

Rechtsanwalt Andreas Weglage und Rechtsanwältin Julia Sitz*

Kaufrecht am Bau

Teil II: Die Rechtsfolgen des § 651 BGB für Architekten, ihre neuen Haftungsrisiken und die möglichen haftungsabwehrenden Vertragsgestaltungen

Dieser Aufsatz beschäftigt sich mit der bisher in der baualltäglichen Praxis sowie der Rechtsprechung und Fachliteratur weitgehend unbeachteten Problematik des bereits im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung neu gefassten § 651 BGB und seiner dabei erheblich geänderten Anwendungsbereiche im Gegensatz zu dem früher so genannten „Werklieferungsvertrag“. Im Anschluss an Teil I (NZBau 2011, 457), der in die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Kaufrecht, Werkvertragsrecht und Handelsrecht unter Berücksichtigung der beiden bedeutenden BGH-Entscheidungen vom 23. 7. 2009 (BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644) und vom 9. 2. 2010 (X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468) einführte, folgt nun im vorliegenden Teil II eine im Schwerpunkt spezifisch architektenrechtliche Aufarbeitung dieser beiden BGH-Entscheidungen und ihrer Folgen in Hinblick auf die zukünftige Gestaltung von Architektenverträgen und für die Architektenhaftung.

I. Einleitung

Hier nun ist zunächst einmal festzustellen, dass nirgends sonst so wenig zur rechtlichen Konsequenz der Anwendung des § 651 BGB zu finden ist wie im Bereich des Architektenrechts.

Zugleich wundert dies umso mehr, weil eine Bauleistung von ernstzunehmender Bedeutung (Umfang, Tragweite des Projekts, finanzieller Aufwand etc.) nach Meinung der *Verfasser* noch immer in der Regel unter vertraglicher Einbeziehung eines freiberuflichen Architekten (oder natürlich auch mehrerer Architekten in einem gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluss) auf Seiten des Bauherrn erfolgt, diese Architektentätigkeit also eigentlich der klassische Normalfall am Bau ist. Und doch findet sich diese simple Modellkonstellation, der Architekt auf Seiten des Bauherrn gegenüber bauleistenden Unternehmern (z. B. Handwerkern oder einem Generalunternehmer mit ggf. weiteren Subunternehmern), in nahezu keiner einzigen (zumindest den *Verfassern* bekannten) aktuellen literarischen Fundstelle. Der Regelfall des Bauens unter Einbeziehung des Architektenrechts findet somit in der Fachliteratur und der Rechtsprechung zum Thema § 651 BGB gegebenenfalls i. V. mit § 377 HGB bisher quasi nicht statt.

Kann daraus nun geschlossen werden, dass die Auswirkungen des § 651 BGB und des § 377 HGB in der Regel nicht den Architekten betreffen, und deswegen auch keine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dieser Fallkonstellation als Grundlage stattfindet?

Mitnichten, was noch nicht ist, wird kommen, und jede Konsequenz aus der gesetzlichen Regelung des § 651 BGB und des § 377 HGB und den BGH-Entscheidungen, die bisher als nicht auf das Architektenrecht und den freiberuflichen Architekten zutreffend gedeutet worden sind¹, wird eintreten.

II. Auswahl der Parameter

Dabei möchten die *Verfasser* ihren Fokus hier unter Berücksichtigung der oft üblichen Geschehnisse am Bau aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und besseren Übersichtlichkeit

auf zwei Grundkonstellationen der vertraglichen Rechtsverhältnisse möglicher Beteiligter beschränken. Einmal der private Bauherr und sein freiberuflicher Architekt und zum anderen der gewerbliche Bauherr und sein freiberuflicher Architekt.

Außerdem wählen die *Verfasser* für die vertragliche Aufgabenstellung zwischen Bauherr und Architekt das Aufgabenfeld (Leistungen) im Leistungsbild Gebäude und raumbildende Ausbauten aus, das heißt die Tätigkeit des Architekten bezieht sich zum Beispiel auf den Neubau eines Gebäudes.

Schließlich unterstellen die *Verfasser* einen Architektenvertrag, der die Leistungen der Leistungsphasen 1–9 (bzw. der heute üblichen 1–8 und danach separat 9) beinhaltet, so genannte Vollarchitektur².

III. Architektenvertrag

Auch beim Architektenvertrag handelt es sich nach herrschender Meinung in der Regel um einen Werkvertrag³.

Für den Honoraranspruch des Architekten genügt vertragsgemäße Leistung, mithin die Abnahmefähigkeit des Architektenwerks. Eine Abnahme selbst ist dagegen keine Fälligkeitvoraussetzung⁴.

Zudem gilt für die Abnahme eines Architektenwerks grundsätzlich, es tritt im Architektenrecht anstelle der billigen körperlichen Übergabe die Billigung des Architektenwerkes als eine im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung.

