (etwa: Ausführung mit engen verbindlichen Vorgaben, Risikoübernahme durch den Besteller o.ä.) eine abweichende Auslegung rechtfertigen. Dies ist im Vertrag zu regeln, andernfalls verbleibt das Risiko im o.a. Rahmen beim Unternehmer.

These 3:

Es soll eine Regelung geschaffen werden, wonach sich die Termine und Fristen verlängern, soweit sich Umstände, die nicht aus der Risikosphäre des Unternehmers stammen, tatsächlich auf den Bauablauf auswirken.

Begründung:

Eine solche Regelung fehlt bisher für das gesetzliche Bauvertragsrecht. Sie existiert in der VOB/B lediglich für Behinderungen. Die gesetzliche Regelung soll das konkretisieren, was nach der Rechtslage für Bauverträge im Ergebnis bereits gilt. Letztlich ist hierbei der Grundgedanke tragend, dass der Unternehmer im Falle einer Überschreitung der ursprünglich geltenden Termine und Fristen nicht auf Schadensersatz, Vertragsstrafe oder dergleichen

chen haften kann, soweit die Überschreitung auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten hat oder die zumindest nicht aus seiner Risikosphäre stammen.

Maßgeblich ist stets, ob sich die betreffenden Umstände kausal auf den weiteren Bauablauf auswirken (kritischer Weg).

Es ist davon auszugehen, dass der Unternehmer einer Schadensminderungspflicht unterliegt. Er muss nach § 254 BGB (und wie in § 6 Abs. 3 VOB/B geregelt) alles tun, was ihm billigerweise (d.h. unter Einsatz der vertraglich geschuldeten Kapazitäten) zugemutet werden kann, um die Arbeiten fortzusetzen, er muss bspw. auch in ungestörten Bereichen weiter arbeiten.

II. Thesen von Dr. Stefan Althaus: Finanzieller Ausgleichsanspruch

These 1:

Es soll ein einheitlicher, gesetzlicher Ausgleichsanspruch für den Mehraufwand des Unternehmers infolge von Bauzeitverzögerungen, die bei der Durchführung von Bauverträgen durch Umstände aus dem Risikobereich des Bestellers verursacht werden, geschaffen werden.

Begründung:

Es bestehen de lege lata erhebliche Probleme in der Praxis bei bauzeitlichen, finanziellen Ansprüchen des Unternehmers, die in weiten Teilen der Bauwirtschaft als „Gerechtigkeitslücke“ wahrgenommen werden. Dies betrifft zum einen den Mehraufwand nach Beendigung des Annahmeverzugs: Im Fall des Annahmeverzugs des Bestellers erfolgt nach der neueren Rechtsprechung des BGH kein Ausgleich von Folgenachteilen des Unternehmers bei der Vertragsdurchführung infolge des Annahmeverzugs (z.B. Produktivitätsverluste, Preissteigerungen, Winterbaumaßnahmen) über § 642 BGB. Zum anderen besteht die Schwierigkeit, bauzeitliche Ansprüche nach den bestehenden vertraglichen (VOB/B) und gesetzlichen Anspruchsgrundlagen durchzusetzen. Derzeit bestehen nämlich nur getrennte Ansprüche bei Bauablaufstörungen je nach Ursache der Störung, die zu einer unterschiedlichen Berechnung der finanziellen Ansprüche führen: Vergütungsanpassung (§ 650c BGB bzw. § 2 VOB/B), Entschädigung (§ 642 BGB) oder

Schadensersatz (§ 280 BGB, § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B). Bei multikausal entstandenen Bauzeitverzögerungen sind diese Ansprüche nur schwer darzulegen, da die Darstellung von „Störung“ und „Störungsfolgen“ für jeden Anspruch getrennt erfolgen muss.

Der neu zu schaffende Ausgleichsanspruch soll ein vergütungsähnlicher Anspruch sein, also kein Schadensersatz. Er beinhaltet keinen vollständigen wirtschaftlichen Ausgleich für alle Nachteile infolge der Bauzeitverzögerung, insbesondere keinen Ausgleich für Nachteile außerhalb der Vertragsdurchführung (z.B. aufgrund von Nachteilen, die der Unternehmer bei der Durchführung anderer Verträge erleidet). Es handelt sich ferner nur um einen Mindestausgleich – bereits bestehende gesetzliche oder vertragliche (VOB/B) Anspruchsgrundlagen werden nicht verdrängt, sondern bleiben (wahlweise) daneben anwendbar. Dies sollte ausdrücklich in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden.

These 2:

Der gesetzliche Ausgleichsanspruch für den Mehraufwand des Unternehmers infolge von Bauablaufstörungen soll als Tatbestand voraussetzen, dass sich der Bauablauf bei einem Bauvertrag infolge von Leistungsänderung, Mengenänderungen, Annahmeverzug oder Pflichtverletzungen des Bestellers verzögert.

Begründung:

Die Regelung gilt nur für Bauverträge gem. § 650a BGB.

Es kommen vier verschiedene Fallgruppen von Umständen aus dem Risiko des Bestellers in Betracht:

1. Leistungsänderung aufgrund eines vertraglichen oder gesetzlichen Anordnungsrechts des Bestellers oder einer sonstigen vertraglichen oder gesetzlichen Regelung.
2. Änderung der vertraglichen Mengenansätze bei Einheitspreisverträgen (reine Mengenänderungen).
3. Ein Annahmeverzug wegen unterlassener Mitwirkung (Tatbestand wie beim Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB).
4. Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Besteller (Tatbestand wie bei Schadensersatzansprüchen nach § 280 Abs. 1 BGB).

Der Ausgleichsanspruch besteht unabhängig davon, ob nur eine oder mehrere der genannten Fallgruppen zu der Bauzeitverzögerung führen. Maßgeblich ist die durch alle Umstände insgesamt verursachte Verzögerung.

Die Bauzeitverzögerung, also die Verzögerung des Bauablaufs muss tatsächlich (und nicht nur theoretisch) aufgrund der genannten Umstände aus dem Risikobereich des Bestellers eintreten. Dieser Kausalzusammenhang muss vom Unternehmer dargelegt und nachgewiesen werden.

These 3:

Die Höhe des Ausgleichs für den Mehraufwand infolge der entstandenen Bauzeitverzögerung soll sich nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn richten.

Begründung:

Die Berechnung des Ausgleichs nach tatsächlich erforderlichen Kosten bedeutet wie bei § 650c Abs. 1 BGB einen Ausgleich tatsächlich entstandener (leistungsabhängiger) Kosten mit der Maßgabe, dass diese nur berücksichtigt werden, soweit sie erforderlich sind. Für die (leistungsunabhängigen) Allgemeinen Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn erfolgt ebenfalls wie bei § 650c Abs. 1 ein Ausgleich durch angemessene Zuschläge auf die tatsächlich erforderlichen Kosten. Die Auslegung der Begriffe kann sich bei dem Ausgleichsanspruch daher an der Rechtsprechung und Literatur zu § 650c BGB orientieren. Die Ermittlung der tatsächlichen Mehrkosten erfordert dabei eine Vergleichsbetrachtung zwischen den hypothetisch ohne den tatbestandlichen Umstand entstandenen und den tatsächlich entstandenen Kosten.

These 4:

Der Unternehmer soll zur Berechnung des Ausgleichs für den Mehraufwand infolge der tatsächlich entstandenen Bauzeitverzögerung auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen können. Es soll vermutet werden, dass der auf Basis der Urkalkulation ermittelte Ausgleich dem Betrag entspricht, der sich auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ermittelt.

Begründung:

Wie bei § 650c Abs. 2 BGB soll der Unternehmer auf die Kostenansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen können, um die Höhe der Kosten des Mehraufwands zu ermitteln. Dem Unternehmer soll bei dieser Berechnungsart eine Vermutung zugutekommen, dass die in der Urkalkulation enthaltenen sowie die auf dieser Basis fortgeschriebenen Kostenansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und die darin enthaltenen Zuschläge angemessen sind. Wie bei § 650c Abs. 2 BGB umfasst die Vermutung den so ermittelten Betrag. Eine Entkräftung der Vermutung setzt also voraus, dass der Besteller nachweist, dass dieser Betrag nicht den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge entsprechen kann. In diesem Fall entfällt die Vermutungswirkung der Urkalkulation und der Unternehmer kann seinen Ausgleich allein nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ermitteln.

Außerdem muss der der Berechnung zugrunde gelegte Mehraufwand tatsächlich durch die maßgeblichen Umstände aus der Risikosphäre des Bestellers verursacht sein. Hierfür kann nicht lediglich eine theoretische kalkulatorische Ableitung herangezogen werden. Ebenso darf die vorliegende Methode der vereinfachten Ermittlung der Höhe der Kosten auf Grundlage der Urkalkulation nicht mit der Methode der Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten vermischt werden. Der Unternehmer darf daher insbesondere nicht bei der Ermittlung des Ausgleichs nach tatsächlich erforderlichen Kosten den Mehraufwand durch einen Vergleich der tatsächlich angefallenen Kosten mit den kalkulierten Kosten vornehmen. Auch kann in diesem Fall keine Heranziehung der Ansätze für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn aus der Urkalkulation stattfinden.

III. Thesen von Björn Retzlaff: Prozessuale Durchsetzung von Bauzeitansprüchen

These 1:

Es soll eine gesetzliche Regelung geschaffen werden, nach der im Falle der Zurückweisung einer Behinderungsanzeige jede Vertragspartei berechtigt ist, zu verlangen, gemeinsam den Zustand der Baustelle, soweit dieser Grund oder Auswirkung der Behinderung betrifft, festzustellen. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.

Begründung:

Die in der These vorgeschlagene Regelung ist der Zustandsfeststellung in § 4 Abs. 10 VOB/B und § 650g BGB angelehnt.

Die Durchsetzung störungsbedingter Ansprüche steht in der Praxis vor großen Hürden. Dabei bedeutet „Bauablaufstörung“, dass die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber dem Ablauf, den der Unternehmer bei Vertragsschluss erwarten durfte, erschwert ist. Bereits das Vorliegen einer solchen Bauablaufstörung kann zwischen den Parteien umstritten sein. Außerdem streiten die Parteien häufig über deren Dauer und Auswirkung.

Aufgrund solcher Streitigkeiten erweisen sich störungsbedingte Ansprüche in der Praxis häufig als nicht durchsetzbar.

Diese Situation soll dadurch verbessert werden, dass jede Partei eines Bauvertrags von der anderen beanspruchen kann, dass die Existenz oder Nichtexistenz einer behaupteten Bauablaufstörung, ihre Dauer und – soweit in diesem Stadium des Bauablaufs möglich – ihre Auswirkungen gemeinsam festgestellt werden. So soll auf möglichst einfache Weise eine beweissichere Dokumentation des gestörten Bauablaufs für den Fall einer eventuell später auftretenden Streitigkeit geschaffen werden. Das Gesetz enthält bereits ähnliche Regelungen in § 650g BGB und 648a Abs. 4 BGB. Die Zustandsfeststellung soll schriftlich, insbesondere aber auch durch Bild-, Video- oder sonstige digitale Aufnahmen möglich sein. Da es in vielen Fällen nicht nur um die Momentaufnahme eines Zustands geht, sondern die Dokumentation eines Ablaufs geht, soll auch eine gemeinsame Vorkehrung für die dauerhafte Aufzeichnung von Videos oder regelmäßigen Standbildern möglich sein.

These 2:

Die Regelung zur gemeinsamen Zustandsfeststellung soll wie folgt weiter ausgestaltet sein:

- Für das Fernbleiben einer Partei gilt § 650g Abs. 2 BGB entsprechend.
- Es wird vermutet, dass die Zustandsfeststellung richtig ist.
- Die vorstehenden Regelungen gelten entsprechend, wenn eine der Vertragsparteien das Ende der Behinderung behauptet und die andere Partei der Beendigung widerspricht.

Begründung:

Die Regelung zur einseitigen Störungsfeststellung sollte sich an § 650g Abs. 2 BGB orientieren. Die Vermutungsregelung ist in Anlehnung an § 650g Abs. 3 BGB gebildet.

Die Feststellung der Bauablaufstörung sollte die Vermutung der Richtigkeit für sich haben, damit sie den Parteien ein effektives Mittel zur Beweissicherung bietet. Die Beweiskraft sollte allerdings lediglich positiv, nicht negativ ausgestaltet sein. Das bedeutet: Ist eine Bauablaufstörung zu einem bestimmten Zeitpunkt dokumentiert, steht lediglich fest, dass der Bauablauf durch das dokumentierte Ereignis gestört war. Hingegen steht nicht fest, dass der Unternehmer zur selben Zeit nicht an einer anderen Stelle des Bauvorhabens hätte arbeiten können, solange hierüber keine Dokumentation erstellt worden ist.

Beispiel: Es ist durch Bildaufnahmen dokumentiert, dass das Stockwerk 7 in einem bestimmten Zeitraum für den Innenausbau nicht zugänglich war. Es wird nun lediglich vermutet, dass im angegebenen Zeitraum diese Störung bestand. Hingegen wird nicht vermutet, dass im selben Zeitraum der Innenausbau im Stockwerk 8 ebenfalls nicht möglich gewesen wäre, solange nicht auch eine Dokumentation für das Stockwerk 8 vorliegt. Will der Unternehmer beweiskräftig festgestellt wissen, dass auch dies nicht möglich war, muss er das andere Stockwerk in die Dokumentation einbeziehen.

Anregung:

Es wird in Anlehnung an die Empfehlungen des 4. Dt. Baugerichtstages zur Bauverfügung nochmals angeregt, für Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz Spezialspruchkörper unter Einbindung von bautechnischem und baubetrieblichem Fachwissen zu bilden.

Begründung:

Neben der Begründung der entsprechenden Empfehlungen zum 4. Dt. Baugerichtstag ist darauf hinzuweisen, dass auf diese Art und Weise eine deutliche Entlastung der ordentlichen Gerichte zu erwarten ist.

Arbeitskreis IV – Architekten- und Ingenieurrecht

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Fuchs

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

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert

Dipl.-Ing. (FH) Werner Seifert ist Architekt und seit 1998 öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger mit Büro in Würzburg. Er ist Lehrbeauftragter an der Hochschule für Technik in Stuttgart. Bis zur 8. Auflage war er Mitautor des HOAI-Kommentars Korbion/Mantscheff/Vygen, ist Mitherausgeber und Mitautor des Kommentars Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, Mitautor von verschiedenen weiteren Buchveröffentlichungen und Autor zahlreicher Aufsätze und Urteilsanmerkungen. Er ist Mitherausgeber und ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift IBR und Mitarbeiter für ziviles Baurecht der Zeitschrift BauR. Herr Seifert ist Leiter und Mitglied verschiedener Fachgremien und Fachausschüsse. Er ist langjähriger Referent insbesondere für die Themenbereiche „Honorare“ und „Kostenplanung“.

Referenten

Dipl.-Ing. Architekt Klaus-Dieter Siemon

Klaus-Dieter Siemon, Dipl.-Ing. Architekt, ist Geschäftsführer der Siemon Sachverständige + Ingenieure GmbH Kassel/Berlin und Mitarbeiter der Siemon-GmbH in Göttingen. Es ist von der IHK Kassel öffentlich bestellt und vereidigt als Sachverständiger für Architektenleistungen und Honorare und bundesweit als Gutachter tätig. Herr Siemon verfügt über langjährige Erfahrung als Architekt im Krankenhausbau, berät bei großen Projekten planungs- und baubegleitend, ist als Lehrbeauftragter für Projektmanagement an der Technischen Universität Braunschweig tätig und hat einen Forschungsauftrag für das Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung zur Bewertung von Einzelleistungen von Grundleistungen ausgeführt. Er war als ARGE-Partner am Gutachten zur Entwicklung der Honorartafelwerte für die HOAI 2013 im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums tätig. Veröffentlichungen: Verfasser des in der 6. Auflage vorliegenden Fachbuchs „Baukostenplanung und Steuerung“, des in der 9. Auflage erschienenen Fachbuchs „HOAI-Praxis bei Architektenleistungen“ sowie des in der 4. Auflage erschienenen Fachbuchs „Die HOAI 2013 verstehen und richtig anwenden“ gemeinsam mit Dr. Aeverhaus je im Vieweg-Verlag, sowie von ca. 130 Veröffentlichungen in verschiedenen Fachzeitschriften.

Rechtsanwalt Prof. Frank Sieburg

Prof. Frank Sieburg ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Hecker Werner Himmelreich und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit dem Architekten- und Ingenieurrecht. Er ist Vertrauensanwalt des Bundes Deutscher Architektinnen und Architekten (BDA). Ferner ist er Mitglied des Vorstandes der Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Architektenrecht im Deutschen Anwaltverein e.V. (ARGE Baurecht). Er vermittelt als Honorarprofessor an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule (RWTH) Aachen den zukünftigen Architektinnen und Architekten das notwendige Wissen im Fach Privates Baurecht.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Mathias Preussner

RA Prof. Dr. Mathias Preussner ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Konstanz. Daneben

lehrt er Bau- und Architektenrecht an der Fachhochschule Konstanz, Fachbereich Architektur. Er verfügt über langjährige praktische Erfahrung auf dem Gebiet des Baurechts, insbesondere des Architektenrechts. Der Referent ist u.a. Mitherausgeber und Autor des im Verlag C.H. Beck 2015 erschienenen Kommentars Messerschmidt/Niemöller/Preussner zur „HOAI“, der Bücher „Die Haftung des Architekten“ und „Kostenplanung“ sowie Autor beim Großkommentar „HOAI“ von Fuchs/Berger/Seifert und einer Vielzahl von Monografien bzw. Aufsätzen zu baurechtlichen Themen. Herr Professor Preussner führt seit vielen Jahren Fortbildungsveranstaltungen für IBR-Seminare, verschiedene Kammern und weitere Institutionen durch.

A. Thema des Arbeitskreises

Welcher Reformbedarf besteht für eine HOAI 202x in den Honorarregelungen und Leistungsbildern?

B. Einführung

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

Für alle ab dem 01.01.2021 geschlossenen Verträge über Architekten- und Ingenieurleistungen gilt das Preisrecht der HOAI 2021, die aufgrund des vom EuGH am 04.07.2019 festgestellten Verstoßes ihrer Vorgängerfassungen gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie nur noch Honorarorientierung und eine Auffangregelung für eine fehlende oder formwidrig geschlossene Honorarvereinbarung bietet. Dieser Vereinbarung wird zukünftig eine noch größere Bedeutung zukommen als bisher schon. Während unter Geltung des verbindlichen Preisrechts verbreitet Berechnungshonorare nach den Parametern der HOAI vereinbart wurden, um sicher zu gehen, den zulässigen Preisrahmen aus Mindest- und Höchstsätzen nicht zu verlassen, entfällt dieses Motiv zukünftig. Aufgrund der Unzufriedenheit mit einzelnen Honorarermittlungsparametern oder der Berechnungsmethode der HOAI an sich sowie drohender AGB-rechtlicher Inhaltskontrolle von die HOAI modifizierenden Klauseln wird zunehmend zu alternativen Honorarermittlungsmethoden gegriffen, wie zu Pauschal- oder Aufwandshonoraren oder einem festen Prozentsatz der festgestellten (Ist-) Kosten.

