

## STELLUNGNAHME DER BUNDESINGENIEURKAMMER

---

### **Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung kaufrechtlicher Vorschriften (Stand: 10.09.2015)**

Die Bundesingenieurkammer begrüßt das mit dem Gesetzentwurf verfolgte Anliegen, die Besonderheiten des Bauvertragsrechts speziell über die allgemeinen Bestimmungen des Werkvertragsrechts hinaus zu regeln. Unterstützt wird dabei vor insbesondere die Aufnahme von Vorschlägen für das Planungsrecht der Ingenieure und Architekten, welche von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJV erarbeitet worden sind.

Dennoch besteht aus unserer Sicht Grund zu den nachfolgenden Anmerkungen:

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

Mit dem neuen § 648a wird erstmals im Werkvertragsrecht des BGB ein gesetzlicher Tatbestand für die Kündigung aus wichtigem Grund eingeführt. Ein wichtiger Grund soll nach dessen Absatz 1 Satz 2 vorliegen, „*wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Vollendung des Werks nicht zugemutet werden kann*“. Absatz 4 legt gleichzeitig fest, dass der Unternehmer nur berechtigt ist, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

Hierbei besteht die Gefahr, dass die neue Vorschrift von manchen Auftraggebern auch dann angewendet werden könnte, wenn die Voraussetzungen für die Annahme eines wichtigen Grundes nach bisherigem Verständnis nicht vorliegen. Insbesondere bei einem Abbruch eines Projekts z.B. wegen fehlender Haushaltsmittel schließt es die Definition des wichtigen Grundes nicht aus, im Rahmen der Interessenabwägung die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung anzunehmen, wenn dem öffentlichen Auftraggeber die Haushaltsmittel fehlen, was schon bei einer gestrichenen Förderung schnell der Fall sein kann. Deshalb sollte klar gestellt werden, dass der Verzicht des Auftraggebers auf die Projektfortführung aus finanziellen Gründen kein wichtiger Grund im Sinne dieser Vorschrift ist.

Darüber hinaus würde es Ingenieure gegenüber der derzeitigen Rechtslage schlechter stellen, wenn ihr Vergütungsanspruch nach der Neuregelung auf die erbrachten Leistungen beschränkt wird, obwohl der wichtige Grund aus der Sphäre des Auftraggebers selbst stammt. Dieser hätte es dann selbst in der Hand, die allgemeine Vergütungsfolge einer freien Kündigung (§ 648 Satz 2 neu) zu umgehen, etwa indem er selbst zur Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses beiträgt. Die Lösung über das Recht, nach § 648a Abs. 2 neu i.V.m. § 314 Abs. 4 Schadensersatz zu verlangen, ist unbefriedigend. Zu bevorzugen ist demgegenüber die Rechtsfolge aus § 649 Satz 2 alt (= § 648 Satz 2 neu).

## **2. Bauvertrag (§ 650a BGB-E / § 650o BGB-E)**

Im neuen § 650a Abs. 6 (gemeint wohl: Abs. 2) sollten die Worte „das Werk“ durch die Worte „die Instandhaltung“ / „die Instandsetzung“ ersetzt werden, um deutlicher zu machen, dass nicht das Bauwerk, sondern die hieran erbrachte Leistung für die Konstruktion oder den bestimmungsgemäßen Bestand von wesentlicher Bedeutung ist.

Der Absatz lautet dann:

*„Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn die Instandhaltung / Instandsetzung für die Konstruktion oder den bestimmungsgemäßen Bestand von wesentlicher Bedeutung ist und die angebrachten oder eingebauten Teile mit dem Bauwerk fest verbunden werden.“*

Ferner sollte in § 650o im Rahmen der Vertragspflichten aus Architekten- und Ingenieurleistungen bei der Bezugnahme auf § 650a BGB-E sichergestellt werden, dass sich die Vorschrift auch auf Maßnahmen im Bestand – also auch auf die Instandsetzung, den Umbau bzw. die Modernisierung sowie den Anbau erstreckt.