Somit ist bei Architektenwerken – mangels körperlicher Übergabe des Architektenwerks – oftmals auch der Zeitpunkt des Beginns der Verjährung – insbesondere im Hinblick auf Mängel des Architektenwerks – schwierig zu bestimmen. Aber auch hier ist grundsätzlich auf die Abnahmefähigkeit abzustellen („... Das Architektenwerk kann, wenn der Auftrag auf Leistungen bis zur Leistungsphase 8 des § 33 HOAI beschränkt ist, als abgenommen gelten, wenn das Bauwerk errichtet, der Bauherr die Rechnungsprüfung und die endgültige Kostenfeststellung des Architekten sowie dessen Schlussrechnung entgegengenommen und bezahlt hat. ...“⁵).

Die Abnahme des Architektenwerkes setzt letztlich auch hier den Beginn des Laufs der Verjährung in Gang. Das bedeutet fünf Jahre für die Verpflichtung zur Nacherfüllung bei der Verletzung von Hauptpflichten aus dem Vertrag (zur sog. Sekundärhaftung und ihrer Verjährung s. unter VIII) und drei Jahre für den Anspruch auf Honorierung der vertragsgemäß erbrachten Architektenleistungen.

* Der Autor *Weglage* ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und personenzertifizierter Sachverständiger für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken; die Autorin *Sitz* ist Rechtsanwältin in der Rechtsanwaltskanzlei Weglage in Ostbevern-Brock.

1 *Rath*, in: Festschr. f. Koeble, 2010, S. 457 ff.

2 *Pastor*, in: *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 13. Aufl. (2011), Rdnr. 212.

3 *Werner*, in: *Werner/Pastor* (o. Fußn. 3), Rdnr. 673 ff.

4 *Werner*, in: *Werner/Pastor* (o. Fußn. 3), Rdnr. 1165 m. w. Nachw.

5 *Dölle*, in: *Werner/Pastor* (o. Fußn. 3), Rdnr. 2867 m. w. Nachw.

IV. Leistungsmängel des Architekten im Hinblick auf § 651 BGB

Die Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind, sind in Leistungsbildern der HOAI erfasst, welche sich wiederum in die Leistungsphasen 1–9 gliedern gem. § 3 II und IV HOAI.

Hier beachtlich sind die im Rahmen der Leistungsphasen 7–9 (Mitwirkung bei der Vergabe, Objektüberwachung, sowie Objektbetreuung und Dokumentation gem. § 3 IV HOAI) geschuldeten Leistungen des Architekten, gem. Anlage 11 zu § 33 HOAI (s. oben unter II).

V. Mitwirkung bei der Vergabe

Zunächst ist zu überlegen, inwieweit bei der Leistungsphase 7 des Architekten überhaupt haftungsrelevante Problemstellungen für ihn entstehen können. Dazu ist zunächst zu klären, was heute unter „Mitwirkung bei der Vergabe“ überhaupt zu verstehen ist.

Mit der Leistungsphase 7 „Mitwirkung bei der Vergabe“ werden grundsätzlich acht verschiedene Leistungen des Leistungsbilds vom Architekten gegenüber seinem Bauherrn als Auftraggeber geschuldet.

Vor allem die dortigen Unterpunkte „(a) Zusammenstellen der Vergabe- und Vertragsunterlagen für alle Leistungen, (e) Verhandlung mit Bietern und (h) Mitwirken bei der Auftragserteilung“ sind dabei nach Meinung der Verfasser von besonderem Interesse.

1. Zusammenstellen der Vergabe- und Vertragsunterlagen für alle Leistungen

Hier hat der Architekt bei öffentlicher Ausschreibung gem. VOB/A, und ansonsten gem. den Absprachen mit seinem Bauherrn alle für die Vergabe oder einen sonstigen Vertragsschluss erforderlichen Unterlagen zusammenzustellen. Zu diesen Unterlagen zählen auch die Vertragsbedingungen, womit sowohl technische (z. B. fachliche Anforderungen zur Bauausführung etc.) als auch rechtliche Bedingungen (z. B. Gewährleistungszeiten, Sicherheiten etc.) bedeutsam sind⁶.

2. Verhandlungen mit Bietern

Auch hier gilt zunächst: Ist die VOB Bestandteil des Bauvertrags, muss der Architekt auch hier die VOB/A beachten. Aber auch im Falle sonstiger Vertragsgestaltungen muss der Architekt die Verhandlungen mit Angebotsanbietern für diverse Bauleistungen führen. Ohne erforderlichen Anlass indes soll der Architekt nicht über Preisreduzierungen mit den Anbietern verhandeln müssen⁷. Nach Meinung der Verfasser ist aber hier auch zu bedenken, der Architekt schuldet grundsätzlich eine von Anfang an kostenoptimierte Planung, die bei – von ihm nicht verhandelten und deshalb (gegebenenfalls) – überhöhten Angeboten nicht mehr durch den Architekten erreicht werden kann.