Auch die in den Anlagen zur HOAI geregelten Leistungsbilder stellen nicht mehr den unerschütterlichen Standard für vertragliche Ausgestaltungen des Leistungsumfangs dar. Die seit den 1970er-Jahren allenfalls um Einzelleistungen erweiterten, ansonsten aber unveränderten Grundleistungen sind im Ausgangspunkt zwar methodenneutral. Sie werden in der Praxis aber nicht mehr als der Planungsrealität entsprechend wahrgenommen und entweder parteiunabhängig ergänzt, geändert oder vollständig durch eigene Leistungsbilder ersetzt. Die Neufassung der Leistungsbilder mit der HOAI 2013 wirkte zuweilen eher wie eine Wunschliste des Auftraggebers als eine Regelung von Leistungen, die bei Bauprojekten „im Allgemeinen erforderlich“ sind. Auf die Besonderheiten von Baumaßnahmen im Bestand waren diese ohnehin noch nie abgestimmt.

Die Umstellung der Berechnungsgrundlagen auf das Kostenberechnungsmodell ist in der Praxis vielfach zu einem Kostenanschlags- oder Kostenfeststellungsmodell mutiert und hat sich vor allem auch bei lange laufenden Planungs- und Bauzeiten nicht bewährt. Der Zeitfaktor spielt bei einem Berechnungshonorar nach HOAI keine Rolle. Obwohl zahlreiche Projekte mit Generalplanerverträgen abgewickelt werden, enthält die HOAI dazu keinerlei Regelungen.

Möchte die HOAI nicht ihre bewährte Funktion der Standardisierung von Leistungsvereinbarungen und hierzu passender Honorarvereinbarungen verlieren, muss sie auf beiden Seiten des Leistungsaustauschs dringend an aktuelle Erfordernisse angepasst werden. Der Arbeitskreis IV hat es sich daher für den 8. Deutschen Baugerichtstag zur Aufgabe gemacht, den Reformbedarf zu ermitteln und in einem Reformprogramm zusammen zu fassen sowie die einzelnen Vorhaben möglichst zu gewichten, um eine geordnete und fachkundige Novellierung durch den Ordnungsgeber zu unterstützen. Zu den Honorarvorschriften hat der Arbeitskreis bereits anlässlich des 6. Deutschen Baugerichtstags 2016 Thesen insbesondere zur Honoraranpassung aufgrund von Änderungen oder Verzögerungen verabschiedet, deren kurzfristige Umsetzung aufgrund des Vertragsverletzungsverfahrens nicht zu erwarten war. Hieran anknüpfend könnten auf der Honorarseite die folgenden weiteren, nicht abschließenden Themen auf die Reformagenda gesetzt werden:

- Ersatz des Kostenberechnungs- durch ein Zweistufenmodell (Kostenberechnung und Kostenfeststellung)
- Ausweitung der Trennung von örtlicher Bauüberwachung und Bauoberleitung auf sämtliche Leistungsbilder
- Einführung eines Generalplanerzuschlags
- Klare Systematik zu anrechenbaren Kosten aus mitzuverarbeitender Bausubstanz
- Alternative Honorarberechnungsmodelle

Auf der Seite der Leistungsbilder könnten bspw. die folgenden Änderungen diskutiert werden:

- Synchronisierung der Leistungsbilder mit dem BGB, insbesondere der Zielfindungsphase nach § 650p Abs. 2
- Neuordnung der Planungsphasen 2, 3 und 5
- BIM-spezifische Leistungsbilder
- Ergänzende oder ersetzende Leistungen zum Bauen im Bestand
- Leistungsbilder zu neuen Planungsdisziplinen aus der Praxis
- Spezifizierung der Leistungen nach Art und Größe des Projekts

Die diesbezüglichen Diskussionen und Abstimmungen im Arbeitskreis IV sollen durch die nachfolgenden Thesen vorbereitet und strukturiert werden.

C. Thesen von Dipl. Ing. Arch. Klaus Dieter Siemon, ö.b.u.v. Sachverständiger für Architektenleistungen und Honorare

1. These:

Nachdem die HOAI in der Fassung von 2021 die langjährig bestehenden Leistungsbilder mit ihren Grundleistungen und zugehörigen Honoraren als mögliche Orientierungswerte regelt und damit keine Kollision mehr mit dem EU-Recht besteht, empfiehlt es sich aus Gründen der Weiterentwicklung des Regelwerks sowie der weiteren Systematisierung und verbesserten Organisation der Planung und Bauüberwachung, zusätzliche Leistungsbilder in eine neue HOAI aufzunehmen.

Begründung:

Mit dem Wegfall der Unverträglichkeit des nationalen Preisrechts mit dem EU-Recht ergeben sich jetzt Möglichkeiten, die HOAI insgesamt zu modernisieren und

dabei in Bezug auf die Leistungsbilder, den neuen Anforderungen insoweit Rechnung zu tragen, dass aktuelle fachtechnische und systematische Anforderungen, die sich auch aus der gestiegenen Komplexität sowie Spezialisierung von Planungs- und Überwachungsprozessen ergeben, Bestandteil des Regelwerkes der HOAI werden. Damit können darüber hinaus zusätzliche Synergieeffekte in der Planungspraxis und der Bauüberwachung bzw. eine erhöhte Qualitätssicherung am Bau erreicht werden, im Einzelnen:

- höhere Planungssicherheit,¹ weniger Anfälligkeit der Planungen in Bezug auf Störungen im Planungsprozess, z.B. durch (zu spät vereinbarte) Planungsänderungen oder Planungsoptimierungen,
- strukturiertere Planungsorganisation ab Planungsbeginn,
- Vereinfachung bei Vergabeverfahren durch bessere Vergleichbarkeit von bisher nicht in der HOAI erfassten Leistungsbildern,
- Reduzierung von baubegleitenden Auseinandersetzungen² und damit Straffung der Projektentwicklung,
- höhere Kostensicherheit durch strukturell optimierte Fachbeiträge in den jeweiligen Schritten der Planungsvertiefung,
- bessere Schnittstellenabgrenzungen von Planungs- und Überwachungsleistungen,
- breitere Anwendung von systematisierter Planungsvertiefung (z.B. bei der Koordination und Integration von Fachbeiträgen weiterer Planungsbeteiligter),
- einheitlichere Rechtsprechung,
- Entlastung der Gerichte durch zeitgemäß systematisierte Planungsstrukturen, Schnittstellen und sog. Legaldefinitionen von Grundleistungen in neuen Leistungsbildern,
- höhere Terminalsicherheit durch bessere organisatorische und fachliche Zusammenarbeit.

Die folgenden, nicht abschließend aufgeführten, Leistungsbilder könnten bspw. dazu zählen:

- Alle bisherigen Beratungsleistungen (derzeit: Anlagen zur HOAI 2013),
- „Leistungsphase 0“ mit Raum- und Funktionsplanung,

¹ Insb. in den beginnenden Leistungsphasen eines Projektes und auch bei der Planungsvertiefung und Bauüberwachung.

² Z.B. durch Vermeidung von sog. Planungslücken, die infolge von zusätzlichen Leistungsbildern seltener werden.

- Städtebaulicher Entwurf,
- Projektsteuerung,
- Projektorganisation (z.B. BIM-Management u.a.),
- Brandschutzplanung,
- Fachplanung Fassadentechnik,
- Leistungsbildübergreifende technische Koordination und Integration,
- Leistungsbildübergreifende Energiesparmaßnahmen,
- Fachplanung der Medizintechnischen Anlagen, Einbauten und Einrichtungen,
- Fachplanung Geothermie und Technische Baugrundausrüstung,
- Leistungen nach der Baustellenverordnung,
- Fachplanung Rückbau von Bestandsbauwerken.

2. These:

Die bisherigen Grundleistungen in den Leistungsbildern der Objekt- und Fachplanung sowie Flächenplanung sind in Bezug auf die unterschiedlichen Anforderungen – einerseits für kleine und andererseits für mittlere und große (komplexe) Projekte – nicht differenziert, obwohl die fachlichen und inhaltlichen Anforderungen an die Planung häufig sehr unterschiedlich sind. Diese Unterschiede sollten sich durch differenzierte Grundleistungen in den betreffenden Leistungsbildern widerspiegeln. Die Grundleistungen sollten daher gegliedert werden in

- Basisgrundleistungen, die in der Regel bei kleinen Projekten erforderlich sind und ihre rechnerische Basis (z.B. %-Werte)³ in der jeweiligen Honorartafel haben,
- Grundleistungen, die bei mittleren und größeren Projekten in der Regel erforderlich sind und ebenfalls auf den o.g. Honorartafeln⁴ mit entsprechenden %-Werten basieren. Diese Grundleistungen ergänzen die Basisgrundleistungen insoweit.

Da die bisherigen Besonderen Leistungen in den meisten Fällen nicht mehr den Charakter einer „Besonderen“ Leistung erfüllen, sollen statt der ursprünglichen Besonderen⁵ Leistungen

- Ergänzende Leistungen, die nicht auf den Honorartafeln bzw. %-Werten für Leistungen basieren

aufgenommen werden.

Begründung:

Der über alle Projektgrößen einheitliche Katalog an einzelnen Grundleistungen bzw. Honorartatbeständen ist nicht mehr zeitgemäß. Die unterschiedlichen Anforderungen je nach Projektkomplexität sind groß. Das gilt nicht nur für Neubauten, sondern auch für das Bauen im Bestand. Mit der Einführung von sog. Basisgrundleistungen einerseits und Grundleistungen andererseits kann diesem Umstand Rechnung getragen werden. Die Basisgrundleistungen stellen dabei die generell erforderlichen Leistungen bei kleineren Projekten dar und ersetzen, in Verbindung mit Modifikationen, die bisherigen Grundleistungen. Die neuen Grundleistungen gehen darüber (ergänzend) hinaus und werden bei mittleren und größeren Projekten ebenfalls in der Systematik der Grundleistungen und der Bewertung nach %-Werten in den jeweiligen Leistungsphasen auf Basis der gleichen Honorartabelle erfasst. Die rechnerische Basis kann dabei eine einheitliche Honorartafel bilden. Damit steht eine einfache, aber differenzierte und dennoch übersichtliche Systematik an Grundleistungen als Orientierungswerte für die Honorarermittlung⁶ zur Verfügung.

Der veraltete Begriff der Besonderen Leistungen ist aus fachlichen Gründen überholt. Viele z.Z. noch als besondere Leistungen bezeichnete Leistungen gehören inzwischen zu den fachtechnisch regelmäßig erforderlichen Leistungen.

D. Thesen von Professor Frank Sieburg, Rechtsanwalt Köln

1. These:

Den zu modernisierenden Leistungsbildern der HOAI ist eine neue Leistungsphase „Mitwirkung bei der Bedarfsermittlung und Zielfindung“ voranzustellen.

Begründung:

Die neue Leistungsphase dient der Herstellung der Kohärenz zwischen der mit dem neuen Bauvertragsrecht am 01.01.2018 eingeführten Ziel-

³ Verhältnis zum Gesamthonorar im betreffenden Leistungsbild.

⁴ Z.B. ergänzende Honorartatbestände mit zugehörigen sog. ergänzenden %-Werten.

⁵ Der Begriff ist überholt.

⁶ Unberührt von der Frage einer evtl. Neuordnung von Leistungsphasen.

findungsphase des § 650p Abs. 2 BGB mit den Leistungsbildern der HOAI. Wie dem unten exemplarisch für das Leistungsbild der Gebäudeplanung unterbreiteten Vorschlag eines modernisierten Leistungsbildes am Beispiel der Gebäudeplanung⁷ entnommen werden kann, soll die Leistungsphase 1 nunmehr diejenigen Leistungen definieren, die im Regelfall vom Architekten im Rahmen der Zielfindungsphase zu erbringen sind. Die Grundleistung a) ist als Mitwirkung an der Bedarfplanung i.S.d. DIN 18205 zu verstehen. Die neu eingeführte Grundleistung d) „Mitwirkung bei der Budgetermittlung als Grundlage für den Kostenrahmen“ soll sicherstellen, dass von Seiten des Auftraggebers realistische Budgetvorgaben für die Planung erstellt werden, da der Planer hier bereits mitwirken kann. Da es auch nach der Rechtsprechung des BGH zu den Aufgaben des Architekten im Rahmen der Leistungsphase 1 gehört, die finanziellen Rahmenbedingungen des Auftraggebers abzufragen, wurde die neu geschaffene Grundleistung e) „Kostenrahmen“ eingefügt.

2. These:

Der Modernisierung des Planungsprozesses folgt, dass die bisher in den Leistungsphasen 2–7 erbrachten Grundleistungen der Leistungsbilder der HOAI neu zu fassen sind.

Begründung:

Die Leistungsbilder der HOAI 2021 beruhen im Wesentlichen noch auf einem tradierten Leistungsbild und Planungsmethoden aus den Siebzigerjahren des vorigen Jahrhunderts. Da heutzutage in den frühen Leistungsphasen der Planung eine wesentlich höhere Planungstiefe erreicht wird, ist die Grundlagenermittlung und Vorplanung zusammenzufassen. In einer neuen Leistungsphase 3 (Projektplanung) sind bereits vor Beantragung der Baugenehmigung alle wesentlichen Planungsentscheidungen, die Auswirkungen auf Qualitäten, Kosten und Termine haben, zu treffen. Vor diesem Hintergrund sind wesentliche Elemente der bisherigen Ausführungsplanung (Leistungsphase 5 gemäß HOAI 2021) vorzuziehen. Dies führt nicht nur zu einer höheren Planungssicherheit. Vielmehr ist auch eine klare Trennung zwischen der Planungsphase einerseits und der Ausführungsphase andererseits geschaffen. Es wird eine getrennte Beauftragung möglich, die in der Praxis zunehmend

Platz greift. Dementsprechend ist der Grundleistungskatalog der Leistungsphase 5 zu reduzieren.

Im Rahmen einer neuen Leistungsphase 6 sollten die bisherigen Leistungsphasen 6 und 7 der HOAI 2021 zusammengefasst werden. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass diese Leistungen sachlich eng verbunden sind und regelmäßig auch zusammen erbracht werden, sodass eine Trennung zwischen den Leistungsphasen kaum sinnvoll gezogen werden kann.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den unten angefügten Vorschlag für ein modernisiertes Leistungsbild verwiesen.

3. These:

Im Rahmen der Modernisierung der Leistungsbilder ist das bisherige Leistungsbild der Objektüberwachung nunmehr zu trennen in eine Bauoberleitung einerseits und örtliche Bauleitung andererseits.

Begründung:

Eine Trennung zwischen Bauoberleitung einerseits und örtlicher Bauleitung andererseits wird für sinnvoll erachtet, zumal in der Praxis insoweit häufig auch eine getrennte Beauftragung erfolgt. Ferner sollte es den Vertragsparteien ermöglicht werden, im Zuge der Vollbeauftragung der Leistungen eine differenziertere Honorarvereinbarung zu treffen, die dem Umstand gerecht wird, dass hinsichtlich der örtlichen Bauüberwachung der Auftragnehmer das Honorar regelmäßig zeit- und aufwandsbezogen kalkuliert.

4. Anlage:

Vorschlag für modernisiertes Leistungsbild der Gebäudeplanung des BDA Stand 14.09.2021⁸

⁷ Entwurf der Arbeitsgruppe „Neue Leistungsbilder“ BDA Stand 14.09.2020, RA Frank Siegburg, Architekten Dipl. Ing. Uwe Brösdorf, Jürgen Friedemann, Martin Halfmann, Thomas Kaup, Gert Lorber, Michael Mueller, Rainer Post, Michael Rommel, Christian Schmitz, Jörg Sturm, Alexander Vohl, Jan-Peter Witte.

⁸ Entwurf der Arbeitsgruppe „Neue Leistungsbilder“ BDA Stand 14.09.2020, RA Frank Siegburg, Architekten Dipl. Ing. Uwe Brösdorf, Jürgen Friedemann, Martin Halfmann, Thomas Kaup, Gert Lorber, Michael Mueller, Rainer Post, Michael Rommel, Christian Schmitz, Jörg Sturm, Alexander Vohl, Jan-Peter Witte.

1. Mitwirkung bei der Bedarfsermittlung und Zielfindung

- a) Beratung bei der Ermittlung und Analyse der Bedürfnisse, Ziele, Mittel und Rahmenbedingungen im Zuge der Bedarfsplanung, insbesondere unter Berücksichtigung von funktionalen, wirtschaftlichen, ökologischen, klimagerechten und sozialen Aspekten
- b) Beratung bei der Formulierung aller mit der Realisierung zusammenhängenden Probleme, deren Lösung im Zuge der Gebäudeplanung erwartet wird
- c) Beraten zum gesamten Leistungs- und Untersuchungsbedarf für Planung, Bauausführung und Betrieb des Objekts einschließlich Klären der Planungsmethode und der Auftraggeber-Informations-Anforderungen sowie Formulieren von Entscheidungshilfen für die Auswahl anderer an der Planung fachlich Beteiligter unter Berücksichtigung der gewählten Planungsmethode. In diesem Zuge sind die zur Erzielung des vertraglichen Werkerfolges notwendigen Grundleistungen und Besonderen Leistungen zu differenzieren
- d) Mitwirkung bei der Budgetermittlung als Grundlage für den Kostenrahmen
- e) Kostenrahmen nach DIN 276–1 2008 auf Basis der Bedarfsplanung
- f) Zusammenfassen der Ziele, Erörtern und Dokumentieren der Ergebnisse

Besondere Leistungen Leistungsphase 1

- Aufstellen eines Funktionsprogramms
- Aufstellen eines Raumprogramms
- Standortanalyse
- Mitwirken bei Grundstücks- und Objektauswahl, -beschaffung und -übertragung
- Beschaffen von Unterlagen, die für das Vorhaben erheblich sind
- Zusammenstellen der Anforderungen aus Zertifizierungssystemen
- Betriebsplanung
- Projektstrukturplanung
- Verfahrensbetreuung, Mitwirken bei der Vergabe von Planungs- und Gutachterleistungen

2. Grundlagenermittlung und Vorplanung

- a) Klären der Aufgabenstellung auf Grundlage der Ergebnisse der Leistungsphase 1
- b) Ortsbesichtigung

- c) Koordination und Integration der Grundlagenermittlung anderer an der Planung fachlich Beteiligter
- d) Fortschreibung des Kostenrahmens nach DIN 276–1 2008 im Rahmen der Grundlagenermittlung
- e) Gesonderte Ausweisung vorhersehbarer Risiken gem. Ziffer 3.3.9 der DIN 276–1 2008
- f) Analysieren der Grundlagen, Abstimmen der Leistungen mit den an der Planung fachlich Beteiligten gemäß der gewählten Planungsmethode und Mitwirken beim Fortschreiben des BIM-Abwicklungsplans
- g) Abstimmen der Zielvorstellung (Randbedingungen, Zielkonflikte), ggf. Hinweise auf Zielkonflikte
- h) Erarbeiten der Vorplanung, Untersuchen, Darstellen und Bewerten der vertraglich vereinbarten Varianten nach gleichen Anforderungen, Zeichnungen oder digitalen Modellen im Maßstab nach Art und Größe des Objekts
- i) Klären und Erläutern der wesentlichen Zusammenhänge, Vorgaben und Bedingungen (zum Beispiel städtebauliche, gestalterische, funktionale, technische, wirtschaftliche, ökologische, bauphysikalische, energiewirtschaftliche, soziale, öffentlich-rechtliche)
- j) Beratung im Zusammenhang mit der Anwendung klimagerechter Bauweisen
- k) Bereitstellen der Arbeitsergebnisse als Grundlage für die anderen an der Planung fachlich Beteiligten sowie Koordination und Integration von deren Leistungen unter Erstellen und Verwenden des eigenen digitalen Modells und der digitalen Modelle der anderen an der Planung fachlich Beteiligten
- l) Vorverhandlungen über die Genehmigungsfähigkeit, ggf. zur Erforderlichkeit einer Bauvoranfrage
- m) Erstellen eines Rahmenterminplans mit den wesentlichen Vorgängen/Meilensteinen des Planungs- und Bauablaufs
- n) Kostenschätzung nach DIN 276–1 2008 und Kostenkontrolle durch Vergleich mit dem Kostenrahmen
- o) Fortschreibung der gesonderten Ausweisung vorhersehbarer Risiken gem. Ziffer 3.3.9 der DIN 276–1 2008
- p) Zusammenfassen der Ergebnisse und Fortschreiben der Ziele, Analyse, Erörtern und