## **3. Schriftform der Kündigung (§ 650g BGB-E)**

Die Regelung eines Schriftformerfordernisses für die Kündigung erscheint nicht geboten.

Die Anordnung der Schriftform verursacht vielmehr Rechtsunsicherheit im Umgang mit Sachverhalten, die bisher von der Rechtsprechung als konkludente Kündigungen angesehen wurden. So kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass Ingenieurverträge über größere Maßnahmen nach ersten erbrachten Leistungen ruhen gelassen werden, ohne dass fest steht, wann das Projekt weiter geführt wird. Greift der Besteller das Projekt anschließend wieder auf und führt es mit einem anderen Ingenieurbüro fort, konnte bisher das alte Vertragsverhältnis als konkludent gekündigt betrachtet werden. Das wäre künftig ausgeschlossen, obwohl offensichtlich der Besteller keine weitere Zusammenarbeit mehr wünscht. Spricht dieser aber die freie Kündigung nicht aus, müsste der Unternehmer aus wichtigem Grund kündigen und wäre auf die Vergütung für bereits erbrachte Leistungen sowie ggf. Schadensersatz beschränkt. Auch der Weg über §§ 642, 643 stellt keinen adäquaten Ersatz dar.

Es sollte daher in Erwägung gezogen werden, das Schriftformerfordernis einzig auf Fälle von Bau- und Planungsverträgen mit Verbrauchern zu beschränken.

## **4. Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB-E / §§ 650o, 650p BGB-E)**

Nach der Begründung zu § 650o soll die Definition der vertragstypischen Pflichten dazu beitragen, die im Laufe der Planentwicklung notwendige Konkretisierung des Erfolgs von der Änderungsanordnung abzugrenzen, welche eine Mehr- oder Mindervergütung auslösen kann. Änderungswünsche des Bestellers, die bereits getroffene Festlegungen betreffen, sol-

len nach der Begründung nur noch über das Anordnungsrecht nach § 650b BGB-E geltend gemacht werden können.

Dem steht entgegen, dass § 650b BGB-E im Anwendungsbefehl des § 650o BGB-E überhaupt nicht erfasst ist und somit für Ingenieurverträge nicht gilt.

Zwar wäre eine klare Regelung zum Recht des Auftraggebers, Anordnungen treffen zu können grundsätzlich zu begrüßen. Soweit Änderungen sich auf schon erbrachte Leistungen auswirken, geht die Rechtsprechung des BGH von einem eigenständigen Vertragsverhältnis aus (BauR 2007, 1761). Die sich daraus ergebenden neuen Fragen, insbesondere des Verhältnisses zum ursprünglichen Vertrag, werden durch den bloßen Verweis auf § 650b BGB-E jedoch nicht hinreichend beantwortet. Eine Klärung der Anordnungsrechte des Auftraggebers bei Ingenieurverträgen sollte daher direkt im Untertitel 2 geregelt werden.

In diesem Zusammenhang sollte dann auch eine Regelung für die Preisanpassungssystematik getroffen werden, welche zum Beispiel durch Bezugnahme auf § 10 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) erfolgen könnte.

## **5. Sonderkündigungsrecht (§ 650q BGB-E)**

Die Einführung eines gesetzlichen Sonderkündigungsrechts für Architekten- und Ingenieurverträge wird grundsätzlich unterstützt. Dies kann zu einer Ablösung der in der Praxis entwickelten stufenweisen Beauftragung führen, mit der der Verbraucher auch bisher schon vor dem übereilten Abschluss eines umfangreichen Ingenieurvertrages geschützt war.

Die Definition der „Zielfindungsphase“ in § 650q BGB-E trägt jedoch aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht zu der gewünschten Rechtssicherheit bei.

Wenn der Begriff „Zielfindungsphase“ die Phase bezeichnen soll, *„in der Architekt, Ingenieur und Bauherr gemeinsam die häufig noch vagen Vorstellungen des Bauherrn konkretisieren, um den geschuldeten Planungserfolg genau zu beschreiben“*, so kann darunter das Leistungsspektrum der Grundlagenermittlung und Vorplanung ebenso erfasst sein wie das der vorgelagerten Bedarfsermittlung.