3. Mitwirken bei der Auftragserteilung

Hierunter ist die Vorbereitung und Anpassung der Verträge, nicht jedoch der Abschluss der Verträge selbst zu verstehen⁸.

4. Haftungsrelevanz der Teilleistungen der Leistungsphase 7

Schon mit der Zusammenstellung der Unterlagen wird erstmals erkennbar, wie schwierig das Aufgabenfeld des Architekten in der Praxis ist. Welche Unterlagen sind nach welchen Kriterien zusammenzustellen? Und sicherlich ist dafür zwingend notwendig auch zu wissen, nach welchen rechtlichen Vorgaben die Aufträge (und die diesbezüglich dann

spezifisch zusammenzustellenden Unterlagen) erteilt werden sollen. Der Bauherr weiß oftmals nicht viel (oder nichts) davon, scheut aber vielfach die Kosten fachjuristischer Beratung und erwartet letztlich Betreuung durch „seinen Architekten“. Wie soll zudem im Rahmen einer Ausschreibung geboten werden und wonach mit den Bietern verhandelt werden? Auch hier wieder die Frage nach den vertragsrechtlichen Grundlagen. Und ist ein Mitwirken bei der Auftragserteilung nicht auch ein Begleiten des Bauherrn bei der Führung oft schwierigster Detailverhandlungen, nicht nur in Fragen der fachtechnischen Leistungsbestimmung, sondern eben auch in vielen rechtlichen Teilbereichen? Wie wichtig sind für den ungestörten Bauablauf Regelungen insbesondere der Sachmangelhaftung etc.?

Inwieweit der Architekt bei den rechtlichen Bedingungen zur Leistung verpflichtet und damit gegebenenfalls haftbar zu machen ist, wird dabei jedoch äußerst kontrovers diskutiert.

Vertreten wird hier, dass die Vorbereitung der erforderlichen Verträge trotz fehlender ausdrücklicher Erwähnung eine immer vom Architekten zu erbringende Teilleistung ist. Wer Unterlagen zusammenstellt, muss auch die Verträge dazu vorbereiten⁹.

Andererseits wird vertreten, dass ein Mitwirken grundsätzlich etwas anderes sei als ein Vorbereiten wie es nach alter Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt wurde. Die Mitwirkungspflicht ist entsprechend weniger¹⁰. Der Architekt ist eben nicht zur Rechtsberatung und deshalb auch nicht zur Vorbereitung der Bauverträge insgesamt verpflichtet¹¹ und muss daher schon gar nicht vertragliche Regelungen stellen¹². Zudem ist unter Berücksichtigung der heutigen Komplexität und der daraus resultierenden Anwendungsschwierigkeiten des Rechtssystems für den Nichtjuristen der Architekt überhaupt nicht mehr in der Lage richtige Vertragstypen oder ähnliches zu erkennen¹³.

Ausreichend soll es aber sein, wenn der Architekt im Buchhandel gängige Bauvertragsunterlagen zum Abschluss vorlegt (sofern diese auf die Positionen des Bauherrn abstellen)¹⁴. Andererseits hat der Architekt seinen Auftraggeber im Hinblick auf die Besonderheiten der vertraglichen Regelungen wiederum zu beraten und soll dazu – natürlich – die Bestimmungen des BGB und der VOB kennen¹⁵. Im Falle einer vom Architekten verfassten – letztlich aber rechtsfehlerhaften – Vertragsstrafenregelung hat das OLG Brandenburg sogar eine Haftung des Architekten bejaht, obwohl der Architekt die fachjuristische Überprüfung empfohlen hatte¹⁶.

Letztlich besteht nur die Möglichkeit, entweder Aspekte bauvertraglicher Vereinbarungen in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich nicht zu den Aufgaben des Architekten zu zählen¹⁷, oder ein entsprechend umsichtiges – möglichst eigenvertraglich – abgesichertes Verhalten ist auf Seiten des Architekten erforderlich (zu den eigenen Vertragsgestaltungsmöglichkeiten des Architekten s. unten unter IX).

Nach Meinung der Verfasser kann die Feststellung einer (möglicherweise tatsächlich vorliegenden) Überforderung des Berufsstands der Architekten nicht dazu führen, Grundsätze des Werkvertragsrechts nicht beherrschen zu müssen, denn

6 Pott/Dahlhoff/Kniffka, HOAI, 9. Aufl. (2011), § 33 Rdnrn. 80 u. 69.
 7 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik, HOAI, 10. Aufl. (2010), § 33 Rdnr. 203.
 8 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 198.
 9 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 204.
 10 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (460).
 11 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (460).
 12 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (460).
 13 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (460).
 14 OLG Hamm, BauR 2005, 525.
 15 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 205.
 16 OLG Brandenburg, NZBau 2003, 684 = BauR 2003, 1751 = NJW-RR 2003, 1323; Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 205.
 17 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 70.

ansonsten ist nicht nur dieses Leistungsbild seitens des Architekten letztlich unerfüllbar (s. dazu auch die Inhalte der Leistungsphasen 8 und 9).