Dokumentieren der Ergebnisse der Leistungsphase 2

Besondere Leistungen Leistungsphase 2

- Digitale Erfassung von Bestandsplänen
- Prüfen der Umwelterheblichkeit
- Prüfen der Umweltverträglichkeit
- Machbarkeitsstudie
- Wirtschaftlichkeitsuntersuchung
- Bereitstellen einer digitalen Kollaborationsplattform
- Prüfung der BIM-Qualifikation von anderen an der Planung fachlich Beteiligten
- Aufstellen eines Katalogs für die Planung und Abwicklung der Programmziele
- Erhöhter Turnus der Modellbereitstellung
- Erstellen von weitgehend integrierten, im Wesentlichen kollisionsfreien Modellen zu Zeitpunkten außerhalb des Leistungsphasenabschlusses
- Untersuchen alternativer Lösungsansätze nach verschiedenen Anforderungen unter Verwendung mehrerer digitalen Modelle einschließlich Kostenbewertung
- Beachten der Anforderungen des vereinbarten Zertifizierungssystems
- Durchführen des Zertifizierungssystems
- Ergänzen der Vorplanungsunterlagen und eines digitalen Modells aufgrund besonderer Anforderungen
- Aufstellen eines Finanzierungsplanes
- Mitwirken bei der Kredit- und Fördermittelbeschaffung
- Durchführen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen
- Durchführen einer Voranfrage (Bauvoranfrage)
- Fortschreiben des Projektstrukturplans
- Ein gegenüber den Erfordernissen des eigenen Werkerfolges erhöhter Detaillierungsgrad des digitalen Modells
- Aufbereiten von digitalen Modellen a.a.P.f.B. zur Koordination und Integration, zum Beispiel in der Funktion des Gesamtkoordinators.
- Anfertigen von besonderen Präsentationshilfen, die für die Klärung im Vorentwurfsprozess nicht notwendig sind
- Aufstellen einer vertieften Kostenschätzung nach Positionen einzelner Gewerke
- Aufstellen von Raumbüchern
- Erarbeiten und Erstellen von besonderen bauordnungsrechtlichen Nachweisen für den vor-

beugenden und organisatorischen Brandschutz bei baulichen Anlagen besonderer Art und Nutzung, Bestandsbauten oder im Falle von Abweichungen von der Bauordnung

3. Projektplanung

- a) Erarbeiten der Entwurfsplanung, unter weiterer Berücksichtigung der wesentlichen Zusammenhänge, Vorgaben und Bedingungen auf Grundlage der Leistungsphase 2 und als Grundlage für die weiteren Leistungsphasen und Genehmigungen unter Verwendung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter. Digitales Modell in einer Detaillierung, die dem Maßstab 1:100 entspricht
- b) Bereitstellen der Arbeitsergebnisse als Grundlage für die anderen an der Planung fachlich Beteiligten sowie Koordination und Integration von deren Leistungen unter Verwendung des eigenen digitalen Modells und der digitalen Modelle der anderen an der Planung fachlich Beteiligten während der gesamten Projektplanung
- c) Verhandlungen über die Genehmigungsfähigkeit
- d) Fortschreiben der Terminpläne
- e) vorläufige Kostenberechnung nach DIN 276–1 2008 und Kostenkontrolle durch Vergleich mit der Kostenschätzung
- f) Identifizieren und Erstellen wesentlicher gestalterischer und kostenrelevanter Leitdetails
- g) Kollisionsprüfung zwischen Gebäudeplanung und der Planung anderer an der Planung fachlich Beteiligter
- h) Objektbeschreibung
- i) Endgültige Kostenberechnung nach DIN 276–1 2008, gegebenenfalls auf Basis der aus den digitalen Modellen abgeleiteten Mengen und Kostenkontrolle durch Vergleich der Kostenberechnung mit der Kostenschätzung und mit der vorläufigen Kostenberechnung
- j) Fortschreibung der gesonderten Ausweisung vorhersehbarer Risiken gem. Ziffer 3.3.9 der DIN 276–1 2008
- k) Zusammenfassen der Ergebnisse und Fortschreiben der Ziele, Analyse, Erörtern und Dokumentieren der Ergebnisse der Leistungsphase 3

Besondere Leistungen Leistungsphase 3

- Analyse der Alternativen/Varianten und deren Wertung mit Kostenuntersuchung (Optimierung)

- Wirtschaftlichkeitsberechnung
- Visualisierung eines Terminplans im digitalen Modell
- Besondere Präsentationsformen
- Fortschreiben von Raumbüchern
- Aufstellen und Fortschreiben einer vertieften und/oder einer modellbasierten Kostenberechnung
- Vor- oder Aufbereitung von Beschlussvorlagen
- Zusammenstellung der Unterlagen nach besonderen Vorgaben wie z.B. Förderbestimmungen

4. Genehmigungspannung

- a) Vorbereitung des Baugenehmigungsantrages unter Verwendung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter
- b) Einreichen der abgeleiteten Vorlagen, Ergänzungen und Anpassen der Planungsunterlagen, gegebenenfalls abgeleitet aus den digitalen Modellen

Besondere Leistungen Leistungsphase 4

- Fachliche und organisatorische Unterstützung des Bauherrn im Widerspruchsverfahren, Klageverfahren oder ähnlichen Verfahren
- Nachweise, insbesondere technischer, konstruktiver und bauphysikalischer Art, für die Erlangung behördlicher Zustimmungen im Einzelfall
- Mitwirken bei der Beschaffung der nachbarlichen Zustimmung

5. Ausführungsplanung

- a) Durcharbeiten der Ergebnisse der Leistungsphasen 3 und 4
- b) Erarbeiten der Ausführungsplanung mit ergänzenden zeichnerischen und textlichen Arbeitsergebnissen sowie mit allen für die Ausführung notwendigen Einzelangaben im erforderlichen Umfang und Detaillierungsgrad.
Digitales Modell in einer Detaillierung, die dem Maßstab 1:50 entspricht. Detailplanungen können als 2-D zeichnerische Ergänzungen zum digitalen Modell erstellt werden (gegebenenfalls auf Grundlage eines digitalen Modells)
- c) Bereitstellen der Arbeitsergebnisse als Grundlage für die anderen an der Planung fachlich Beteiligten, sowie Koordination und Integration von deren Leistungen gegebenenfalls unter Verwendung des eigenen digitalen Modells und der digitalen Modelle der anderen an der Planung fachlich Beteiligten

- d) Fortschreibung des Terminplans
- e) Zusammenfassen der Ergebnisse und Fortschreiben der Ziele, Erörtern und Dokumentieren der Ausführungsplanung

Besondere Leistungen Leistungsphase 5

- Aufstellen einer detaillierten Objektbeschreibung als Grundlage der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm
- Prüfen der vom bauausführenden Unternehmen aufgrund der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ausgearbeiteten Ausführungspläne oder Modelle auf Übereinstimmung mit der Entwurfsplanung
- Fortschreiben von Raumbüchern in detaillierter Form
- Mitwirken beim Anlagenkennzeichnungssystem (AKS)
- Prüfen und Anerkennen von Plänen Dritter, nicht an der Planung fachlich Beteiligter auf Übereinstimmung mit den Ausführungsplänen (zum Beispiel Werkstattzeichnungen von Unternehmen, Aufstellungs- und Fundamentpläne nutzungsspezifischer oder betriebstechnischer Anlagen), soweit die Leistungen Anlagen betreffen, die in den anrechenbaren Kosten nicht erfasst sind
- Digitale Bemusterung

6. Ausführungsvorbereitung

- a) Aufstellen von Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnissen nach Leistungsbereichen, Ermitteln und Zusammenstellen von Mengen auf Grundlage der Ausführungsplanung, insbesondere des digitalen Modells, unter Verwendung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter
- b) Abstimmen und Koordinieren der Schnittstellen zu den Leistungsbeschreibungen der an der Planung fachlich Beteiligten
- c) Ermittlung der Kosten auf Grundlage vom Planer bepreister Leistungsverzeichnisse
- d) Kostenkontrolle durch Vergleich der vom Planer bepreisten Leistungsverzeichnisse mit der Kostenberechnung
- e) Fortschreibung des Terminplans
- f) Zusammenstellen der Verdingungsunterlagen für alle Leistungsbereiche der Gebäudeplanung
- g) Koordination der Vergaben der Fachplaner
- h) Einholen von Angeboten

- i) Prüfen und Werten der Angebote einschließlich Aufstellen eines Preisspiegels nach Einzelpositionen oder Teilleistungen unter Mitwirkung anderer an der Ausschreibung fachlich beteiligter
- j) Führen von Bietergesprächen
- k) Vergleichen der Ausschreibungsergebnisse mit den vom Planer bepreisten Leistungsverzeichnissen
- l) Mitwirken bei der Auftragserteilung
- g) Antrag auf behördliche Abnahme und Teilnahme daran
- h) Übergabe des Objekts
- i) Kostenfeststellung nach DIN 276–1 2008
- j) Systematische Zusammenstellung der zeichnerischen Darstellungen (gegebenenfalls als digitale Modelle) und rechnerischen Ergebnisse des Objekts
- k) Auflisten der Gewährleistungsfristen

Besondere Leistungen Leistungsphase 6

- Aufstellen der Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm auf der Grundlage der detaillierten Objektbeschreibung
- Aufstellen von alternativen Leistungsbeschreibungen für geschlossene Leistungsbereiche
- Aufstellen eines Vergabeterminplans
- Aufstellen von vergleichenden Kostenübersichten unter Auswertung der Beiträge anderer an der Planung fachlich beteiligter
- Mitwirken bei der Mittelabflussplanung
- Prüfen und Werten von Nebenangeboten mit Auswirkungen auf die abgestimmte Planung
- Prüfen und Werten der Angebote aus Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm einschließlich Preisspiegel
- Aufstellen, Prüfen und Werten von Preisspiegeln nach besonderen Anforderungen
- Fachliche Vorbereitung und Mitwirken bei Nachprüfungsverfahren

7. Objektüberwachung (Bauoberleitung)

- a) Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung, Koordinierung der an der Objektüberwachung fachlich Beteiligten
- b) Fortschreiben der Ausführungsplanung während der Objektausführung, gegebenenfalls als digitales Modell
- c) Überprüfen erforderlicher Montagepläne oder Montage Modelle auf Übereinstimmung mit der Ausführungsplanung und Mitwirken bei der Freigabe
- d) Aufstellen, Fortschreiben und Überwachen eines Bauablaufplans
- e) Organisation der Abnahme der Bauleistungen unter Mitwirkung anderer an der Planung und Objektüberwachung fachlich Beteiligten unter Feststellung von Mängeln
- f) Kostenkontrolle durch Überprüfung der Leistungsabrechnung der bauausführenden Unternehmen im Vergleich zu den Vertragspreisen und den Ausschreibungsergebnissen

Örtliche Bauleitung

- a) Überwachen der Ausführung des Objektes auf Übereinstimmung mit der öffentlich-rechtlichen Genehmigung oder Zustimmung, den Verträgen mit ausführenden Unternehmen, den Ausführungsunterlagen (gegebenenfalls dem digitalen Modell), den einschlägigen Vorschriften sowie mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik
- b) Dokumentation des Bauablaufs (zum Beispiel Bautagebuch)
- c) Rechnungsprüfung einschließlich Prüfen der Aufmaße oder Abrechnungsmodelle der bauausführenden Unternehmen
- d) Vergleich der Ergebnisse der Rechnungsprüfungen mit den Auftragssummen einschließlich Nachträgen
- e) Überwachen der Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel

Besondere Leistungen Leistungsphase 7

Hinweis: Die Leistung der künstlerischen Oberleitung (neu: gestalterische Oberleitung) ist noch in das Leistungsbild zu integrieren

Aufstellen, Überwachen und Fortschreiben eines Zahlungsplanes

Prüfen und Werten der Angebote zusätzlicher und geänderter Leistungen der ausführenden Unternehmen und der Angemessenheit der Preise

Aufstellen, Überwachen und Fortschreiben von differenzierten Zeit-, Kosten- oder Kapazitätsplänen

Erstellen eines Baulogistikmodells

Mitwirken bei der Prüfung von bauwirtschaftlich begründeten Nachträgen

Tätigkeit als verantwortlicher Bauleiter, soweit diese Tätigkeit nach jeweiligem Landesrecht über die Grundleistung der Objektüberwachung hinausgeht

Modellbasiertes Mängelmanagement

Erfassen des Baufortschritts im digitalen Modell

Erstellen einer as-built-Planung, gegebenenfalls als digitales Modell

Erstellen eines Facility-Management-Modells

8. Besondere Leistungen Leistungsphase 8

a) Qualitätsmanagement, Mitwirken beim Monitoring

- Mitwirken an der Erstellung eines Qualitätsmanagementkonzeptes zur Sicherung der Funktionsqualität, Betriebs- und Betreiberkonzepte
- Beratung über die Durchführung von Monitoring für alle für den wirtschaftlichen Betrieb des Gebäudes relevanten Bauteile
- Mitwirken bei der Durchführung des Monitoring

b) Objektbetreuung

- Erstellen von Wartungs- und Pflegeanweisungen
- Erstellen eines Instandhaltungskonzeptes
- Erstellen einer Gebäudebestandsdokumentation
- Aufstellen von Ausrüstungs- und Inventarverzeichnissen
- Evaluieren von Wirtschaftlichkeitsberechnungen
- Baubegehungen nach Übergabe
- Objektbeobachtung
- Objektverwaltung

- Aufbereiten der Planungs- und Kostendaten für eine Objektdatei oder Kostenrichtwerte, gegebenenfalls auf Basis eines digitalen Modells
- Fachliche Bewertung der innerhalb der Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche festgestellten Mängel, längstens jedoch bis zum Ablauf von fünf Jahren seit Abnahme der Leistung, einschließlich notwendiger Begehungen
- Überwachen der Mängelbeseitigung innerhalb der Verjährungsfrist
- Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen für Mängelansprüche gegenüber den ausführenden Unternehmen
- Mitwirken bei der Freigabe von Sicherheitsleistungen

E. Thesen von Rechtsanwalt Prof. Dr. Mathias Preussner

These 1:

Die Ermittlung der Vergütung von Planerleistungen (Grundleistungen nach Anlage 1 bis 15 zur HOAI 2021) steht im Spannungsfeld einer Mehrzahl von zumeist divergierenden Vorgaben, Zielen und Interessen der Vertragsparteien.

Die folgende Tabelle listet die wesentlichen – zumeist divergierenden – Vorgaben, Ziele und Interessen der Vertragsparteien auf und setzt sie zueinander in Beziehung:

Vorgaben, Ziele und Interessen des Bestellers	Vorgaben, Ziele und Interessen des Planers
Identität der geschuldeten Planerleistung, garantierter Standard	Qualität soll sich im Preis niederschlagen (subjektiv, weicher Faktor, real), Wettbewerb
Motivation des Planers	Vergütung ist Ausdruck von Wertschätzung
kostengünstiges Honorar	Honorar, das die Kosten und den Aufwand deckt und Gewinn ermöglicht
bei fehlender Verhandlungsbereitschaft: Honorar steht fest	bei fehlender Verhandlungsbereitschaft: Honorar steht fest
bei Verhandlungsbereitschaft: Honorar ist verhandelbar	bei Verhandlungsbereitschaft: Honorar ist verhandelbar
Honorar objektiv berechenbar	Honorar angepasst an konkreten Aufwand (Kosten + Wagnis + Gewinn)
Honorarermittlung ist nachvollziehbar	Honorarermittlung auf Vertrauensbasis
Honorarangebot vergleichbar mit Angeboten von Mitbewerbern – Wettbewerb über den Preis	Honorarangebot ohne Konkurrenzangebot – nur die Qualität soll entscheiden
Vergütung vorhersehbar bei Vertragsabschluss	Berechnung der Vergütung nach tatsächlichem Aufwand nach Abschluss der Leistung

Die „Vorgaben, Ziele und Interessen“ sind nicht konsistent, sondern verändern sich

- in Abhängigkeit zur Person des Bestellers (Marktstärke, Finanzkraft, Entscheidungsfrei-

heit) einerseits und des Planers (Bürostruktur, Renommee, Gewinnstreben) andererseits,

- je nach Verhandlungsbereitschaft der Vertragsparteien,

- nach der Qualität des zu planenden Bauwerks (als Standard kalkulierbar oder kaum voraussehender Planungs- und Bauablauf).

These 2:

Das Kostenberechnungsmodell der HOAI (Honorarzone, anrechenbare Kosten am Ende der Entwurfsplanung, erbrachte Grundleistungen, Umbauzuschlag) bildet nicht die tatsächlichen Kostenfaktoren eines Architekturbüros ab und liefert somit keine belastbare Grundlage für die Ermittlung einer angemessenen Vergütung der Planerleistung.

Begründung:

Der Planer veräußert betriebswirtschaftlich betrachtet seine mit qualifizierter Tätigkeit angefüllte Zeit. Seine vergütungsfähige „Leistung“ verkörpert sich in dem qualifizierten Zeiteinsatz. Dieses Gut „qualifizierter Zeiteinsatz“ muss die Grundlage der Honorarermittlung sein, um eine belastbare Relation zwischen Leistung und Vergütung herstellen

zu können. Das zur Honorarermittlung eingesetzte Kostenberechnungsmodell der HOAI berücksichtigt den Zeiteinsatz des Planers unmittelbar nicht.⁹ Allenfalls mit den Honorarparametern „Honorarzone“ und „erbrachte Grundleistungen“ besteht eine mittelbare, wenn auch nur lockere Verbindung. Dem entscheidenden Honorarfaktor „anrechenbare Kosten“ fehlt jeglicher Zeitbezug. Es lässt sich sogar der Umkehrschluss ziehen: Die Planung eines Bauwerks innerhalb eines bestimmten – niedrigen – Kostenbudgets ist zeitaufwendiger als die von Kostenüberlegungen freie Planung, welche nahezu automatisch Kostensteigerungen nach sich zieht.

These 3:

Die Vergütung nach dem „Basishonorar“, § 7 Abs. 2 HOAI 2021, erfüllt die Vorgaben, Ziele und Interessen der Vertragsparteien nur zu einem geringen Teil und birgt für beide Parteien hohe Risiken bzw. Nachteile.