Ist beabsichtigt, dem Auftraggeber eine Lösung vom Vertrag zu ermöglichen, nachdem er die erstellten Planungsgrundlagen und die voraussichtlichen Kosten kennt, so kann es sich richtigerweise nur um ein Planungsstadium handeln, in dem erste halbwegs verlässliche Kostenaussagen möglich sind. Hierbei handelt es sich um den Zeitpunkt des Abschlusses der Vorplanung, bei der die Kostenschätzung erstellt wird. Deshalb sollte der Begriff der „Zielfindungsphase“ durch den der „Vorplanung“ ersetzt werden.

Sollte demgegenüber daran gedacht sein, das Sonderkündigungsrecht nach der Entwurfsplanung auf der Basis der dann vorliegenden Kostenberechnung zuzulassen, müsste dies abgelehnt werden, weil der Besteller in der Regel urheberrechtliche Nutzungsrechte am Entwurf durch Zahlung der anteiligen Vergütung erhält, welche ihm nach der Vorplanung noch nicht zustehen. Das wäre angesichts der Vergütungsbeschränkung auf erbrachte Leistungen nicht vermittelbar.

Darüber hinaus lässt § 650q BGB-E offen, wie die Vergütung zu berechnen ist, wenn eine solche – wie häufig in frühen Stadien bei Architekten- und Ingenieurdienstleistungen – nicht vereinbart ist. Auch hier sollte – wie schon beim Anordnungsrecht – eine Kostenfolge geregelt werden, wie sie zum Beispiel durch eine Bezugnahme auf die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) erfolgen könnte.

## **6. Teilabnahme (§ 650r BGB-E)**

Die Einführung eines Anspruchs auf Teilabnahme wird ausdrücklich begrüßt.

Bei einer Beauftragung mit den Leistungen der Leistungsphase 9 gemäß § 3 HOAI kommt bislang die Abnahme einer Ingenieurleistung und damit der Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche erst mit deren Vollendung, d.h. vier bzw. fünf Jahre nach Abnahme der Bauleistung in Betracht. Diese allgemein als unbillig empfundene Rechtsfolge wird durch die von § 650r BGB-E ermöglichte Teilabnahme nach Leistungsphase 8 der HOAI vermieden.

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

Es ist anzuerkennen, dass mit der Vorschrift versucht werden soll, das im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung bestehende Ungleichgewicht zwischen Planern und bauausführenden Unternehmen bei der Inanspruchnahme durch den Bauherrn zu korrigieren. Nunmehr soll der Ingenieur wegen Mängeln am Bauwerk erst dann auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden können, wenn der Besteller dem bauausführenden Unternehmen zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Damit wird – wie auch in der Begründung eingeräumt wird – allenfalls bei kleineren, leicht zu behebenden Baumängeln die vorschnelle Inanspruchnahme des Planers eingeschränkt.

Dieser Ansatz kann aus Sicht der Ingenieure jedoch nur ein „erster Schritt“ zu einer ausgewogeneren Lösungsmöglichkeit bei der Inanspruchnahme für Mängel sein. Er beseitigt insbesondere nicht das Problem, dass der Planer bei einer Insolvenz des Bauunternehmens regelmäßig alleine in Anspruch genommen wird und auch keine Regressforderungen mehr gegen das Bauunternehmen geltend machen kann. Auch wenn im Rahmen des Zivilrechts derzeit keine andere Neujustierung der gesamtschuldnerischen Haftung speziell von Planern und Bauunternehmen möglich sein mag, sollte daneben weiterhin ein interessengerechter Ausgleich z.B. im Rahmen einer versicherungsrechtlichen Lösung verfolgt werden, wie dies u.a. auch vom Deutschen Baugerichtstag empfohlen wurde.

Berlin, 20. November 2015

Bundesingenieurkammer  
Joachimsthaler Str. 12  
10719 Berlin