Daher ist insbesondere die Auffassung, eine quasi Prüfverpflichtungsbefreiung für den Architekten müsse zumindest dann gelten, wenn ein Vertragsmuster von den Grundsätzen des Werkvertragsrechts abweiche, fehlgehend, weil gerade in diesen Fällen zumindest eine Hinweispflicht des Architekten (und sei es für die Notwendigkeit einer fachjuristischen Beratung) nach Meinung der *Verfasser* unverzichtbar ist.

Für die hier thematisierte Regelung des § 651 BGB greift dieses Argument schon gar nicht, denn die Regelungen des § 651 sind schließlich gewöhnliche gesetzliche Regelungen im Bereich des Werkvertragsrechts. Und auch das Kaufrecht gehört – natürlich – seit jeher zu den Grundlagenkenntnissen des Architekten, wurden doch schon vor der Schuldrechtsmodernisierung – wie bis heute – immer Lieferungen von Baustoffen etc. nach Kaufrecht abgewickelt.

Dies führt – nur sinnlogisch weitergedacht – natürlich auch bis hin zur Notwendigkeit, die Grundzüge des Kaufrechts beim so genannten Handelskauf zu kennen. Und wenn auch vertreten wird, denjenigen Personen und Firmen, die rechts- und geschäftserfahren sind, keine Unterlagen (mehr) für eine Vertragsgestaltung vorlegen zu müssen¹⁸, und nach Meinung der *Verfasser* auch darüber hinaus solche Auftraggeber einen sicherlich mutmaßlich geringeren kaufmännischen Beratungsbedarf im Rahmen der Leistungsphase 7 haben dürften, verbleibt es doch auch in diesen Fällen bei der Notwendigkeit zur Fähigkeit der Anwendung von Grundkenntnissen auch im Handelsrecht (bezogen auf den Handelskauf) als spezielle Ausgestaltung des Kaufrechts.

Zudem ist der Architekt unter Umständen höchstselbst – streitig – Kaufmann (ganz bestimmt im Rahmen größerer Architekturbüros durch ihre Rechtsstellung, vielleicht aber auch auf Grund des Umfangs seiner gewerblichen Tätigkeit¹⁹) und weiß daher schon aus der eigenen Erfahrung um die Besonderheiten des Handelsrechts und des Handelskaufs). Eine Hinweispflicht auf die besonderen Untersuchungs- und Rügepflichten des Architekten gegenüber seinem Bauherrn auszuschließen²⁰, erscheint nach Meinung der *Verfasser* daher jedenfalls verfehlt.

So bleibt es bei der Ausgestaltung der Leistungsphase 7 aus Sicht der *Verfasser* bei der Pflicht des Architekten Grundzüge des Werkvertragsrechts und des Kaufrechts zum Zweck einer fachkompetenten Mitwirkung bei der Vergabe zu beherrschen. Indes zum Abschluss eines Vertrags ist er sicherlich ausschließlich fachtechnisch der richtige Ansprechpartner des Bauherrn und keinesfalls juristisch (zu den Gestaltungsmöglichkeiten der eigenen Verträge des Architekten s. unten unter IX).

VI. Objektüberwachung (Bauüberwachung)

Zunächst ist wieder zu überlegen, inwieweit bei dieser Leistungsphase 8 haftungsrelevante Problemstellungen für den Architekten entstehen können. Dazu ist zu klären, was heute unter „Objektüberwachung“ zu verstehen ist.

Mit der Leistungsphase 8 „Objektüberwachung“ werden grundsätzlich nicht weniger als 15 verschiedene Leistungen des Leistungsbilds vom Architekten gegenüber seinem Bauherrn als Auftraggeber geschuldet.

Vor allem die dortigen Unterpunkte „(c) Koordinieren der an der Objektüberwachung fachlich Beteiligten, (d) Überwachung und Detailkorrektur von Fertigteilen, (h) Abnahme der Bauleistungen unter Mitwirkung andere an der Planung und Objektüberwachung fachlich Beteiligter unter Feststellung von Mängeln, (m) Auflisten der Verjährungsfristen für Mängelansprüche und (n) Überwachen der Beseitigung der

bei der Abnahme der Bauleistungen festgestellten Mängel“ sind nach Meinung der *Verfasser* hier von besonderem Interesse.