Dies belegt die folgende Bewertung:

Erfüllte Kriterien:

Vorgaben, Ziele und Interessen des Bestellers	Vorgaben, Ziele und Interessen des Planers
Identität der geschuldeten Leistung, garantierter Standard	
	Honorar, das die Kosten und den Aufwand deckt und Gewinn ermöglicht: <i>fraglich bzw. zufällig</i>
Honorar steht fest, <i>allerdings erst nach der Entwurfsplanung</i>	Honorar steht fest, <i>allerdings erst nach der Entwurfsplanung</i>
	Honorarangebot ohne Konkurrenzangebot – nur die Qualität soll entscheiden
Honorar objektiv berechenbar und vergleichbar mit anderen Angeboten	
Honorarermittlung ist nachvollziehbar	

⁹ BGH, Urt. v. 30.09.2004 – VII ZR 456/01, NJW 2005, 46: „Bereits bei Vertragsschluss absehbare Überschreitungen durchschnittlicher Bauzeiten können die Parteien durch eine angemessene Anhebung des Honorars, erforderlichenfalls auch über die Höchstsätze hinaus, berücksichtigen. Anders liegt es bei Verlängerungen der Bauzeit, die die Vertragsschließenden bei Auftragserteilung auch bei Berücksichtigung üblicher Verzögerungen nicht vorhersehen konnten. Den Parteien kann nicht zugemutet werden, insoweit eine spekulative Vergütung zu vereinbaren. Vielmehr stellt es eine interessengerechte Lösung dar, eine bestimmte Bauzeit als Geschäftsgrundlage festzulegen und bei deren Wegfall einen vertraglichen Preisanpassungsanspruch zu begründen.“ OLG Dresden, Urt. v. 04.08.2005 – 9 U 738/04, BauR 2006, 1948; Preussner, BauR 2006, Heft 1a, 203.

Nicht erfüllte Kriterien:

Vorgaben, Ziele und Interessen des Bestellers	Vorgaben, Ziele und Interessen des Planers
	Qualität soll sich im Preis niederschlagen (subjektiv, weicher Faktor, real), Wettbewerb
Motivation des Planers	Vergütung ist Ausdruck von Wertschätzung
Kostengünstiges Honorar	Honorar, das die Kosten und den Aufwand deckt und Gewinn ermöglicht: <i>fraglich, mit hohem Risiko der Fehlkalkulation.</i>
bei Verhandlungsbereitschaft: Honorar ist verhandelbar	bei Verhandlungsbereitschaft: Honorar ist verhandelbar
Honorarangebot vergleichbar mit Angeboten von Mitbewerbern – Wettbewerb über den Preis	Honorarermittlung auf Vertrauensbasis
Honorar objektiv berechenbar und vergleichbar mit anderen Angeboten	
Vergütung vorhersehbar bei Vertragsabschluss, <i>da erst am Ende LPH 3 berechenbar</i>	Berechnung der Vergütung nach tatsächlichem Aufwand nach Abschluss der Leistung

Aus **Sicht des Bestellers** wiegt besonders schwer, dass er über die Vergütung nicht verhandeln kann, sondern an das Basishonorar gebunden ist. Welche Kosten der Besteller für die Leistungen der Planer einstellen muss, erfährt er nicht schon bei Vertragsabschluss, sondern erst am Ende der LPH 3. Spielt die Verhandelbarkeit des Honorars und dessen Vorhersehbarkeit bereits bei Vertragsabschluss dagegen für den Besteller nur eine geringe Rolle, insbesondere bei der öffentlichen Hand, wird eine gewisse Tendenz dazu bestehen, die Leistungen des Planers mit dem Basishonorar zu vergüten und das Risiko der fehlenden Kalkulierbarkeit bei Vertragsabschluss hinzunehmen.

Aus **Sicht des Planers** besteht ein hohes Risiko, dass die von ihm zu erwirtschaftenden Kosten + Risikozuschlag + Gewinn höher sind, als das Basishonorar, er also zusetzen muss. Möglicherweise wird er dieses Risiko jedoch eingehen, weil er darauf vertraut, dass die Sätze des Basishonorars regelmäßig nicht nur seinen Aufwand decken, sondern einen gewissen Überschuss erwarten lassen. Dies umso mehr, als es in seiner Hand liegt, auf die wertbildenden Faktoren Einfluss zu nehmen. Je höher er die anrechenbaren Kosten bei der Kostenberechnung ansetzt, desto größer ist sein Verdienst.

These 4a:

Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars bei Vertragsabschluss erfüllt einen Großteil der für den Besteller wesentlichen Kriterien einer für ihn vorteilhaften Vergütungsregelung:

Vorgaben, Ziele und Interessen des Bestellers bei einer pauschalen Honorarvereinbarung
Bei Verhandlungsbereitschaft: Honorar ist verhandelbar
Motivation des Planers, der aufwandsbezogen vergütet wird.
Kostengünstiges Honorar bei Verhandlungsergebnis unter dem Basishonorarsatz durch Einsatz der Marktmacht.
Kostenfaktor „Planerhonorar“ steht bei Vertragsabschluss fest.
Pauschalhonorar ist vergleichbar mit anderen Angeboten; Wettbewerb über den Preis ist möglich.
Vergütung ist bei Vertragsabschluss vorhersehbar.
Honorarermittlung ist klar und ohne Streitrisiko.

Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars wird dort auf Schwierigkeiten stoßen, wo der Besteller eine Scheu vor Preisverhandlungen zeigt. Dies kann durch Ausschreibung des Auftrages überwunden werden.

These 4b:

Die Vereinbarung einer Vergütung nach Stundensätzen für den Personaleinsatz und eines aufzuschlagenden Pauschalsatzes für die Nebenkosten erfüllt einen Großteil der für den Planer wesentlichen Kriterien einer ihm günstigen Vergütungsregelung:¹⁰

10 Instrukтив: „Kalkulationshilfe Stundensätze“, Merkblatt 2 – HOAI 2013 der Bayerischen Architektenkammer.

Vorgaben, Ziele und Interessen des Planers
Qualität soll sich im Preis niederschlagen (subjektiv, weicher Faktor, real), Wettbewerb
Vergütung ist Ausdruck von Wertschätzung
Honorar, das die Kosten und den Aufwand deckt und Gewinn ermöglicht
Bei Verhandlungsbereitschaft: Honorar ist verhandelbar
Bei fehlender Verhandlungsbereitschaft: Honorar steht fest, <i>allerdings erst am Ende der Leistung</i>
Honorar ist angepasst an konkreten Aufwand und ohne Bezug zu Konkurrenzangebot, <i>solange kein Mitbewerber einen anderen Stundensatz anbietet</i>
Berechnung der Vergütung erfolgt nach tatsächlichem Aufwand mit Abschluss der Leistung
Honorarermittlung geschieht auf Vertrauensbasis

Bei starker Marktmacht des Bestellers besteht allerdings die Gefahr, dass dieser seine eigenen Stundensätze „durchdrückt“: „Stundensatzempfehlungen von Auftraggeberseite dürften zweifelsohne von Eigeninteresse geprägt sein.“¹¹

Potenzial für Streitigkeiten liegt in der Schwierigkeit des Bestellers, den Zeitaufwand des Planers zu überprüfen.

11 „Kalkulationshilfe Stundensätze“, Merkblatt 2 – HOAI 2013 der Bayerischen Architektenkammer, S. 1.

Arbeitskreis XII – Bauträgerrecht

Gemeinsame Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Dr. Hans-Egon Pause, München

Dr. Pause ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei Pause Oberhauser Stretz, München. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im Bau- und Architektenrecht. Dazu gehört die baubegleitende Rechtsberatung von Bauherrn, Bauunternehmen und Architekten sowie die Vertretung der Baubeteiligten im Prozess. Neben einer Vielzahl von Veröffentlichungen und Referententätigkeiten ist er Verfasser des bereits in 6. Auflage erschienenen Werkes „Bauträgerkauf und Baumodelle“, Mitautor des Münchner Prozessformularbuchs, Mitautor des von Prof. Kniffka herausgegebenen „Bauvertragsrechts“ bzw. ibr-online-Kommentars und Mitverfasser der Erstkommentierung zur Baurechtsreform „Das neue Bauvertragsrecht“. Dr. Pause gehörte der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht am Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz an und war stv. Arbeitskreisleiter des Arbeitskreises Bauträgerrecht in 2010 und 2014.

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

Lehrstuhl für deutsches und Europäisches Privatrecht und Wirtschaftsrecht, Universität Konstanz;

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe;

Wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Baurecht Freiburg e.V.

Von 1988 bis 1995 war Prof. Glöckner am Lehrstuhl des Direktors des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Prof. Dr. Götz von Craushaar, als wissenschaftlicher Mitarbeiter angestellt und fertigte unter dessen Betreuung eine bauvertragsrechtliche Dissertation an. Seit 2005 ist er wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Baurecht Freiburg und mit zahlreichen Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Baurechts, insb. Glöckner/von Berg (Hrsg.), Bau- und Architektenrecht; Kleine-Möller/Merl/Glöckner (Hrsg.), Handbuch des privaten Baurechts, hervorgetreten. In letzterer Veröffentlichung erläutert er selbst den Bauträgervertrag. Von 2009 bis 2013 war Prof. Glöckner Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht am Bundesministerium der Justiz

und für Verbraucherschutz, von 2014 bis 2018 war er Mitglied der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht desselben Ministeriums. Bereits beim 5. DBGT 2014 war Prof. Glöckner Referent des Arbeitskreises Bauträgerrecht.

Referenten

Rechtsanwalt Dr. Hans-Egon Pause, München

Rechtsanwalt Olaf Lenkeit, Berlin

Olaf Lenkeit ist seit 1996 im Baurecht tätig und seit 2000 als Anwalt zugelassen. Nach der Lehre als Baufacharbeiter in Dresden studierte er an der Humboldt-Universität in Berlin und legte 1995 das zweite Staatsexamen ab. Im Rahmen der Schuldrechtsreform war er Gutachter des Deutschen Bundestages. Er ist Mitautor des Baurechtlichen Ergänzungsentwurfs des Instituts für Baurecht Freiburg i.Br. e.V. Über mehrere Jahre führte er eine eigene Kanzlei und wurde Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. Von Anfang 2006 bis 2008 war er als Partner in der Baurechts-Sozietät BÖRGERS Rechtsanwälte in Berlin tätig und führt seitdem wieder eine eigene Kanzlei in Berlin-Pankow. Er war Mitglied der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ. Seit der 3. Auflage kommentiert er die Vorschriften zum Verbraucherbaupvertrag im Messerschmidt/Voit.

A. Thema

Die Sicherung des Erwerbers in der Insolvenz des Bauträgers

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums und die Nachzüglerproblematik

Zukunftsgerichtete Dokumentationspflichten des Bauträgers

B. Einführung

I. Bauträgerrecht in der jüngeren bauvertragsrechtlichen Gesetzgebung

In der 2009 eingeleiteten gesetzlichen Ausgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen der Baubeteiligten steht das Bauträgerrecht zeitlich – wie auch in der Struktur der 2018 in Kraft getretenen

neuen Vorschriften – an letzter Stelle. Frühzeitig war das Bausträgerrecht im Zuge der Modernisierung des Bauvertragsrechts „ausgespart“ worden, zum einen im Hinblick auf die erheblichen inhaltlichen Weiterungen, welche die Besonderheiten des Bausträgervertrages nach sich gezogen hätten, zum anderen im Hinblick auf die Arbeiten zu einer Reform des Wohnungseigentumsgesetzes.¹ Bereits die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht klammerte das Bausträgerrecht ausdrücklich aus und überwiegt es einem künftigen Akt der Gesetzgebung.² Immerhin wurde aber in § 650u BGB der Bausträgervertrag bereits definiert und seine rechtliche Behandlung wurde positiv-rechtlich geklärt. Mit der Niederlegung der anerkannten Grundsätze zur Qualifikation des Bausträgervertrages³ folgte der Gesetzgeber einer Empfehlung des 3. DBGT von 2010.⁴

Im Hinblick auf die nach wie vor unbeantworteten Fragen wurde im Herbst 2014 am Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz eine weitere Arbeitsgruppe Bausträgervertragsrecht eingesetzt, die 2016 wegen Ressourcenengpässen im Ministerium ihre Arbeit ausgesetzt hatte, doch im Frühjahr 2018 auch mit Blick auf die im Koalitionsvertrag vom 12.03.2018 erklärte Absicht, die Zahlungsabwicklung und die Abnahme des Gemeinschaftseigentums neu zu gestalten,⁵ ihre Arbeit wiederaufnahm. Sie beschäftigte sich insbesondere mit der Absicherung des Bestellers, der Ausgestaltung der Abnahme sowie der Durchsetzung von Mängelansprüchen. Ein Abschlussbericht wurde im Juni 2019 vorgelegt.⁶

Ziel soll es danach sein, das Bausträgervertragsrecht so zu ergänzen und systematischer auszugestalten, dass ein ausgewogenes Regelungsmodell in Form eines Gesamtkompromisses entsteht. Dabei soll das Verbrauchervertrauen durch eine bessere Absicherung erhöht werden, denn vornehmliches Ziel der Modernisierung ist die Schaffung von mehr bezahlbarem Wohnraum, ohne die Bausträger dabei unzumutbar zu belasten.⁷

Die zwei Vorschläge der Arbeitsgruppe lauten im Groben wie folgt. Hinsichtlich der Absicherung des Anspruchs des Bestellers auf Rückgewähr seiner geleisteten Abschlagszahlungen in der Insolvenz des Bausträgers kommen jedenfalls die Sicherungsmittel des § 232 BGB, eine Garantie oder ein anderweitiges Zahlungsversprechen z.B. eines

Kreditinstituts in Betracht. In Verbraucherbausträgerverträgen soll diese Absicherung zwingend sein.⁸ Bei einer solchen Absicherung des Rückzahlungsanspruchs seien die Kalkulierbarkeit für die kredit- und sicherungsgebenden Institute gewährleistet und das Risiko überschaubar.⁹ Die Sicherung der Rückzahlung der Abschlagszahlungen wurde einer Absicherung der Fertigstellung, die zumindest beim Geschosswohnungsbau zu unübersichtlichen Problemen in der Willensbildung der Bestellergemeinschaft führe, vorgezogen.¹⁰

Für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums hält die Arbeitsgruppe eine gesetzliche Regelung für erforderlich, wobei ein einheitlicher Vorschlag jedoch nicht entstanden ist. Diskutiert wurden Modelle zur Ersetzung der Abnahme durch die

- 1 Gesetz zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG). Vom 16.10.2020, BGBl. I, S. 2187, in Kraft seit dem 01.12.2020.
- 2 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz v. 18.06.2013, <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1>, site zul besucht am 10.12.2020, S. 8.
- 3 Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 18.05.2016, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, Begr. RegE (nachfolgend zit. als „Begr. RegE“), BT-Drucks. 18/8486, S. 27.
- 4 3. DBGT, AK V, 4. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 10.12.2020.
- 5 Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, <https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1>, site zul. besucht am 15.12.2020, S. 125.
- 6 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bausträgervertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 19.06.2019, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht_AG_BausträgervertragsR.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (nachfolgend zit. als „Abschlussbericht Bausträgervertragsrecht“), site zul. besucht am 04.12.2020.
- 7 Abschlussbericht Bausträgervertragsrecht, S. 3.
- 8 Abschlussbericht Bausträgervertragsrecht, S. 6.
- 9 Abschlussbericht Bausträgervertragsrecht, S. 12; A. Fuchs, Die Beratungen der Arbeitsgruppe Bausträgervertragsrecht in BMJV, BauR 2020, 371 (375).
- 10 A. Fuchs, BauR 2020, 371 (375).

Fertigstellung,¹¹ sowie zur Vergemeinschaftung¹² der Abnahme.¹³ Einigkeit bestand dahingehend, dass eine Vereinheitlichung der Verjährung von Ansprüchen am Gemeinschaftseigentum erforderlich ist.¹⁴

Weiter empfiehlt die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht dem Besteller einen Anspruch gegen den Bauträger auf Auskunft über Namen und Anschriften der weiteren Besteller einzuräumen, soweit der Vertrag den Erwerb von Eigentum oder eines Erbaurechts vorsieht. Außerdem wird empfohlen, den Abschlagszahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV in einer zivilrechtlichen Verordnung oder dem EGBGB zu regeln.¹⁵

Die anschließende Arbeit an dem Referentenentwurf kam jedoch ins Stocken. Die ursprünglich für Frühjahr 2020 geplante¹⁶ Vorlage des Referentenentwurfs blieb bislang aus.

II. Bauträgervertrag in der Behandlung durch den DBGT

Das Bauträgerrecht hat den Baugerichtstag seit seiner Gründung beschäftigt. Bereits beim Deutschen Baugerichtstag 2006 wurde einstimmig (!) als Empfehlung ausgesprochen, dass das „Vormerkungsmodell“ keine ausreichende Sicherheit im Bauträgervertrag darstellt.¹⁷ Auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag 2010 wurde der Arbeitskreis Bauträgerrecht eingerichtet, der sich exklusiv mit dem Bauträgerrecht beschäftigte. Es spricht für die Qualität der Arbeit am Deutschen Baugerichtstag, dass der Vorschlag der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht zur Sicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers an die mit überwiegender Mehrheit ausgesprochenen Empfehlungen des DBGT¹⁸ anknüpft.

Zu den Folgefragen nach der Abnahme und der Nachzüglerproblematik empfahl der 5. Deutsche Baugerichtstag 2014 mit überwältigender Mehrheit, eine Regelung aufzunehmen, die eine Vergemeinschaftung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums unter engen Voraussetzungen erlauben und insbesondere Nachzügler an die erfolgte Abnahme binden solle.¹⁹ Überdies wurde mit deutlicher Zustimmung empfohlen, bestimmte Dokumentationspflichten des Bauträgers bei Verbraucherverträgen im Grundsatz gesetzlich niederzulegen und in ihrer Ausprägung zu konkretisieren.²⁰ Der 6. Deutsche Baugerichtstag 2016 emp-

fahl einstimmig, eine variantenreiche Absicherung des Bestellers vorzusehen, wenn eine Zahlung der Vergütung ganz oder teilweise vor der Abnahme erfolgen soll.²¹ Auf dem 7. Deutschen Baugerichtstag 2018 wurden Empfehlungen zur Ausgestaltung und Rechtszuständigkeit von Abnahme und Mängelansprüchen ausgesprochen.

III. Arbeitsprogramm des 8. Deutschen Baugerichtstags

Im Hinblick auf den erst nach dem 7. Deutschen Baugerichtstag 2018 vorgelegten Abschlussbericht der am BMJV eingerichteten Arbeitsgruppe und den noch ausstehenden Referentenentwurf hat die Arbeitskreisleitung sich zunächst darauf konzentriert, die im Abschlussbericht deutlich aus- oder angesprochenen offenen Stellen zu vertiefen:

Aus dem Themenkomplex der Absicherung des Bestellers stellen sich namentlich Fragen zum für die Abwicklung maßgeblichen Zeitpunkt: Nach dem Vollzahlungsmodell schadet die Zahlung von 96,5 % der Vergütung nicht, wenn sie erst nach der „Fertigstellung“ verlangt wird. Nach dem als

11 Leupertz, Ein Plädoyer für die Abschaffung der Abnahme beim Bauträgervertrag – Die Beratungen der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht im BMJV, BauR 2020, 380 (382 ff.); kritisch dazu Karczewski, Anmerkungen zum Bericht der BMJV-Arbeitsgruppe, NZBau 2020, 349 (350 ff.).

12 Dafür auch Karczewski, NZBau 2020, 349 (352 f.); BeckOK-BauvertrR/Karczewski, 11. Ed., 06.11.2020, § 650u Rdnr. 74 f.

13 Abschlussbericht Bauträgervertragsrecht, S. 18 f.

14 Abschlussbericht Bauträgervertragsrecht, S. 6.

15 Abschlussbericht Bauträgervertragsrecht, S. 7.

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

17 5. DBGT, AK V, 3. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 09.12.2020.

18 3. DBGT, AK V, 2. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 09.12.2020.

19 5. DBGT, AK V, 4. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 09.12.2020.

20 5. DBGT, AK V, 3. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 09.12.2020.

21 6. DBGT, AK IX, 2. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/6ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 10.12.2020.

Alternative angebotenen Sicherungsmodell ist die Sicherheit zu eben diesem Zeitpunkt zurück zu gewähren. Die Balance zwischen angemessenem Schutz der Besteller und überschießender Belastung der Bauträger muss durch die Justierung dieses Zeitpunkts erfolgen.

Im Hinblick auf den Themenkomplex Abnahme/Mängelansprüche/Nachzügler konnte sich die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht nicht auf einen konkreten Vorschlag einigen. An dieser Stelle hat der Arbeitskreis sich vorgenommen, zu einer weiteren Einengung beizutragen.

Schließlich ist seit Inkrafttreten der §§ 650a ff. BGB deutlich geworden, dass die Verweisung in § 650u Abs. 1 Satz 2 auf die Dokumentationspflicht des § 650n BGB bei von Verbrauchern geschlossenen Bauträgerverträgen weitgehend ins Leere geht. Vor diesem Hintergrund soll, an die Beschlusslage von 2014 anknüpfend, der Frage nach einer Dokumentationspflicht des Bauträgers nochmals nachgegangen werden.

IV. Arbeitskreisleitung und Referenten

Der Arbeitskreis wird von Prof. Dr. Jochen Glöckner²² geleitet. Als Referenten wirken die Herren Rechtsanwälte Olaf Lenkeit²³ und Dr. Hans-Egon Pause²⁴ mit. Die Schwerpunktthemen wurden kollegial identifiziert. Die Fragestellungen wurden unter den Referenten aufgeteilt. Sie haben die Thesen erarbeitet und begründet. Im Hinblick auf die knappe Vorbereitungszeit und die Vorbefassung als Referent auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag hat der Arbeitskreisleiter die Thesen zur Dokumentationspflicht des Bauträgers vorbereitet.

C. Sicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers (Olaf Lenkeit)

I. Ausgangslage und Problem

These 1:

Der Gesetzgeber wird aufgerufen, die „Bezugsfertigkeit“ im Gesetz selbst und abweichend vom bisherigen Verständnis mit höheren Anforderungen zu definieren, wenn an die „Bezugsfertigkeit“ Rechtsfolgen, wie zum Beispiel die Rückführung von Sicherheiten für den Insolvenzfall, geknüpft werden sollen.

1. Ausgangslage

Der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht vom 19.06.2019 sieht in Umsetzung des Auftrages aus dem Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vom 12.03.2018 einen Vorschlag zur gesetzlichen Regelung einer Insolvenzabsicherung des Bestellers vor. Die überwiegende Meinung der Teilnehmer sprach sich für eine Rückzahlungsabsicherung aus, also für einen gesetzlich geregelten Anspruch des Bestellers auf Rückgewähr bzw. Ersatz seiner geleisteten Abschlagszahlungen. Die Absicherung soll aber nur dann notwendig sein, wenn der Bauträger Abschlagszahlungen bzw. Raten entgegennimmt. Die Absicherung soll hingegen entbehrlich sein, wenn der Bauträger eine erste Zahlung erst bei Vorliegen der Bezugsfertigkeit (und Besitzübergabe) anfordern darf. Für Verträge mit Verbraucher-Erwerbern soll die Absicherungspflicht zwingend ausgestaltet werden.²⁵

Die mehrheitliche Auffassung zum Gegenstand der Absicherung, zum Umfang des zu sichernden Anspruchs und zum Eintritt des Sicherungsfalles bleibt besonders bezüglich des Abwartens zur Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters und wegen der möglichen Beschränkungen eines Rücktrittsrechts des Bestellers durch insolvenzrechtlich möglicherweise entgegenstehende Regelungen diskussionsbedürftig.

Nach übereinstimmender Auffassung der Arbeitsgruppe soll der Zeitraum der Aufrechterhaltung der Sicherheit nicht ungeregelt bleiben. Erkennbar wird, dass ein Gleichlauf des Modells ohne Absicherung bei erstmaliger Zahlung bei Bezugsfertigkeit und des Modells mit Insolvenzabsicherung der bis dahin angeforderten Raten und Rückgabe der Sicherheit bei Erreichen der Bezugsfertigkeit angestrebt wird.²⁶ Dem Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit kommt daher im neu zu regelnden Bauträgervertragsrecht eine besondere Bedeutung zu.

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

23 RA Olaf Lenkeit, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Berlin.

24 RA Dr. Hans-Egon Pause, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, München.

25 Dies entspricht den Vorschlägen des 3. und 5. Deutschen Baugerichtstages.

26 Vgl. A. Fuchs, BauR 2020, 371 (379).

2. Problem

Der Begriff der Bezugsfertigkeit wird in einer Rechtsvorschrift, in § 13 Abs. 4 Wohnungsbindungsgesetz (WoBindG) wie folgt definiert:

¹Eine Wohnung gilt als bezugsfertig, wenn sie so weit fertiggestellt ist, dass den zukünftigen Bewohnern zugemutet werden kann, sie zu beziehen; die Genehmigung der Bauaufsichtsbehörde zum Beziehen ist nicht entscheidend. ²Im Falle des Wiederaufbaues ist für die Bezugsfertigkeit der Zeitpunkt maßgebend, in dem die durch den Wiederaufbau geschaffene Wohnung bezugsfertig geworden ist; Entsprechendes gilt im Falle der Wiederherstellung, des Ausbaues oder der Erweiterung.

Die Definition findet sich in etwa gleichlautend in Ziffer 3.3.2.1 der Musterverwaltungsvorschrift zum Vollzug des § 34c der Gewerbeordnung und der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBVwV).²⁷

Wann Bezugsfertigkeit vorliegt, wird in der Rechtsprechung und Literatur durchaus unterschiedlich beurteilt. Nach überwiegender Meinung liegt Bezugsfertigkeit schon vor, wenn dem Erwerber oder Dritten (etwa Mietern) der Bezug des Objekts zumutbar ist.²⁸ Die Frage der Zumutbarkeit des Bezugs sei nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen. Die Tatsache allein, dass das Objekt vom Erwerber oder Dritten bezogen wurde oder vom Erwerber für bezugsfertig erklärt wurde, soll hierfür nicht ausreichend sein und nur einen Anhaltspunkt für die Bezugsfertigkeit bieten können.²⁹ Wurde der Besteller aber zu einer Abnahmeerklärung auch unter Vorbehalt von Mängeln veranlasst, soll Bezugsfertigkeit gegeben sein.³⁰

Nochmals deutlich niedriger fallen die Anforderungen in der Rechtsprechung zum öffentlichen Recht,³¹ im Mietrecht³² und im Versicherungsrecht³³ aus. Die Mindestanforderungen an die Bezugsfertigkeit verlangen daher nur, dass das Vertragsobjekt im Rahmen normaler Wohnverhältnisse ohne Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Bewohner auf Dauer genutzt werden kann. Auch die Fertigstellung der Außenanlagen soll für die Bezugsfertigkeit nicht erforderlich sein.³⁴ Notwendig sei lediglich ein – womöglich noch nicht einmal sicherer – Zugang zum Haus und/oder zur Wohnung.³⁵

Vertreten wird, dass das Vorliegen von Mängeln am Vertragsobjekt der Bezugsfertigkeit grundsätzlich nicht entgegenstehen soll, solange es sich nicht um Mängel handelt, von denen eine Gefahr für die Sicherheit der Bewohner ausgeht oder deren Beseitigung derart umfangreiche Arbeiten erfordert, dass den Bewohnern ein Aufenthalt im Objekt während dieser Arbeiten nicht mehr zumutbar ist.³⁶

Nach strengerer Ansicht dürfen nur kleinere Mängel oder geringfügige, nicht störende Restarbeiten zu erledigen sein und es muss sichergestellt sein, dass nach dem Bezug der Räume Feuchtigkeit, die ihre Ursache in der Bauerstellung hat, aus den Wänden nicht mehr austreten kann.³⁷

Mit dem Eintritt der Bezugsfertigkeit wird nach den Vorstellungen der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht beim BMJV der größte Teil der Vergütung bei der Vertragsvariante ohne Raten fällig. Beim Modell mit Raten ist bei Eintritt der Bezugsfertigkeit die Rückabwicklungssicherheit zurückzugeben. Zu diesem Zeitpunkt muss nach derzeitiger Lesart die erbrachte Bauleistung weder fertiggestellt noch abgenommen sein. Möglich ist auch, dass große Teile der Bausubstanz, die für die Gesamtanlage das Gemeinschaftseigentum bilden werden, noch nicht oder nicht im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt sind. Nachzeitigem

27 Abgedruckt bei Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019.

28 Marcks, § 3 MaBV Rdnr. 40a; Basty, Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, E Rdnr. 511.

29 BeckOGK-BGB/Matkovic, Stand 01.10.2020, § 650v Rdnr. 94.

30 So KG, Urt. v. 05.12.2017 – 21 U 109/17, BauR 2018, 1430.

31 Auf die „Eignung“ als Wohnung abstellend sei eine Mindestausstattung mit Kochraum mit Entlüftungsmöglichkeit, Wasserzapfstelle, Spülbecken und Anschlussmöglichkeit für Gas- oder Elektroherd ausreichend, so VGH München, Beschl. v. 03.11.1995 – 24 B 95.39, BeckRS 1995, 16893.

32 LG Berlin, Urt. v. 18.11.2003 – 63 S 8/03, BeckRS 2003, 14397; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.01.1995 – 10 U 36/94, ZMR 1995, 465.

33 Vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 30.10.2007 – 6 U 121/07, BeckRS 2007, 19145; Heizung fehlt; OLG Oldenburg, Urt. v. 21.08.1991 – 2 U 63/91, NJW-RR 1992, 289; Bezugsfertigkeit, obwohl das Dach fehlt.

34 OLG Hamm, Urt. v. 31.05.2007 – 24 U 150/04, BauR 2007, 1737 – Elbuferwohnung.

35 Ein Holzsteg als Zugang soll genügen, so OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.01.1995 – 10 U 36/94, ZMR 1995, 465.

36 Basty, Bauträgervertrag, E Rdnr. 512; BeckOGK-BGB/Matkovic, Stand 01.10.2020, § 650v Rdnr. 99.

37 Drasdo, Der Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit, ZfIR 2019, 14 (15).

Verständnis dürfen die Fassadenarbeiten noch ausstehen, was damit begründet wird, dass die Fassadenrate im Zahlungsplan des jetzigen § 3 Abs. 2 MaBV hinter der Bezugfertigerkeitsrate aufgeführt wird.³⁸

Einen solch frühen Zeitpunkt für die Rückgabe der Sicherheit bzw. die (ungesicherte) Fälligkeit des größten Teils der Vergütung zu bestimmen, entspricht natürlich dem Interesse des Unternehmers, der die gestellten Sicherheiten möglichst bald zurückführen und die Vorfinanzierung der Bauleistung beenden will. Dieses Interesse ist indes abzuwägen mit den Interessen der Erwerber, deren Absicherung den gesetzlichen Auftrag darstellt.

3. Lösungsvorschlag

Aufgrund der künftig deutlich höheren Bedeutung der Feststellung der Bezugfertigerkeit muss der Begriff

- klar im Gesetz definiert sein,
- deutlich schärfere Anforderungen umfassen, als nach derzeitigem überwiegender Verständnis,
- die Bausubstanz erfassen, die das Gemeinschaftseigentum bildet.

Die klare gesetzliche Definition ist erforderlich, weil sich der künftige gesetzliche Begriffsinhalt der Bezugfertigerkeit vom oben dargestellten derzeitigen Verständnis in Rechtsprechung und Literatur unterscheiden soll.

Vor diesem Hintergrund spricht These 1 sich für eine ausdrückliche gesetzliche Definition der Bezugfertigerkeit mit strengeren Anforderungen aus, als sie dem bisherigen Verständnis entsprechen. Alle Bautenstandsraten müssen der Bezugfertigerkeit vorgehen und der Bautenstand muss auch beim künftigen gemeinschaftlichen Eigentum erreicht sein, der eine Nutzung nicht nur gefahrlos, sondern ohne wesentliche Störungen durch Restarbeiten ermöglicht. Es müssen insbesondere die Fassadenarbeiten bereits abgeschlossen sein, weil diese regelmäßig die Nutz- und Wohnbarkeit sowie ggf. die Vermietbarkeit beeinträchtigen. Zudem gehört zum Verständnis der Bezugfertigerkeit auch, dass eine ausreichende Dämmung der Außenwände gegen Hitze oder Kälte vorliegt.

Der im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe niedergelegte Ausgangspunkt, wonach eine Fertigstellung des Objektes durch die Besteller nach Besitzüber-

gang weder mit unzumutbarem Aufwand noch mit existenzbedrohenden Kosten³⁹ möglich ist, schließt aber ein Verständnis vom Zeitpunkt der Bezugfertigerkeit aus, bei dem erhebliche Teile der Bausubstanz im Gemeinschaftseigentum noch unfertig oder nicht vertragsgemäß hergestellt sind. Hierzu gehören auch Stellplätze bzw. Garagen.

II. Verbleib der Erfüllungssicherheit des § 650m Abs. 2 und 3 BGB

These 2:

Der Gesetzgeber wird aufgerufen, den Verweis auf § 650m Abs. 2 und 3 BGB für den Bausträgervertrag beizubehalten.

1. Problem

Nach § 650m Abs. 2 BGB ist dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel i.H.v. 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten, die sich bei Erhöhung des Vergütungsanspruchs um mehr als 10 % entsprechend ebenfalls erhöht. Die Abs. 2 und 3 entsprechen mit geringfügigen Änderungen der bereits durch Forderungssicherungsgesetz seit dem 01.01.2009 bis 2018 geltenden Regelung von § 632a Abs. 3, 4 BGB a.F. Die Sicherheit muss der Unternehmer nur leisten, wenn er Abschlagszahlungen fordert oder vereinbart. Der Unternehmer muss die Sicherheit unaufgefordert erbringen.⁴⁰ Ein Verlangen des Verbrauchers bezüglich der Sicherheit ist nicht Voraussetzung. Bezüglich der Art der Sicherheitsleistung folgt § 650m Abs. 2, 3 BGB den vergleichbaren gesetzlichen Regelungen und übernimmt den bisherigen Regelungsmechanismus aus § 632a Abs. 3, 4 BGB a.F. Danach kann die Sicherheitsleistung nach § 232 Abs. 1 BGB stets durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren oder durch Verpfändung erfolgen, also durch Realsicherheit. Wie schon die § 648a Abs. 2 BGB a.F. und § 632a Abs. 4 BGB a.F. regelt nunmehr § 650m Abs. 3 BGB, dass die Sicherheit

³⁸ Reithmann/Terbrack/Schiffers, Kauf vom Bausträger, 8. Aufl. 2018, C Rdnr. 425; mit Recht a.A. Pause, Bausträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, B Rdnr. 329.

³⁹ Abschlussbericht Bausträgervertragsrecht, S. 11.

⁴⁰ Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Kommentar, 14. Aufl. 2019 (nachfolgend zit. als „PW/W/Be-arb.“), § 632a Rdnr. 13.

auch durch Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden darf. Die Hinterlegung des betreffenden Betrages auf Notaranderkonto kommt nach der gesetzlichen Regelung nicht in Betracht,⁴¹ schon deshalb, weil § 232 Abs. 1 BGB allein die Hinterlegung nach der Hinterlegungsordnung bei den Amtsgerichten meint.⁴² Eine entsprechende Regelung in AGB des Unternehmers ist dem Verbraucher gegenüber unwirksam. Auf Verlangen des Unternehmers kann nach § 650m Abs. 2 Satz 3 BGB die Sicherheitsleistung auch durch Einbehalt erbracht werden, indem der Verbraucher die Abschlagszahlungen bis zum Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält. Die Sicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB erhält der Verbraucher für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel. Sie betrifft also sein Erfüllungsinteresse, das in der Regel mit der abnahmereifen Erbringung der geschuldeten Werkleistung befriedigt ist.⁴³

Die rechtzeitige Herstellung bezieht sich auf den vereinbarten Fertigstellungstermin, der sich wegen § 650k Abs. 3 BGB aus dem Vertrag ergeben soll.⁴⁴ Haben die Parteien eine Vertragsstrafe vereinbart und befindet sich der Unternehmer mit der Fertigstellung im Verzug, so „entsteht“ der Vertragsstrafenanspruch erst mit dem Vorbehalt bei der Abnahme nach § 341 Abs. 3 BGB.⁴⁵ Regelungen in AGB des Unternehmers und insbesondere auch in Bauträgerverträgen, die vorsehen, dass der Verbraucher eine Vertragserfüllungssicherheit i.S.d. § 650m Abs. 2 BGB bereits vor oder bei der Abnahme zurückzugeben hat, sind daher unwirksam. Sie könnten beim Verbraucher den unzutreffenden Eindruck erwecken, er sei zur Rückgabe der Sicherheit verpflichtet, damit eine Abnahme oder auch eine Übergabe des Objektes im Falle der Bezugsfertigkeit überhaupt erfolgen könne, obwohl die gesicherten Ansprüche durch die Vorbehalte bei der Abnahme die Aufrechterhaltung der Sicherheitsleistung rechtfertigen.

Die Sicherheit dient auch der Durchsetzung der vertraglich geschuldeten Herstellung in mangelfreier Form. Sie betrifft damit alle nicht vertragsgemäßen oder mangelhaften Leistungen des Unternehmers, die bis zur Abnahme bzw. während des Abnahmevorgangs festgestellt werden und bis dahin nicht behoben sind. Sie betrifft damit ins-

besondere die ausdrücklich bei der Abnahme vorbehaltenen Mängel.⁴⁶ Die Sicherheitsleistung nach § 650m Abs. 2 BGB betrifft demgegenüber nicht Mängelansprüche nach der Abnahme. Wird nach der Abnahme ein Mangel entdeckt, so kann die Rückgabe der Erfüllungssicherheit wegen dieses Mangels nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB gestützt werden.⁴⁷

Gemäß der derzeitigen Fassung des § 650u BGB ist beim Bauträgervertrag lediglich § 650m Abs. 1 BGB nicht anwendbar. Im Übrigen sind die Vorschriften des Werkvertragsrechts sowie die Regelungen des Bauvertrages und insbesondere des Verbraucherbauvertrages (ggf. entsprechend) anzuwenden. Der Gesetzgeber des Bauvertragsrechts hat somit sehr wohl das Bedürfnis gesehen, eine wenn auch geringe Absicherung des Bestellers beim Bauträgervertrag für Verzugsschäden und Mängel beizubehalten.

Zudem ist § 650m Abs. 2 BGB nicht von § 650o BGB erfasst. Die Vorschrift ist somit abdingbar. Dies gilt jedoch nur für Individualvereinbarungen. Im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauträgers unterliegt der Anspruch auf Vertragserfüllungssicherheit dem Schutz des § 309 Nr. 15 Buchst. b) BGB.⁴⁸

Nur weil eine Rückzahlungssicherheit gesetzlich eingeführt wird, die zudem auf den Insolvenzfall begrenzt sein soll und die Schlechtleistung ausklammert, ist das Bedürfnis nach Absicherung für den Besteller, der das Erwerbsobjekt behalten will, nicht weggefallen. Sein Sicherungsbedürfnis für die Vertragserfüllung besteht weiterhin.

41 Basty, Bauträgervertrag, E Rdnr. 457; Blank, Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 247; Everts, Die Auswirkungen des FoSiG auf die notarielle Praxis, insb. auf Bauträgerverträge, MittBayNot 2009, 190 (193).