1. Koordinieren der an der Objektüberwachung fachlich Beteiligten

Unter Koordinierungstätigkeit ist eine ordnende, den planungs- und termingerechten Ablauf aller Leistungsbereiche überwachende Tätigkeit zu verstehen.

2. Überwachung und Detailkorrektur von Fertigteilen

Diese Leistungspflicht erstreckt sich nach Ansicht von Teilen der Literatur nicht nur auf die Überwachung an der Baustelle, sondern umfasst gegebenenfalls auch noch die Überwachung der Herstellung im Fertigungsbetrieb²¹. Andere wiederum verlangen dabei nur die Überwachung und Detailkorrektur der fertig gestellten Bauteile vor und bei dem Einbau, also erst auf der Baustelle²². So oder so kann eine solche Überwachung nach wohl herrschender Meinung nur stichprobenartig erfolgen, was wiederum aber von einzelnen Gerichten nicht so gesehen wird²³.

3. Abnahme der Bauleistungen unter Mitwirkung andere an der Planung und Objektüberwachung fachlich Beteiligter unter Feststellung von Mängeln

Im Leistungsbild des § 33 Nr. 8 HOAI ist die technische Abnahme gemeint. Eine Befugnis zur rechtsgeschäftlichen Abnahme steht dem Architekten nicht zu²⁴. Die technische Abnahme ist lediglich als Überprüfung des Werks auf vorhandene Mängel einzuordnen²⁵, das heißt die Überprüfung der Bauarbeiten und Baustoffe auf Mängel bzw. Fehler²⁶. Kurz gesagt, alles was dem Architekten auf Grund seiner, von ihm zu erwartenden Kenntnisse auffallen muss, hat er selbstverständlich zu beanstanden. Dazu gehört auch, im Rahmen der Koordinierungspflicht des Architekten, die Überwachung des Zeitplans und die Durchführung der Abnahmen und Teilabnahmen durch die gegebenenfalls entsprechenden Fachingenieure zu veranlassen.

Grundsätzlich ist es im Rahmen der Objektüberwachung dabei auch Aufgabe des Architekten, zu prüfen, ob die vom Unternehmer eingesetzten Baustoffe die notwendige Qualität für eine ordnungsgemäße Erfüllung der entsprechenden Bauleistung aufweisen²⁷ (z. B. Verpflichtung zur Vorlage von Messprotokollen zum Bodenuntergrund; fehlerhafte Prüfung des Materials für Tragschicht von Verkehrsflächen etc.)²⁸.

Indes wird eine Materialprüfung durch technische Geräte dagegen im Regelfall nicht erforderlich sein und auch nicht verlangt werden können. Ebenso wenig ist der Architekt verpflichtet, wenn er Material nicht nach Augenschein überprüfen und beurteilen kann, von sich aus – ohne weiteren Anlass – einen Sonderfachmann für Laboruntersuchungen hinzuzuziehen oder dessen Hinzuziehung zu veranlassen. „... Die Überprüfung von verwendeten Baustoffen bzw. Bauteilen gehört nämlich nur bei besonderem Anlass zu den Tätigkeitspflichten (des Architekten).....“²⁹ Notwendige Prüfbescheide

18 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 204.

19 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), Einleitung Rdnr. 64.

20 Rath, in: Festschr. f. Koeble (o. Fußn. 1), S. 457 (461).

21 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 219.

22 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 104.

23 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 219; a. A. OLG Stuttgart, BauR 1990, 384;

24 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 110.

25 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), Einleitung Rdnr. 113.

26 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 225.

27 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2), Rdnr. 2016 m. w. Nachw.

28 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2), Rdnr. 2019.

29 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 246.

oder Gütezertifikate des Herstellers hat er sich allerdings vorlegen zu lassen³⁰.

4. Auflisten der Verjährungsfristen für Mängelansprüche

Hier muss der Architekt sich die Verträge mit den anderen Baubeteiligten vorlegen lassen und prüfen, welche Form der Abnahme oder sonstigen Handlungen (im Kaufrecht die Übergabe und ggf. Untersuchungs- und Rügepflichten) geboten sind (bzw. bereits stattgefunden haben), um die Fristen, insbesondere den Fristablauf, der Verjährung bestimmen zu können³¹.

Von nahezu allen in der Literatur wird diese Tätigkeit des Architekten aber als „... äußerst risikoträchtige Aufgabe ...“ betrachtet³², insbesondere wenn man davon ausgeht, dass auch das Ermitteln und Festhalten des jeweiligen Endzeitpunkts der jeweiligen Gewährleistungsfrist zu der Leistung dieses Leistungsbildes hinzugehört. Einzelne empfehlen deswegen ausdrücklich, „... diese Verpflichtung überhaupt nicht einzugehen“³³.

Zudem ist eine Liste aller Baubeteiligten zu führen, einschließlich aller an der Planung und Überwachung der Ausführung beteiligten Sonderfachleute. Und es soll – im Hinblick auf die zunehmende Internationalisierung der beteiligten Firmen – auch der jeweilige Firmensitz und die Rechtsform miteinverfasst werden³⁴.