42 Everts, MittBayNot 2009, 190 (193).

43 PWW/Leupertz/Halfmeier, § 632a Rdnr. 14.

44 Er kann sich bei entsprechender Anwendung im Bauträgervertrag sowohl auf die Bezugsfertigkeit als auch auf die vollständige Fertigstellung beziehen, vgl. Basty, Bauträgervertrag, E Rdnr. 460.

45 Es sei denn, der Verbraucher hätte bereits zuvor in wirksamer Weise mit dem Vertragsstrafenanspruch die Aufrechnung erklärt, vgl. BGH, Urt. v. 05.11.2015 – VII ZR 43/15, BauR 2016, 499.

46 Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, 2015, Rdnr. 48/1, 6.

47 IbrOK/v. Rintelen, Stand 21.08.2017, § 632a BGB Rdnr. 144.

48 BeckOK-BauvertrR/Karczewski, § 650u BGB Rdnr. 146.

Die Erfüllungssicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB hat daher eine grundsätzlich andere Funktion als die geplante Insolvenzversicherung. Abwicklungsprobleme bei der ohnehin auf nur 5 % begrenzten Sicherheit sind nicht bekannt geworden. Generell sollten alle Verträge, die von Verbrauchern mit dem Ziel der Neuerrichtung oder Modernisierung von Gebäuden geschlossen werden, einen angemessenen Verbraucherschutz im Hinblick auf gegenseitige Sicherheiten⁴⁹ haben. Dazu gehören auch Verträge des Verbrauchers mit dem Bausträger.

2. Lösungsvorschlag

Der Verweis auf die Vorschriften zur Erfüllungssicherheit und ihre Anwendbarkeit auf den Bausträgervertrag sollen erhalten bleiben. Es wird grundsätzlich ein anderes Risiko abgesichert. Dies gilt umso mehr, als die Untersuchungen des BMJV zum Absicherungsbedürfnis des Bestellers gemäß dem Abschlussbericht vom 31.10.2018 ein deutlich über 5 % liegendes Absicherungsbedürfnis herausgearbeitet haben. Eine Streichung der Erfüllungssicherheit für den Besteller beim Bausträgervertrag würde das Ergebnis dieser Untersuchung in ihr Gegenteil verkehren.

D. Abnahme des Gemeinschaftseigentums und Nachzüglerproblematik (RA Hans-Egon Pause)

Die Notwendigkeit, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums gesetzlich zu regeln, ist unbestritten. Die jetzige Regierungskoalition hat sich die Lösung dieser Frage im Koalitionsvertrag vom 12.03.2018 ausdrücklich zum Ziel gesetzt.⁵⁰ Der Deutsche Baugerichtstag hat sich wiederholt mit diesem Thema befasst und Empfehlungen beschlossen. Die vom BMJV dazu eingerichtete Arbeitsgruppe hat verschiedene Vorschläge entwickelt.⁵¹ Keiner der in der Arbeitsgruppe des BMJV diskutierten Abnahmemodelle fand eine Mehrheit. Der Grund dürfte darin liegen, dass das Fertigstellungsmodell⁵² nur an die tatsächliche vollständige Bauausführung anknüpfen und ohne Abstimmung innerhalb der Erwerbbergemeinschaft über die Vertragsgemäßheit auskommen wollte,⁵³ während sich die Abnahme durch die Gemeinschaft in der Diskussion über die Verhinderung unangemessener Übervorteilungen durch den Bausträger verlor.⁵⁴ Es ist der Konflikt zwischen einer möglichst gut handhabbaren und einer gerechten Lösung. Das Problem des Fertigstellungsmodells liegt wohl dar-

in, dass eine Kontrolle des Werks auf seine vertragsgerechte Herstellung unterbleibt – das widerspricht der gesetzlichen Vorstellung vom Übergang aus der Erfüllungs- in die Nacherfüllungsphase beim Werkvertrag (deshalb wurde auch versucht, wenigstens die Fertigstellung des Werks einer Überprüfung zu unterziehen – und das Modell damit zu verkomplizieren bzw. zu verwässern).

Dem vertrauten Rechtsdenken und dem Bedürfnis nach einer durch die Erwerber legitimierten Abnahmeentscheidung dürften deshalb Verfahren am nächsten kommen, bei denen die Erwerber die Entscheidung über die Abnahme unmittelbar oder wenigstens mittelbar beeinflussen, also Verfahren, die eine Legitimation der Abnahmewirkung durch eine Mehrzahl von zustimmenden Erwerbern vorsehen. Das könnte eine für sämtliche Erwerber verbindliche Abnahme sein, die durch eine Mindestanzahl an Einzelabnahmen bewirkt wird, oder eine Abnahme, die auf der Basis einer Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung erklärt wird.

Die erste These enthält deshalb die grundsätzliche Weichenstellung zwischen einer Gesamtabnahme durch eine qualifizierte Anzahl an Einzelabnahmen und einer Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft. Die folgenden Thesen vertiefen sodann das präferierte Modell einer Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft.

49 Vgl. auch den Abschlussbericht „Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Möglichkeiten der Ausgestaltung einer verpflichtenden Absicherung der Ansprüche des Bestellers einer Bauleistung auf Fertigstellung und Mangelgewährleistung“ beim Bundesministerium der Justiz v. 31.10.2018, <https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht_Absicherung_Besteller_Bauleistung.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, site zul. besucht am 15.12.2020.

50 Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, <https://www.cdu.de/system/tfd/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1>, site zul. besucht am 15.12.2020, S. 125.

51 Abschlussbericht Bausträgervertragsrecht, S. 6 ff.

52 Abschlussbericht Bausträgervertragsrecht, S. 20 f.

53 Leupertz, BauR 2020, 380 (385 f.).

54 Abschlussbericht Bausträgervertragsrecht, S. 18 ff.

I. Soll die Wohnungseigentümergeinschaft mit der Abnahme der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums befasst werden?

These 1:

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums soll das Ergebnis eines Willensbildungsprozesses in der Wohnungseigentümergeinschaft sein.

1. Problem

Ist für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ein Willensbildungsprozess in der Wohnungseigentümergeinschaft nötig oder könnte die (jeweils individuell erklärte) Abnahme einer bestimmten Anzahl an Erwerbern für eine Abnahmefiktion für sämtliche anderen Erwerber einschließlich Nachzügler genügen?

Die Abnahme des vom Bauträger errichteten Bauwerks ist eine individuelle Pflicht des Erwerbers, die auf dem von ihm abgeschlossenen Bauträgervertrag beruht.⁵⁵ Sie ist eine vertragliche Hauptpflicht. Das gilt beim Erwerb von Wohnungseigentum sowohl für die Wohnung (das Sondereigentum) wie auch für die Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums.

Unter der Geltung des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a.F. bestand nach überwiegender Auffassung für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums keine Wahrnehmungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft.⁵⁶ Demgemäß bestand auch keine Grundlage für eine Meinungs- und Willensbildung durch die Wohnungseigentümergeinschaft, für Beschlussfassungen durch die Eigentümersammlung und deren Umsetzung durch die Verwaltung. Das hat sich durch die WEG-Reform 2020 nicht geändert. Von § 9a Abs. 2 WEG wird nicht nur eine Ausübungsbefugnis für einheitlich zu verfolgende Rechte, sondern auch eine Wahrnehmungsbefugnis für gemeinschaftlich zu erfüllende Pflichten begründet. Bei diesen Befugnissen handelt es sich um sog. geborene Zuständigkeiten. Weder aus dem Wortlaut noch aus der Gesetzesbegründung ergeben sich Hinweise darauf, dass anders als nach dem bisher geltenden Recht nunmehr eine Wahrnehmungsbefugnis für die Abnahme bestehen sollte. Die Gesetzesbegründung erörtert die gesetzlichen Befugnisse, die über die Ansprüche aus dem Eigentum hinausgehen, ausschließlich für die Mängelrechte, nicht aber für die Abnahme.⁵⁷

Auch nach der WEG-Reform 2020 bleibt die Abnahme also insgesamt individualrechtlich.⁵⁸ Es ist denkbar, die Wohnungseigentümergeinschaft auch zukünftig nicht mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu belasten und etwa erforderliche Neuregelungen auf das Verhältnis zwischen Erwerber und Bauträger zu beschränken. Eine einheitliche Abnahme könnte etwa in der Weise erreicht werden, dass sie als durch sämtliche Erwerber erklärt gilt, wenn eine bestimmte Anzahl von Erwerbern das Gemeinschaftseigentum abgenommen hat. Die Abnahme mit sämtlichen Wirkungen würde bei Erreichung des Quorums eintreten. Eine „Abstimmung“ der Erwerber würde nicht im Forum der Gemeinschaft, sondern durch die tatsächliche Erklärung der Abnahme durch eine (qualifizierte) Mehrheit erfolgen können. Nach Erklärung der Abnahme durch eine gesetzlich vorausgesetzte Anzahl an Erwerbern würde das Gemeinschaftseigentum im Verhältnis zu sämtlichen Erwerbern als abgenommen gelten, und zwar unterschiedslos für diejenigen, die bereits einen Vertrag abgeschlossen haben, wie auch für diejenigen, die erst später erwerben (Nachzügler), und zwar selbst für solche, die die Abnahme verweigern würden oder wollen.

Einem solchen Konzept steht die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber.⁵⁹ Voraussetzung dafür wäre, dass eine gesetzliche Wahrnehmungsbefugnis für diese Verpflichtung der Erwerber geschaffen wird. Geklärt werden müsste, ob es sich um eine zwingende (geborene) oder eine fakultative (gekorene) Befugnis handelt. Außerdem

55 BGH, Urt. v. 12.05.2016 – VII ZR 171/15, Rdnr. 33 f., BauR 2016, 1467.

56 BGH, Urt. v. 12.05.2016 – VII ZR 171/15, Rdnr. 33, 37 m.w.N., BauR 2016, 1467; a.A. AG München, Urt. v. 07.07.2010, NJW 2011, 2222; ebenso AG Tettngang, Urt. v. 21.04.2011 – 4 C 1132/10, IMR 2011, 510.

57 Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 27.04.2020, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG), Begr. RegE, BT-Drucks. 19/18791, S. 47.

58 Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht, 2021, Kap. 3 Rdnr. 142; Hügel/Elzer, 3. Aufl. 2021, § 9a WEG Rdnr. 136.

59 Das entspricht im Ausgangspunkt dem Votum des 5. DBGT, AK V, 4. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 15.12.2020.

würde in Ergänzung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften (§ 25 Abs. 4 WEG) Vorsorge für die missbräuchliche Herbeiführung von Beschlüssen durch den Bauträger, sofern er noch Miteigentümer ist, geschaffen werden. Die Bindung sämtlicher Erwerber an die von der Wohnungseigentümergeinschaft erklärten Abnahme ist durch das wohnungseigentumsrechtliche Verfahren legitimiert.

Abzuwägen ist demnach die Frage, bei welchem der hier in den Vordergrund gerückten Verfahren eine ebenso zügige wie auch sachlich richtige und zugleich hinreichend legitimierte Abnahme zu erwarten ist.

2. Lösungsvorschlag

Der These 1 liegen folgende Erwägungen zugrunde: Durch eine Gesamtabnahme aufgrund einer qualifizierten Anzahl an Einzelabnahmen würde zwar auf einfachem Weg eine einheitliche Abnahme mit einem gemeinsamen Abnahmezeitpunkt für sämtliche Erwerber erreicht. Die „Richtigkeitskontrolle“ wird jedoch allein durch die gesetzgeberische Festlegung des Quorums gewährleistet. Eine auf diesem Weg vorzeitig erklärte oder wegen wesentlicher Mängel gar nicht gebotene Abnahme wäre als „systemimmanent“ hinzunehmen, weil die Mängelrechte, abgesehen von der Beweislastumkehr und dem Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche, nicht verkürzt würden. Das Ziel, zeitnah zur Nutzungsaufnahme zu einer Abnahme zu kommen und einen einheitlichen Beginn der Verjährungsfrist zu bewirken wäre ebenso erreicht wie unsägliche Auseinandersetzungen innerhalb der Gemeinschaft, ob abgenommen werden soll, vermieden wären. Es würde ein zügiger Übergang vom Erfüllungs- ins Nacherfüllungsstadium erreicht. Die Problematik der Nachzüglerfälle wäre zugleich gelöst.

Nicht unerhebliche Gesichtspunkte sprechen aber gegen diese Lösung: Der Nachteil der Gesamtabnahmewirkung, die an ein bestimmtes Quorum von Einzelabnahmen geknüpft ist, besteht vor allem darin, dass – wie gegenwärtig – die Begleitung durch fachkundige Berater nicht oder nur in geringerem Umfang stattfinden wird. Ebenso wenig besteht die Möglichkeit einer Meinungsbildung im Gremium der Eigentümerversammlung. Vor allem besteht die Gefahr einer vorzeitigen Abnahme, sei es, weil wesentliche Mängel übersehen werden,

sei es, weil die Wohnanlage noch gar nicht fertiggestellt ist. Eigentümer, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums möglicherweise aus guten Gründen verweigern wollen, würden übergangen; sie würden sich auch kaum Gehör verschaffen können. Eine technische Beratung, die zwar auch bei einer individuellen Abnahme möglich wäre, würde aber schon wegen der damit verbundenen nicht unerheblichen Kosten eher unterbleiben. Eine Abstimmung mit den anderen Erwerbern bliebe dem Zufall überlassen.

Diese Belange würden bei einer Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft stärker Berücksichtigung finden können. Hier wäre eine (wohnungseigentums-) gerichtliche Überprüfung des Handelns der Wohnungseigentümergeinschaft möglich. Die gemeinsame Beauftragung und Finanzierung von Sachverständigen und die Möglichkeit, Entscheidungen einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen, sprechen für eine Wahrnehmungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft – auch um den Preis einer unbestreitbaren Schwerfälligkeit und Langwierigkeit des Prozederes.

II. Gekorene oder geborene Wahrnehmungskompetenz

These 2:

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sollte als eine Pflicht der Wohnungseigentümer, die eine einheitliche Erfüllung (i.S.v. § 9a Abs. 2 WEG) erfordert, ausgestaltet werden.

1. Problem

Es besteht keine Wahrnehmungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums nach § 9a Abs. 2 WEG.⁶⁰ Voraussetzung wäre eine „Pflicht, die eine einheitliche Erfüllung erfordert“ (analog der Rechte, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern) – für § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a.F. war das überwiegend verneint worden.⁶¹ Das dürfte auch heute zutreffen.

⁶⁰ Dötsch/Schultzky/Zscheschack, Kap. 3 Rdnr. 142; Hügel/Elzer, § 9a WEG Rdnr. 136.

⁶¹ BGH, Urt. v. 12.05.2016 – VII ZR 171/15, Rdnr. 33, 37, BauR 2016, 1467.

Wollte man die Abnahme nicht als individuellen Rechtsakt beibehalten (oder auf sie ganz verzichten), bedürfte es einer entsprechenden gesetzlichen Aufgabenzuweisung und Wahrnehmungskompetenz für die Wohnungseigentümergeinschaft.

Denkbar wäre eine „schwache“ Zuständigkeit der Gemeinschaft im Sinne einer „gekorenen“ Wahrnehmungsbefugnis. Das entsprach der Empfehlung des 5. Deutschen Baugerichtstages.⁶² Würde eine gekorene Wahrnehmungskompetenz geschaffen, läge die Verpflichtung zunächst bei den einzelnen Erwerbern. Die Wohnungseigentümergeinschaft könnte diese individuelle Verpflichtung durch einen entsprechenden Beschluss an sich ziehen („vergemeinschaften“). Erst jetzt läge die Entscheidung über die Abnahme und die Verpflichtung, die Abnahme zu erklären, bei ihr.

Stattdessen könnte die der Gemeinschaft zugewiesene Befugnis auch im Sinne einer „geborenen“, also ausschließlichen Befugnis ausgestaltet werden. Das entspräche der in § 9a Abs. 2 WEG enthaltenen bzw. der durch diese Regelung vorgezeichneten Wahrnehmungsbefugnis.⁶³ Vorgängige individuelle Abnahmen würden dadurch ausgeschlossen. Widersprüche zwischen Erklärungen einzelner Erwerber und spätere Erklärungen der Gemeinschaft könnten nicht auftreten.

2. Lösungsvorschlag

Bei einer gekorenen Wahrnehmungsbefugnis wäre es möglich, dass im Zeitpunkt der Entscheidung durch die Wohnungseigentümergeinschaft einzelne Erwerber bereits abgenommen haben und nun die Wohnungseigentümergeinschaft über die Abnahme, die Abnahmeweigerung und etwaige Vorbehalte befindet. Das dürfte noch darstellbar sein; die später von der Gemeinschaft verweigerte oder mit Vorbehalten erklärte Abnahme könnte sich allerdings nur noch auf die Erwerber beziehen, die nicht schon abgenommen haben. Auch bei der späteren Rechtsverfolgung von Mängelansprüchen würde dies eine untergeordnete Rolle spielen, da die Gemeinschaft die Ansprüche derjenigen Erwerber aufgreifen könnte, für die die Abnahme von ihr verweigert wurde. Problematisch ist es aber, wenn bereits sämtliche Erwerber abgenommen haben. Hier bliebe kein Raum für anderslautende Erklärungen der Gemeinschaft – die von allen Erwerbern einmal erfüllte Pflicht kann von der Ge-

meinschaft nicht noch einmal (anders) erfüllt oder deren Erfüllung nachträglich verweigert werden.

Diese Widersprüche würden durch eine geborene Kompetenz (analog § 9a Abs. 2 WEG) vermieden. Das Gemeinschaftseigentum könnte nur und ausschließlich von der Wohnungseigentümergeinschaft abgenommen werden. Ihr allein obliegt die Entscheidung über die Erklärung der Abnahme oder ihre Verweigerung. Sie wäre auch prozessrechtlich passivlegitimiert. Da sich die gesetzliche Vorschrift des § 9a Abs. 2 WEG nicht auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums bezieht,⁶⁴ müsste eine entsprechende Erweiterung auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums entweder in § 9a Abs. 2 WEG oder eine entsprechende gesetzliche Regelung in die bauträgerrechtlichen Vorschriften der §§ 650u ff. BGB aufgenommen werden.

III. Mögliche Ausnahme von der Wahrnehmungskompetenz der Gemeinschaft

These 3:

Bei Wohnungseigentumsanlagen mit weniger als zehn Einheiten wird es den Parteien des Bauträgervertrages gestattet, eine individuelle Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums zu vereinbaren.

1. Problem

Bei einer geborenen Wahrnehmungskompetenz (analog § 9a Abs. 2 WEG) ist eine individuelle Abnahme grundsätzlich ausgeschlossen, und zwar selbst dann, wenn Erwerber und Bauträger diese übereinstimmend so praktizieren wollten. Bei kleinen Wohnanlagen, die aus weniger als zehn Einheiten bestehen, insbesondere bei Reihenhäusern oder Doppelhäusern, die als Wohnungseigentum errichtet werden, wird es aber häufig dem Bedürfnis der

62 5. DBGT, AK V, 4. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 15.12.2020; in diesem Sinne auch Vogel, 2. These, 5. DBGT, BauR 2014, 1617 (1630 ff.).

63 Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 27.04.2020, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG), Begr. RegE, BT-Drucks. 19/18791, S. 47.

64 Dötsch/Schultzky/Zscheschack, Kap. 3 Rdnr. 142; Hügel/Elzer, § 9a WEG Rdnr. 136.

Parteien entsprechen, die Abnahme mit geringem Aufwand individuell durchzuführen.

2. Lösungsvorschlag

Bei kleinen Wohnungseigentumsanlagen mit nicht mehr als zehn Wohnungseigentumseinheiten (ohne Teileigentum an Stellplätzen usw.) kann die gesetzliche Kompetenz der Gemeinschaft zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums abbedungen werden.

IV. Schutz der Erwerber vor Missbrauch der Beschlusskompetenz der Gemeinschaft

These 4:

Voraussetzung für eine Beschlussfassung durch die Wohnungseigentümergeinschaft zur Abnahme ist die Veräußerung von mindestens 50 % der Einheiten, die mindestens 50 % der Miteigentumsanteile repräsentieren. Erklärt der Bauträger in den Erwerbsverträgen, eine bestimmte Anzahl an Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten für mindestens drei Jahre nicht veräußern zu wollen, bleiben die Einheiten bei der Berechnung der Mindestanzahl außer Betracht.

1. Problem

Der Bauträger könnte versucht sein, vorzeitig über die Abnahme beschließen zu lassen. Einem Beschluss nach Entstehung der Gemeinschaft (§ 9 Abs. 1 Satz 2 WEG) stünde zwar § 25 Abs. 4 WEG entgegen. Es wären aber auch Sachverhalte denkbar, bei denen der Bauträger nur einen geringen Teil der Einheiten veräußert oder übergeben hat und bereits jetzt über die Abnahme entscheiden lassen wollte.⁶⁵

2. Lösungsvorschlag

Zum Schutz vor Missbrauch ist ein Quorum Voraussetzung für eine Beschlussfassung über die Abnahme durch die Gemeinschaft. Zu erörtern bleibt die Frage, ob eine doppelte Hürde vorgesehen werden soll im Sinne einer Mindestanzahl an vorhandenen Erwerber und einer Mindestanzahl an vertretenen Miteigentumsanteilen. Ebenfalls klärungsbedürftig erscheint die Frage, was gelten soll, wenn der Bauträger nur eine geringere Anzahl an Wohnungen, als das Quorum vorsieht, zu veräußern beabsichtigt und auf diese Weise stets die Entscheidung über die Abnah-

me kontrollieren kann.⁶⁶ Beide Fragen sind im Sinne eines möglichst effektiven Schutzes zu beantworten.

V. Ausschluss der Wahrnehmungskompetenz bei voneinander abweichenden Baubeschreibungen

These 5:

Durch die Vereinbarung unterschiedlicher Baubeschreibungen wird die Wahrnehmungskompetenz und eine Beschlussfassung durch die Wohnungseigentümergeinschaft nicht ausgeschlossen, bedarf also keiner besonderen Regelung.

1. Problem

Bei Verwendung verschiedener Baubeschreibungen, die für das Gemeinschaftseigentum abweichende Bauausführungen enthalten, muss die tatsächliche Bauausführung im Verhältnis zu wenigstens einem Erwerber mangelhaft sein, die Bauausführung von der vereinbarten Beschaffenheit abweichen. Das würde im Grundsatz einer Abnahme nicht entgegenstehen. Die Mängelrechte könnten von der Wohnungseigentümergeinschaft – wenn Kenntnis besteht – wegen dieses Mangels vorbehalten werden; bei einem wesentlichen Mangel könnte die Abnahme insgesamt verweigert werden. Bei einer von der Wohnungseigentümergeinschaft in Kenntnis des Mangels gleichwohl erklärten Abnahme würde sie sich selbst – und den betroffenen Erwerber – allerdings auf den Schadensersatzanspruch beschränken (§ 640 Abs. 3 BGB). Dem durch den Mangel betroffenen Eigentümer haftet die Wohnungseigentümergeinschaft ggf. auf Schadensersatz. Die Beschränkung auf Schadensersatzansprüche gegen die Wohnungseigentümergeinschaft würde allerdings vermieden, wenn in dieser Konstellation (verschiedene Baubeschreibungen) eine Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft von vornherein ausgeschlossen würde.

⁶⁵ 5. DBGT, AK V, 4. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 15.12.2020; in diesem Sinne bereits Vogel, 2. These, 5. DBGT, BauR 2014, 1617 (1630 ff.).

⁶⁶ Karzewski, NZBau 2020, 349 (353).

Das entspräche der Empfehlung des 7. Deutschen Baugerichtstages.⁶⁷

2. Lösungsvorschlag

Sofern die tatsächliche Bauausführung von der Baubeschreibung, die nur mit einem oder einigen Erwerbern vereinbart wurde, abweicht, handelt es sich um einen Mangel im Verhältnis zu diesen Erwerbern (der bei der Abnahme als solcher zu dokumentieren ist); handelt es sich um einen wesentlichen Mangel, so kann bzw. (aus der Perspektive der Gemeinschaft) muss die Abnahme verweigert werden.

Schließt die Verwendung unterschiedlicher Baubeschreibungen die Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft deshalb aus, weil die Gefahr besteht, dass sie die Abnahme in Kenntnis des Mangels im Bereich eines Erwerbers (ohne entsprechenden Vorbehalt) erklärt und damit diesem Erwerber die Geltendmachung der Mängelrechte – etwa das des Rücktritts – nimmt (§ 640 Abs. 3 BGB)?

Die hier erörterte Frage ist kein Problem der unterschiedlichen Baubeschreibungen,⁶⁸ sondern des Umgangs der Wohnungseigentümergeinschaft mit Mängeln am Gemeinschaftseigentum, die sich bei Erwerbern unterschiedlich auswirken – und bei denen die Wohnungseigentümergeinschaft in fehlerhafter Einschätzung der Rechtslage meint, untätig bleiben bzw. die Mängel hinnehmen zu können. Dieser Konflikt besteht nämlich auch bei jedem anderen Mangel, der sich bei einem Erwerber (besonders stark oder ausschließlich) auswirkt und in dessen Kenntnis die Wohnungseigentümergeinschaft (ohne Vorbehalt) abnimmt. Deshalb scheint es nicht gerechtfertigt zu sein, eine Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft gerade bei abweichenden Baubeschreibungen besonders zu regeln bzw. von vornherein auszuschließen.

Für Fälle dieser Art könnte das Gesetz – statt eines generellen Ausschlusses der Zuständigkeit – allerdings vorsehen, dass es dem Erwerber erlaubt ist, bis zur Erklärung der Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft einen Vorbehalt zu erklären.

VI. Zeitlicher Rahmen der Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft – Fristsetzung nach § 640 Abs. 2 BGB

These 6:

Für die Abnahmeerklärung muss kein zeitlicher Rahmen vorgegeben und für die Fristsetzung nach § 640 Abs. 2 BGB muss keine Mindestfrist festgelegt werden.

1. Problem

Nach § 640 Abs. 2 BGB gilt das Werk als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Adressat wäre, würde eine geborene Wahrnehmungskompetenz (analog § 9a Abs. 2 WEG) geschaffen, der Wohnungseigentumsverwalter als Vertreter der Gemeinschaft. Fraglich ist, ob man sich bei der Beurteilung der Angemessenheit der gesetzten Frist – wie sonst⁶⁹ – an § 12 Abs. 1 VOB/B (12 Werktag) orientiert kann. Das würde den Besonderheiten des Prozederes innerhalb der Gemeinschaft, die zur Abnahme immerhin beraten, sich ggf. auch technisch beraten lassen und beschließen muss, nicht gerecht. Das könnte die gesetzliche Festlegung einer Mindestfrist nahelegen.

Andererseits wird es dem Bauträger nicht zumutbar sein, wenn sich die Abnahme über viele Monate oder Jahre hinzieht, weil die Wohnungseigentümergeinschaft etwa einen überlasteten Sachverständigen beauftragt und sich dann über die Abnahmefähigkeit nicht einig ist.

2. Lösungsvorschlag

Es sollte dennoch keine gesetzliche Regelung erfolgen. Eine starre gesetzliche Regelung oder ein

67 7. DBG, AK XII, 5. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/7ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 15.12.2020.

68 So aber der 7. DBG, AK XII, 5. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/7ak_alle.pdf>, site zul. besucht am 15.12.2020.

69 Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 640 BGB Rdnr. 15; Kniffka/Pause/Vogel, Bauvertragsrecht, 3. Aufl. 2018, § 640 Rdnr. 73.

Zeitfenster würde den Besonderheiten der jeweiligen Wohnanlage, der Größe der Wohnungseigentümergeinschaft usw. nicht Rechnung tragen können. Diese Umstände sind in der Praxis durch eine sinnvolle Ausfüllung des Begriffs der „angemessenen Frist“ in § 640 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen.

VII. Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch spätere Erwerber (Nachzügler)

These 7:

Es sollte eine gesetzliche Fiktion geschaffen werden, nach der die Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft auch für die Erwerber gilt, die erst später erwerben bzw. Miteigentümer werden.

1. Problem

Die von der Wohnungseigentümergeinschaft erklärte Abnahme kann nur für diejenigen Erwerber wirken, die zum Zeitpunkt der Abnahmeerklärung Wohnungseigentümer oder werdende Eigentümer (§ 8 Abs. 3 WEG) waren;⁷⁰ nur ihre Verpflichtung zur Abnahme kann von der Wohnungseigentümergeinschaft erfüllt werden und erfüllt worden sein.

Aus der Sicht des Bauträgers besteht ein großes Interesse daran, die Verjährungsfrist wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum für spätere Erwerber auf den Fertigstellungszeitpunkt und den Nutzungsbeginn der Wohnanlage zurück zu beziehen. Vertragliche Gestaltungen, mit denen die Verjährungsfrist für spätere Erwerber an die Frist früherer Erwerber angepasst werden sollten, verstoßen gegen § 309 Nr. 8 Buchst. b) ff. BGB und sind unwirksam.⁷¹

2. Lösungsvorschlag

Eine gesetzliche Fiktion, welche die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Wohnungseigentümergeinschaft für spätere Erwerber gelten lässt, ist gerechtfertigt.⁷² Je später ein Nachzüglererwerber seine Wohnung erwirbt, desto stärker unterlag die Bausubstanz der Abnutzung durch die früheren Erwerber, entfernt sich also immer stärker von einer „neuen“ Wohnung. Das gilt namentlich für das gemeinschaftliche Eigentum. Mängel die nicht sofort auftreten konnten, sind im Laufe der Nutzungsdauer bekannt geworden und ggf. bereits von den Vorerwerbern geltend gemacht worden. Von diesem Gedanken ist letztlich auch die Rechtsprechung des BGH⁷³ getragen, die eine drei Jahre durch Vermietung genutzte Wohnung – orientiert an der Verkehrsanschauung – als gebraucht und damit nicht mehr als neu einstuft; für den Erwerber dieser Wohnung würden die Mängelrechte sogar ausgeschlossen werden können.

Der spätere Erwerber würde nicht rechtsschutzlos gestellt. Seine Position würde lediglich derjenigen der Vorerwerber angeglichen. Das führt zwar zu einer Verkürzung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche, kann aber wegen des fließenden Übergangs von einer noch neuen hin zu einer gebrauchten Wohnung hingenommen werden.

70 BGH, Urt. v. 21.02.1985 – VII ZR 72/84, BauR 1985, 314.

71 BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 49/15, Rdnr. 37, BauR 2016, 1013.

72 Vgl. 5. DBGt, AK V, 4. Empfehlung, <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_aller.pdf>, site zul. besucht am 15.12.2020; Vogel, 2. These, 5. DBGt, BauR 2014, 1617 (1630 ff.).

73 BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 156/13, Rdnr. 31, BauR 2016, 1017.

Arbeitskreis XII – Bauträgerrecht

A. Zukunftsgerichtete Dokumentationspflichten des Bauträgers (Jochen Glöckner)

I. Pflichten bezogen auf zukünftige Nutzung

These 1:

Über die Verweisung in § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB auf § 650n BGB hinausgehend bedarf es der gesetzlichen Niederlegung und Konkretisierung weiterer Dokumentationspflichten des Bauträgers, für deren Begründung wie für deren Reichweite der Umstand maßgeblich ist, dass Häuser oder vergleichbare Bauwerke als langlebige Wirtschaftsgüter bei bestimmungsgemäßer Verwendung im Laufe der Zeit instandgehalten, modernisiert und modifiziert werden und der Besteller dafür verlässliche Informationen über ihre Beschaffenheit benötigt.

1. Problem

Bereits 2014 hatte der AK V des 5. Deutschen Baugerichtstages das Problem aufgegriffen, dass es zur Ermöglichung der Instandhaltung, Modernisierung und Änderung von Immobilien als langlebigen Wirtschaftsgütern über einen längeren Zeitraum der Dokumentation ihrer Beschaffenheit bedarf.¹ Es wurde mit deutlicher Mehrheit die Empfehlung ausgesprochen:

„Es bedarf einer gesetzlichen Niederlegung und Konkretisierung bestimmter Dokumentationspflichten des Bauträgers bei Verbraucherverträgen. Diese Pflicht sollte im Grundsatz niedergelegt und in ihrer Ausprägung konkretisiert werden.“

Im Zuge der Modernisierung des Bauvertragsrechts nahm der Gesetzgeber diesen Begründungsstrang auf, der durch die allgemeine Nachhaltigkeitsdiskussion² an Bedeutung gewonnen hatte. Die vom 5. Deutschen Baugerichtstag nur für Bauträgerverträge erhobene Forderung nach einer Niederlegung von Dokumentationspflichten wurde auf einer breiteren Grundlage in § 650n BGB für sämtliche Verbraucherbauverträge umgesetzt. Auf Bauträgerverträge ist die Vorschrift im Hinblick auf den Errichtungsteil als Folge der Verweisung in § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB anwendbar.

Der Gesetzgeber erkannte, dass angesichts der immer komplexer und anspruchsvoller werdenden Bauvorhaben ein Bauherr in mehrfacher Hinsicht darauf angewiesen ist, genaue Kenntnisse über die der Konstruktion zugrunde liegende Planung und die Art und Weise, in der diese ausgeführt wurde, zu erhalten. Ausdrücklich wurde in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass der Besteller die Unterlagen über die Ausführung der Bauleistungen auch für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks oder für einen etwaigen Umbau benötigt.³

Im Normtext des § 650n BGB wird diese zukunftsgerichtete Finalität der Dokumentation indes nicht abgebildet, weil die ersten beiden Absätze in § 650n BGB den Anspruch des Bestellers auf Fälle beschränken, in denen er die Dokumente benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis zu führen, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird (Abs. 1) bzw. unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist (Abs. 2).

Dokumente, welche der Besteller allein für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks oder für einen etwaigen Umbau benötigt, tauchen im Gesetz schlicht nicht auf, obwohl die Gesetzesbegründung des § 650n BGB sich ausdrücklich auf diesen Umstand stützt. Die inzwischen in der Literatur ganz allgemein vertretene Auffassung geht davon aus, dass die Regelung an dieser Stelle zu eng formuliert ist,⁴ wobei die ganz

1 Arbeitskreis V – Bauträgerrecht, BauR 2014, 1617 (1623 ff.).

2 Vgl. etwa Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI), Leitfaden Nachhaltiges Bauen. Zukunftsfähiges Planen, Bauen und Betreiben von Gebäuden, 3. Aufl., 2019, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/bauen/leitfaden-nachhaltiges-bauen.pdf;jsessionid=5AAAB0C202874F4F77372A3C45829A20.2_cid364?__blob=publicationFile&v=5>, site zul. besucht am 08.12.2020. Zur Bedeutung der energetischen Sanierung bei Bestandsgebäuden vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 27.04.2020, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG), Begr. RegE, BT-Drucks. 19/18791, S. 25.

3 Begr. RegE, BT-Drucks. 18/8486, S. 65.

4 BeckOK-BauvertrR/Langjahr, 11. Ed. 06.11.2020, § 650n Rdnr. 3.

überwiegende Auffassung angesichts des eindeutigen Wortlauts keine Möglichkeit der extensiven Auslegung der Norm selbst erkennt.⁵ Zur Auflösung des Widerspruchs wird de lege lata ganz überwiegend ein Rückgriff auf allgemeine Herausgabepflichten empfohlen.⁶

Auf Bauträgerverträge, die, wie oben dargestellt, am Anfang der Diskussion um Dokumentationspflichten standen, ist die Norm aufgrund der allgemeinen Verweisung in § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB anwendbar. Das Element des Benötigens zur Beweisführung gegenüber den Behörden führt weitestgehend zur planmäßigen Sinnlosigkeit der Norm, denn den Beweis der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Rahmen des Genehmigungsverfahrens und der anschließenden Kontrolle schuldet stets der Bauherr. Das ist beim Bauträgervertrag aber der Bauträger.⁷ Einen eigenen Anwendungsbereich behält die Norm allein im Hinblick auf Fälle des Eingreifens von § 650n Abs. 3 BGB, wenn etwa der Besteller für die Finanzierung des Bauträgervertrages auf Förderdarlehen der KfW zurückgreifen will. Diese Reduktion wird allgemein bedauert.⁸

2. Lösungsvorschlag

Aufgrund der Diskussionsentwicklung im vorbereitenden Arbeitskreis Bauträgerrecht des Deutschen Baugerichtstages sowie dem sich daran anschließenden Gesetzgebungsverfahren kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, die Ansprüche des Bestellers auf Dokumentation auf das im Tatbestand des § 650n BGB beschriebene Maß zu beschränken.

Eine Auflösung des Konflikts kann in zweierlei Hinsicht erfolgen. Entweder können die allgemeinen auf Erstellung und Herausgabe von dokumentierenden Unterlagen gerichteten Ansprüche des Bestellers, von deren Bestehen auch die Gesetzesbegründung ausgeht,⁹ bestätigt und bekräftigt werden, wodurch zumindest einer gelegentlich restriktiven Praxis im Umgang mit Pflichten zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen die Grundlage entzogen würde. Eine solche Lösung bleibt stets möglich. Bereits die Gesetzgebungsmaterialien zu § 650n BGB lassen sich wegen der darin enthaltenen ausdrücklichen Hinweise, dass „der Besteller die Unterlagen für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks oder für einen etwaigen Umbau“ benötigt,¹⁰ als Bestätigung dafür deuten, dass bereits auf der Grundlage des

geltenden Rechts Ansprüche auf Herausgabe von bestimmten Unterlagen bestehen.¹¹

- Das Fehlen einer Dokumentation, der es bedarf, um Elemente des Bauwerks betreiben zu dürfen, wird bereits die Eignung für die gewöhnliche oder vertraglich vorausgesetzte Verwendung beeinträchtigen und so einen Baumangel begründen.¹²
- Vor allem Bedienungsanleitungen, der es bedarf, um komplexere technische Gebäudeanlagen bestimmungsgemäß nutzen zu können, werden auch ohne ausdrückliche Vereinbarung nach allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung geschuldet.¹³ Insoweit handelt es sich um leistungsbezogene Nebenpflichten gem. § 241 Abs. 1 BGB.¹⁴
- Nicht ganz so klar ist aber die Rechtslage hinsichtlich derjenigen Dokumentation, die allein dafür erforderlich ist, um das Bauwerk über die

5 Anders soweit ersichtlich Messerschmidt/Voit/Lenkeit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 650n Rdnr. 28, 35.

6 Retzlaff, BauR 2017, 1830 (1845); Orlowski, Das gesetzliche Bauvertragsrecht – Übersicht und Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, ZfBR 2016, 419 (433).