5. Überwachen der Beseitigung der bei der Abnahme der Bauleistungen festgestellten Mängel

Hierunter ist schließlich die Beratung des Bauherrn bei der Geltendmachung von Mängeln ebenso zu beachten, wie auch die Aufforderung der betroffenen am Bau Beteiligten zur Mängelbeseitigung³⁵. Die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche obliegt dann jedoch (allein) dem Auftraggeber³⁶.

6. Haftungsrelevanz der Teilleistungen der Leistungsphase 8

Somit hat der Architekt in jedem Falle aber die wichtigen Bauabschnitte, von denen das Gelingen des ganzen Werks abhängt, persönlich oder durch einen erprobten Erfüllungshelfer unmittelbar zu überwachen ...³⁷; je höher die Qualitätsanforderungen an das Baumaterial und an die Bauausführung sind, desto größer ist auch das Maß an Überwachung, dass der Architekt aufbringen muss³⁸.

Nach bisheriger häufig vertretener Ansicht wird eine Haftung des Architekten wegen Überwachungsfehlern in den Fällen verneint, in denen Bauteile, wie beispielsweise die Fenster oder die Türen, in kurzer Zeit eingebaut werden und die Mängel erst nach dem Einbau vom Architekten festgestellt werden können³⁹.

Dies ist nach Meinung der *Verfasser* so nicht mehr richtig. Unter Beachtung des § 651 BGB gilt nunmehr für die Lieferung von herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen, wie zum Beispiel eben Fenster o. ä., unter Umständen Kaufrecht am Bau. Und damit sind die Besonderheiten des Kaufrechts, insbesondere auch zu den Rechten des Bauherrn bei Mängeln, zum Zeitpunkt der Verjährung oder auch zur Frage der Art der möglichen Nacherfüllung durch den Architekten zu beachten.

Zudem trifft den gewerblichen Bauherrn auch noch die besonderen Obliegenheiten beim so genannten Handelskauf, das heißt die Beachtung und Wahrnehmung der unverzüglichen Untersuchungs- und Rügepflichten gem. § 377 HGB. Daran lassen die hier besprochenen Entscheidungen des BGH keinen Zweifel mehr. Fraglich ist hier nun aber, ob auch der Architekt im Rahmen seiner vertraglichen Verpflichtungen aus dem Architektenvertrag (hier also insbesondere als Bauüberwacher bezüglich der soeben beschriebenen Leistungen der Leistungsphase 8),

gegenüber dem Bauherrn für diesen eine solche unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB wahrzunehmen hat.

Oder ist die Untersuchungs- und Rügepflicht „nur“ eine Frage des Handelsbrauchs, die der Architekt nicht zu beachten braucht, denn er kennt noch viel weniger als sein kaufmännischer Auftraggeber die handelsrechtliche Gepflogenheiten⁴⁰? Zugleich aber ist der Architekt bzw. die Architektengesellschaft doch unter Umständen selbst Kaufmann und der Architekt soll die Rechtsformen der Baubeteiligten mit auflisten (s. oben unter VI 4).

Und immer wieder werden – praktisch nachvollziehbar – juristisch gleichwohl unbegründet (und nach Meinung der *Verfasser* auch nicht begründbar), Ablehnungsversuche gegen diese Untersuchungs- und Rügepflicht unternommen.

So wird vertreten, dass bei größeren Baumaßnahmen erhebliche Mengen an Bau- und Zuschlagsstoffen verarbeitet und eventuelle einige Zeit zwischengelagert werden, wodurch die kaufmännische Rügepflicht an ihre Grenzen stößt. Dem Architekten kann deshalb nicht zugemutet werden, seine Baustellentermine von den Lieferterminen der Verkäufer abhängig zu machen⁴¹. Der Architekt habe den Bauablauf zu koordinieren und sich durch Kontrollen davon zu überzeugen, dass die Gewerke vertragsgerecht zur Ausführung kommen. Schon der Begriff der Kontrolle mache aber deutlich, dass seine ständige Anwesenheit nicht gemeint sei⁴².

Für die Üblichkeit des vertraglichen Pflichtenkreises des Architekten ist nur Dasjenige heranzuziehen, was der Vertragspartner redlicherweise vom Leistenden erwarten kann⁴³, und die Untersuchungs- und Rügepflichten aus dem Handelsrecht gehören danach eben nicht in den Aufgabenbereich des Architekten⁴⁴.

Tatsächlich ist nach Meinung der *Verfasser* weder dem Begriff der Kontrolle eine eingeschränkte Untersuchungspflicht zu entnehmen, wie auch nicht der Feststellung „... Würde man die Anforderungen so weit spannen, könnte der Architekt nichts anderes mehr machen.“⁴⁵

All diese Argumente erinnern doch sehr an die bisherige Diskussion zum § 651 BGB und seiner Anwendung von Kaufrecht auf vormals eher werkvertragstypische Geschehnisse. Getreu dem Motto „Was nicht sein darf, kann auch nicht sein“ wird hier versucht, das Unvermeidliche zu verhindern. Doch wir erinnern uns an die klare Absage des BGH an all diese (ähnlich motivierten) Versuche im Zusammenhang mit der Diskussion der Anwendung und Rechtsfolgen des § 651 BGB.

Somit ändert die Tatsache, dass diese handelsrechtliche Verpflichtung zur unverzüglichen Untersuchungs- und Rügepflicht möglicherweise (oder gar wahrscheinlicherweise) die „Manpower“ des Architekten übersteigt⁴⁶, eben nichts an ihrer Notwendigkeit. Und nach Meinung der *Verfasser* gibt es keinen Zweifel (mehr) daran, denn die Leistungen des Architekten im Rahmen der Leistungsphase 8 verlangen von diesem, wie wir soeben noch eindeutig dokumentiert haben, ein entsprechend planvolles und interessengerechtes Handeln für den Bauherrn. Dies kann bedeuten: Ist der Bauherr ein Kaufmann, muss der Architekt dessen

30 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 246.

31 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 234.

32 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 122.

33 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 126.

34 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 123.

35 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 235; Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 113.

36 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 127.

37 Pott/Dahlhoff/Kniffka (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 93.

38 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2), Rdnr. 2016 m. w. Nachw.

39 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 247.

40 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (462).

41 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (463).

42 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (463).

43 OLG Stuttgart, BauR 1990, 384;

44 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (464).

45 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), S. 457 (463).

46 Rath, in: Festschr. f. Koebler (o. Fußn. 1), 457 (461).

Obliegenheiten, soweit sie denn kongruent sind zu seinen Leistungspflichten, am Bau beachten.

Wenn der Architekt somit die unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht unterlässt, ist der Ausfall von Gewährleistungsansprüchen gegenüber dem Hersteller und Lieferer als Konsequenz aus § 651 i. V. mit § 377 HGB sehr schnell geschehen. Und darin steckt bereits durch bloße Unkenntnis des Architekten über seine eigenen Leistungspflichten diesbezüglich ein enormes und sich unter Umständen sehr schnell realisierendes Haftungsrisiko.

Fraglich ist daher, welche Auswirkungen die Anwendbarkeit des § 651 BGB gegebenenfalls i. V. mit § 377 HGB auf den bauüberwachenden freiberuflichen Architekten unter praktischen Gesichtspunkten hat.

Dazu muss man sich noch einmal in Erinnerung führen, dass unverzügliche Untersuchungspflicht heißt, die organisatorischen und fachlichen Voraussetzungen für die gebotene Überprüfung zu schaffen⁴⁷, damit sofort nach Anlieferung so stichprobenartig geprüft werden kann, dass die Prüfung als repräsentativ für den Gesamtbefund gilt⁴⁸.

Nach Meinung der *Verfasser* muss der Architekt dazu die Lieferungen, die rechtlich unter § 651 BGB fallen, abstimmen und deren unverzügliche Untersuchung koordinieren. Dazu sind schriftliche Hinweise an sämtliche Dritte (seien es nun an ggf. fachbeteiligte Ingenieure auf Prüfungsseite oder auch an die Hersteller bzw. Erzeuger auf der Lieferseite) zu erteilen.

Auch der Hinweis, dass bloße Sichtkontrollen nicht zur Prüfung taugen, weil häufig nur eine Prüfung der tatsächlichen bauphysikalischer Eigenschaften der Baustoffe letztlich Klarheit bringt, ob die Beschaffenheit der Sache den vertraglichen und technischen Vorgaben entspricht, kann daran nichts ändern.

Zunächst gilt die einfache Sichtkontrolle, das heißt bei offensichtlichen Mängeln kann und muss der Architekt reagieren, bei begründeten Zweifeln an der Qualität der Ware bleibt dagegen eine Kontrolle insoweit dem bauausführenden Unternehmer als dem Spezialisten für sein Gewerk oder Laboruntersuchungen vorbehalten⁴⁹. Der Architekt muss aber wohl im Rahmen seiner Überwachungspflicht dann die Ergebnisse erneut kontrollieren. Denn auch hier gilt, dass der Architekt sich grundsätzlich auf Herstellerangaben, Prüfzeugnisse und -siegel verlassen darf, er muss sich diese aber dann auch vorlegen lassen⁵⁰. Dass schließlich der Umgang mit Verjährungsfristen, ihre richtige Bestimmung (Art) und Berechnung (Anfang und Ende) eine einzige Haftungsfalle für den Architekten ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung mehr.