7 Messerschmidt/Voit/Lenkeit, § 650n Rdnr. 68.

8 MünchKomm-BGB/Busche, 8. Aufl. 2020, § 650n Rdnr. 1.

9 Begr. RegE, BT-Drucks. 18/8486, S. 65, bezeichnet die Frage nach den „Pflichten des Unternehmers zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen über das Bauwerk“ als „konfliktrichtige und bisher noch nicht abschließend von der Rechtsprechung entschieden“.

10 Begr. RegE, BT-Drucks. 18/8486, S. 65.

11 In diesem Sinne bereits BeckOK-BGB/Voit, § 650n Rdnr. 2; Karczewski, Der neue alte Bauträgervertrag, NZBau 2018, 328; Messerschmidt/Voit/Lenkeit, § 650n Rdnr. 12; Retzlaff, Verbraucherbaurecht, BauR 2017, 1830 (1845).

12 Zum Energieausweis gem. § 16 Abs. 2 EnEV OLG Köln, Urt. v. 13.05.2015 – 11 U 96/14, BauR 2015, 1716, allerdings offenlassend im Hinblick auf das Vorliegen eines Mangels.

13 Kniffka ibr-online-Komm/Jansen/v. Rintelen, § 631 Rdnr. 285; konkret bejaht von OLG Köln, Urt. v. 13.05.2015 – 11 U 96/14, BauR 2015, 1716 (Betriebsanleitungen für haustechnische Anlagen); KG, Urt. v. 01.03.2018 – 27 U 40/17, IBR 2018, 1049; OLG Stuttgart, Urt. v. 16.11.2016 – 3 U 98/16, BauR 2017, 776 (Schließkarte und Schließplan für Schließanlage eines Mehrfamilienhauses).

14 Pause, Verbraucherbaurecht und Bauträgerrecht – zugleich ein Ausblick auf weitere Entwicklungen im Gesetzgebungsverfahren, BauR 2017, 430 (439); Karczewski, NZBau 2018, 328 (336); Omlor, Der neue Verbraucherbaurecht, NJW 2018, 817 (822); Busche, Bauleistungen im System des Werkvertragsrechts – Überlegungen zur Reform des Bauvertragsrechts, ZfPW 2018, 285 (298); Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, § 5 Rdnr. 339; BeckOGK/Merke, § 650n Rdnr. 43; MünchKomm.-Busche, BGB § 650n Rdnr. 1. Ebenso bereits Glöckner, 4. These, 5. DBG, BauR 2014, 1623 (1627).

Zeit hinweg in seiner Nutzbarkeit zu erhalten und ggf. zu modernisieren oder bedürfnisgerecht umzubauen. Selbstverständlich kann sich auch diesbezüglich eine Pflicht zum Erstellen bzw. zur Herausgabe nach Auslegung des Vertrages ergeben. Die Gerichte ermitteln dabei – im Ausgangspunkt zutreffend – die berechtigten und damit schutzwürdigen Interessen des Bestellers.¹⁵

Es wird jedoch kaum abzustreiten sein, dass die Wirkkraft solcher allgemeiner Ansprüche als Folge der mangelnden Transparenz aus Verbrauchersicht erheblich geringer sein wird als die klare Festlegung bestimmter Dokumentations- und Herausgabepflichten im Gesetz. Die erheblich größere Rechtssicherheit spricht aber auch aus der Sicht der Unternehmer für eine gesetzliche Niederlegung und Konkretisierung zukunftsgerichteter Dokumentationsansprüche.

Vor diesem Hintergrund spricht These 1 sich für eine gesetzliche Niederlegung weiterer Dokumentationspflichten aus, welche die nachhaltige Nutzung des Bauwerks über die Zeit hinweg durch Maßnahmen der Instandhaltung, Modernisierung und ggf. des Umbaus ermöglichen oder erleichtern.

II. Reichweite der Dokumentationspflicht

These 2:

Im Rahmen der Konkretisierung sollte der Gesetzgeber dem Bauträger die Erstellung und Herausgabe von Unterlagen aufgeben, die der Besteller benötigt,

- a) um die Elemente des Hauses oder vergleichbaren Bauwerks bedarfsgerecht zu pflegen und zu warten;
- b) um typischen Verschleiß zu beheben sowie Schäden, die innerhalb überschaubarer Nutzungsdauer zu erwarten sind, zu reparieren;
- c) um die gebäudetechnischen Anlagen zu reparieren, zu modernisieren oder zu erweitern; dazu gehören auch Verlegungspläne von Rohren und Leitungen.
- d) Darüber hinausgehend sollte der Gesetzgeber dem Bauträger die Erstellung und Herausgabe von Unterlagen zur Dokumentation der (stand-) sicherheitsrelevanten Elemente des Bauwerks, der verwendeten Baumaterialien und – insbesondere wo entweder mehrere

Bautechniken in Betracht kommen oder von den anerkannten Regeln der Technik abgewichen wird – der Bautechniken aufgeben.

- e) Schließlich sollte der Gesetzgeber dem Bauträger die Erstellung und Herausgabe von Unterlagen zur Dokumentation von Elementen des Hauses oder vergleichbaren Bauwerks aufgeben, bezüglich derer bereits im Zuge der Vertragsverhandlungen auf die Möglichkeiten des Ausbaus, der Erweiterung oder der Veränderung hingewiesen wurde.
- f) Dem Bauträger sollte erlaubt werden, bei seiner Dokumentation an die geschuldete und erteilte Baubeschreibung anzuknüpfen, soweit nicht von dieser abgewichen wurde.
- g) Keiner Dokumentation bedürfen jeweils Elemente des Hauses oder vergleichbaren Bauwerks, die für den Besteller ggf. unter Hinzuziehung durchschnittlicher Fachleute, aber ohne zusätzlichen Aufwand, erkennbar und daher von ihm nicht benötigt werden.

1. Problem

Die zukunftsgerichtete Dokumentation hat mehrere Aspekte: Im Hinblick auf den Erhalt der bestimmungsgemäßen Verwendbarkeit über den maßgeblichen Zeitpunkt der Abnahme hinaus greifen Mängelansprüche nicht mehr ein. Es bedarf dann ggf. konkreter Hinweise zu regelmäßiger Wartung (z.B. zur Pflege der Beschläge von Schiebetüren; Entlüftung von Heizungsanlagen), um die dauerhaft zuverlässige Funktion zu gewährleisten. Alle Elemente des Bauwerks unterliegen dem Verschleiß, der nicht allein durch Wartung minimiert, sondern durch vorgesehene Maßnahmen behoben werden kann (z.B. Ersatz einer Opferanode im Heizkessel). Schließlich werden bestimmte Schäden im Laufe der Zeit in gewisser Weise erwartbar eintreten und Reparaturen erforderlich machen.

Wenn davon ausgegangen werden soll, dass die typischerweise von Bauträgern errichteten Bauwerke nicht nach 40 Jahren „abgeschrieben“ sind und ersetzt werden, sondern bereits heute über einen

¹⁵ So etwa OLG Brandenburg, Urt. v. 04.07.2012 – 13 U 63/08, NJW-RR 2012, 982; KG, Urt. v. 01.03.2018 – 27 U 40/17, IBR 2018, 1049.

erheblich längeren Zeitraum genutzt werden¹⁶ und wegen des sehr hohen Energieeinsatzes für Baumaterialien und Bau eine solch lange Nutzung auch ökologisch sinnvoller erscheint, müssen daneben die Möglichkeiten der Modernisierung von Elementen des Bauwerks auch in Betracht gezogen werden. Bereits heute nahe liegende Gegenstände der Modernisierung sind die gebäudetechnischen Anlagen, insbesondere die kommunikationstechnische Ausstattung sowie die Heiz- und Klimatechnik.

Am schwersten vorhersehbar sind im Laufe der Zeit möglicherweise gewünschte Modifikationen. Die denkbaren Änderungen von Nutzerbedürfnissen und –anforderungen sind unüberschaubar. Vom nachträglichen Einbau einer Dachgaube über die Verbindung oder Trennung von Räumen bis hin zum Anbau eines Balkons reichen selbst im Geschosswohnungsbau die nicht selten auftretenden Änderungswünsche. Konkretere Änderungsmaßnahmen werden daneben durch Wünsche des Bestellers oder gar die eigene Werbung des Bauträgers nahegelegt, wenn etwa auf die Möglichkeit eines nachträglichen Ausbaus eines Dachgeschosses, die Nachrüstung einer Solaranlage oder eines Wärmespeichers, die Anschlussfähigkeit eines Kamins oder den Anbau eines Balkons hingewiesen wird.

So wünschenswert eine möglichst umfassende Dokumentation erscheinen mag, hat doch die Diskussion bereits in der Vergangenheit zwei Anforderungen deutlich werden lassen, denen jede taugliche Lösung genügen muss: Zum einen muss gewährleistet werden, dass die Erfüllung der Dokumentationspflichten den reibungsfreien Betrieb der Baustelle nicht beeinträchtigen und das Bauen nicht erheblich verteuern soll. Zum anderen muss sichergestellt werden, dass die Dokumentationspflichten von den Bauträgern erkannt und mit einer gewissen Anwendungsroutine erfüllt werden können. Vor diesem Hintergrund müssen die Dokumentationspflichten und ihre Reichweite nach ihrem Umfang überschaubar und nach ihrem Gegenstand bestimmt bleiben.

2. Lösungsvorschlag

a) Umfang der Dokumentationspflichten

Der Umfang der Dokumentationspflichten muss folglich beschrieben und begrenzt werden. Dokumentation ist kein Selbstzweck. Ihre Reichweite

soll zentral nach den zu erwartenden Bedürfnissen des Bestellers und deren wirtschaftlicher Bedeutung bestimmt werden.

- Nachhaltige Nutzung wird häufig erst durch richtige Pflege und erforderliche Wartung insbesondere von gebäudetechnischen Anlagen ermöglicht. Dazu erforderliche Maßnahmen sind zu beschreiben.
- Die Dokumentation sollte dem Besteller die typischen Maßnahmen gegen Verschleiß (z.B. Ersatz von Opferanoden im Heizkessel), aber auch einfache und zu erwartende Reparaturen (z.B. Ersatz von Leuchtmitteln oder Trafos bei in die Betondecke eingelassenen Deckenstrahlern; Farbton und Lackart von Anstrichen zur Ausbesserung von Verschmutzungen oder Beschädigungen) erlauben.
- Bedürfnisse nach regelmäßiger Erhaltung sowie Modernisierung werden in erster Linie von den gebäudetechnischen Anlagen ausgehen. In allen Fällen ist es nicht allein erforderlich, die verbauten Anlagen zu kennen, um etwa Ersatzteile bestellen oder Kompatibilitäten bestimmen zu können, sondern insbesondere bei Übergabepunkten und Leitungen muss auch deren Position und ggf. Erweiterbarkeit (z.B. Leerrohrdurchmesser) bekannt sein.
- Dokumentation wird insbesondere dann benötigt, wenn für die Instandhaltung, die Modernisierung oder den Umbau erforderliche Informationen über verwendete Baumaterialien oder eingesetzte Bautechniken im Zuge der Herstellung des Bauwerks so verdeckelt werden, dass sie im Extremfall nur noch durch Bauteilöffnung oder aufwendige Untersuchungen ermittelt werden können.
- Das gilt insbesondere dann, wenn mehrere konkurrierende anerkannte Regeln der Techniken gleichermaßen in Betracht kommen oder wenn (vertragskonform) von anerkannten Regeln der Technik abgewichen wird.
- Für den Erhalt der Nutzbarkeit bei geänderten Bedürfnissen und daraus resultierenden Umbauwünschen ist zunächst die Standsicherheit des Gebäudes von zentraler Bedeutung.
- Dokumentation wird ferner dann benötigt, wenn das Bauwerk oder gebäudetechnische An-

¹⁶ Für Mehrfamilienhäuser werden typische Nutzungsdauern von 60–85 Jahren angegeben, für Einfamilienhäuser 60–100 Jahre.

lagen bereits auf Erweiterung und Modernisierung angelegt sind.

Der Umfang der geschuldeten Information ist aus zweierlei Perspektive zu beschränken:

- Der Besteller benötigt keine Dokumentation von offensichtlichen, ihm bereits bekannten oder jedenfalls ohne weitere technische Erhebung feststellbaren Umständen. Im Hinblick auf das „Benötigen“ ist kein allzu strenger Maßstab anzulegen, da mit der Dokumentationspflicht gerade die Aufwendungen für die spätere Ermittlung eingespart werden sollen. Allerdings kann im Hinblick auf die Aufklärungsintensität differenziert werden: Eine Dokumentation, die dem Verbraucher-Besteller unmittelbar die sachgemäße Pflege und Wartung ermöglichen soll, hat sich an seinem Verständnishorizont zu orientieren. Eine Dokumentation, die eventuell später die Nachrüstung einer Solaranlage ermöglichen soll, darf das fachliche Verständnis des dafür eingesetzten Installateurs zugrundelegen. Die Zugrundelegung der anerkannten Regeln der Technik muss im Regelfall ebenfalls nicht dokumentiert werden.
- Informationen, die sich aus der Baubeschreibung bereits ergeben, müssen ebenfalls nicht nochmals vermittelt werden, soweit das Bauwerk nicht abweichend von der Baubeschreibung errichtet wurde.

b) Bestimmbarkeit

Generalklauseln mögen gesetzgebungstechnisch erhebliche Vorteile aufweisen. Im Hinblick auf die zumindest vorerst fehlende Konkretisierung durch die Gerichtspraxis und das Bedürfnis der Unternehmer, möglichst rasch Routinen zur Erstellung der Dokumentation einzurichten, erscheint eine gesetzgeberische Konkretisierung vorzugswürdig. Sie kann an die für die Baubeschreibung gem. § 650j BGB gewählte Gesetzgebungstechnik anknüpfen.

III. Aktivlegitimation

These 3:

Der Gesetzgeber sollte bei Bauträgerverträgen

- a) die korrespondierende Berechtigung aus der zukunftsgerichteten Dokumentationspflicht

des Unternehmers bezogen auf das Sonder Eigentum ausschließlich dem jeweiligen Erwerber zuweisen;

- b) klären, dass es sich bei der korrespondierenden Berechtigung aus der zukunftsgerichteten Dokumentationspflicht des Bestellers bezogen auf das Gemeinschaftseigentum um eine gemeinschaftsbezogene Pflicht handelt, die unmittelbar gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft zu erfüllen ist. Insoweit sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die Wohnungseigentümer stets ein Recht darauf haben, Einsicht in die Unterlagen zu nehmen und Kopien davon zu erhalten.

1. Problem

Zukunftsgerichtete Dokumentationspflichten entspringen den Bauträgerverträgen und stehen damit originär den Bestellern zu. Bei zukunftsgerichteten Dokumentationspflichten, die allein das Sonder Eigentum einzelner Besteller betreffen, resultiert daraus weder eine besondere Belastung des Unternehmers, noch wäre eine Weitergabe der maßgeblichen Informationen an Dritte, selbst die WEG, mit den Allgemeinen Persönlichkeitsrechten der Besteller vereinbar.

Anders stellt sich dies bei denjenigen zukunftsgerichteten Dokumentationspflichten dar, welche das Gemeinschaftseigentum betreffen. Da allen Bauträgerverträgen hinsichtlich desselben Objekts (idealerweise) identische Leistungsbeschreibungen des Gemeinschaftseigentum zugrundeliegen, besteht von vornherein kein schutzwürdiges Interesse der Besteller, dass die diesbezüglichen Informationen nicht an die jeweils anderen Wohnungseigentümer bzw. die WEG gelangen. Aus entgegengesetzter Perspektive hat der Bauträger ein lebhaftes Interesse, dieselbe Dokumentation nicht mehrhundertfach auszufertigen. Die ökonomische Begründung der zukunftsgerichteten Dokumentation verlangt lediglich, dass eine solche Dokumentation zur Verfügung steht. Sie muss nicht notwendigerweise redundant erstellt und ausgehändigt werden.

Für die Erhaltung, Modernisierung und ggf. den Umbau des Gemeinschaftseigentums ist von vornherein die Wohnungseigentümergeinschaft gem. § 9a Abs. 2 WEG zuständig. Sie wird die Dokumentation also in erster Linie benötigen. Vor diesem Hintergrund wurde bereits in der Vergan-

genheit diskutiert, wem der Anspruch auf die Erstellung und Herausgabe von Unterlagen zusteht.

2. Lösung

Als Folge der Ableitung der Dokumentationsverpflichtung aus dem Bausträgervertrag sollte klar gestellt werden, dass die korrespondierenden Ansprüche ursprünglich in der Person der Besteller entstehen. Soweit sie das Sondereigentum betreffen, hat es damit auch sein Bewenden.

Für das Gemeinschaftseigentum sollte hingegen dem vom Gesetzgeber nunmehr in § 9a Abs. 2 WEG zugrundegelegten Modell einer geborenen Zuständigkeit für gemeinschaftsbezogene Rechte gefolgt werden. Als Folge der Vorverlagerung des Entstehens der Wohnungseigentümergeinschaft in §§ 9a Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 7, 8 Abs. 3 WEG besteht praktisch keine Möglichkeit mehr, dass Dokumentationspflichten des Unternehmers bereits vor dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft entstehen und fällig werden.

Aus dem Gemeinschaftsverhältnis entsteht als Sozialanspruch das Recht der Wohnungseigentümer auf Einsichtnahme und darauf, Kopien von der Dokumentation erstellen zu dürfen.

IV. Anwendungsbereich

These 4:

Der Gesetzgeber sollte

- a) entweder die nach These 1, 2 zu begründenden Dokumentationspflichten im Rahmen des § 650n BGB für alle Verbraucherbauverträge aufstellen und es bei der Verweisung in § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB belassen oder
- b) wenn die zu begründenden Dokumentationspflichten ausschließlich für Bausträgerverträge geregelt werden, in der Begründung klarstellen, dass die Niederlegung besonderer Dokumentationspflichten für den Bausträgervertrag die allgemeinen Dokumentationspflichten bei Verbraucherbauverträgen unberührt lässt.

1. Problem

Bereits im Gefolge der Schaffung von § 650n BGB wurde teils angenommen, dass es sich um eine abschließende Regelung der Dokumentationspflichten handle.¹⁷ Angesichts der erkennbar hinter dem gesetzgeberischen Ziel zurückbleibenden Regelung überzeugt dies nicht (vgl. dazu bereits o.).

Wenn nun aber zukunftsgerichtete Dokumentationspflichten ausschließlich für Bausträgerverträge gesetzlich niedergelegt würden, läge der Gegenschluss ungleich näher, da der Gesetzgeber dann in Kenntnis der allgemeinen Problematik nur für einen Teil der Fälle eine Regelung getroffen hätte. Ein solcher Gegenschluss sollte durch eine klare Stellungnahme des Gesetzgebers ausgeschlossen werden.

2. Lösung

Die eleganteste Lösung bestände sicher in der Erweiterung der in § 650n BGB niedergelegten Dokumentationspflichten für alle Verbraucherbauverträge (Vorschlag a). Dann kann es bei der Verweisung in § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB bleiben. Diese Lösung geht allerdings über das „Mandat“ des Arbeitskreises XII hinaus.

Wenn eine auf Bausträgerverträge beschränkte Lösung vorgeschlagen werden soll, müsste jedenfalls klargestellt werden, dass diese Lösung das Bestehen zukunftsgerichteter Dokumentationspflichten und deren Reichweite auf allgemeiner Grundlage (vgl. dazu o.) bei anderen Verbraucherbauverträgen nicht präjudiziert. Das kann ggf. in den Gesetzgebungsmaterialien geschehen (Vorschlag b).

17 Zweifelnd BeckOK-BauvertrR/Langjahr, § 650n Rdnr. 3a.