VII. Objektbetreuung

Hier ist nochmals zu überlegen, inwieweit bei dieser Leistungsphase 9 haftungsrelevante Problemstellungen für den Architekten entstehen können. Dazu ist wiederum zu klären, was unter „Objektbetreuung“ zu verstehen ist.

Mit der Leistungsphase 9 „Objektbetreuung“ werden grundsätzlich noch mal vier verschiedene Leistungen des Leistungsbilds vom Architekten gegenüber seinem Bauherrn als Auftraggeber geschuldet.

Vor allem die dortigen Unterpunkte „(a) Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen für Mängelansprüche gegenüber den bauausführenden Unternehmen und (b) Überwachen der Beseitigung von Mängeln, die innerhalb der Verjährungsfristen für Mängelansprüche, längstens jedoch bis zum Ablauf von vier Jahren seit Abnah-

me der Bauleistungen auftreten“ sind nach Meinung der *Verfasser* hier von besonderem Interesse.

1. Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen für Mängelansprüche gegenüber den bauausführenden Unternehmen

Hier sollen die die Ansprüche des Bauherrn während der Verjährungsfrist gegenüber den Unternehmern festgestellt und bei Vorliegen von Mängeln deren Beseitigung veranlasst und überwacht werden⁵¹. Dies allerdings setzt natürlich voraus, dass der Architekt zuvor (im Rahmen der Leistungsphase 8) die Verjährungsfristen für Mängelansprüche auch richtig erfasst hat.

2. Überwachen der Beseitigung von Mängeln, die innerhalb der Verjährungsfristen für Mängelansprüche, längstens jedoch bis zum Ablauf von vier Jahren seit Abnahme der Bauleistungen auftreten

In diesen Aufgabenkreis des Architekten fallen nun noch alle Mängel, die erst nach der Objektüberwachung (und der dortigen Abnahme) entdeckt worden sind. Hierzu gehören auch die Mängel, die schon vor der Abnahme vorlagen, jedoch erst nach der Abnahme entdeckt werden⁵².

3. Haftungsrelevanz der Teilleistungen der Leistungsphase 9

Im Wesentlichen kann hier Bezug genommen werden auf die bereits erfolgten Ausführungen im Kapitel „Haftungsrelevanz der Teilleistungen der Leistungsphase 8“ (s. oben unter VI 6). Insbesondere die richtige Einschätzung der oftmals unterschiedlichen Verjährungsfristen ist hier sehr gefahrträchtig⁵³.

Besondere Beachtung ist hier auch der Objektbegehung vor Ablauf der Verjährungsfristen zu schenken. Unterlässt der Architekt diese Begehung, oder leistet diese nicht rechtzeitig (bezogen auf die laufenden Verjährungsfristen), haftet er ebenfalls⁵⁴.

VIII. Haftung des Architekten

Welche Ansprüche hat der Bauherr gegen den Architekten bei Verletzung seiner Leistungspflichten? Und was passiert, wenn der Architekt Ansprüchen des Bauherrn ausgesetzt ist und selbst unter Umständen keinen Regress bei Dritten dafür nehmen kann?

Von den „großen Drei“ der Haftungsmöglichkeiten des Architekten „Planung-Koordination-Bauüberwachung“ sind hier also vor allem die Bereiche Koordination und Bauüberwachung betroffen. Und dabei ist die Haftung für mangelhafte Koordination dem Bereich der Bauüberwachung zuzuordnen, mit der Konsequenz, dass Fehler des Architekten dabei nicht zu Lasten des Bauherrn zu berücksichtigen sind⁵⁵.

Grundsätzlich gilt für den Architekten und seine Haftung gegenüber dem Bauherrn stets das Werkvertragsrecht. Und danach kann auch der Bauherr von seinen Architekten Nacherfüllung verlangen. Da sich jedoch erfahrungsgemäß bei Erkennen solcher Ansprüche der Mangel bereits im Bauvorhaben realisiert hat (hier also im Bereich der Koordination oder der Bauüberwachung) und deshalb nicht mehr durch den Architekten selbst beseitigt werden kann, bleibt oftmals nur eine Schadensersatzverpflichtung des Architekten gegenüber dem Bauherrn bestehen⁵⁶. Gelegentlich diskutiert wird in diesem Zusammenhang, ob der Architekt seinerseits nicht (wenigstens) Einfluss nehmen können soll auf die Mangelbeseitigung Dritter, zum Beispiel in der Form, dass der Architekt die Beauftragung dafür und die Verhandlung über die Kosten (die

47 Jansen, IBR 2010, 1361 (nur online) Rdnr. 31.

48 Rath, in: Festschr. f. Koeble (o. Fußn. 1), S. 457 (461).

49 Rath, in: Festschr. f. Koeble (o. Fußn. 1), S. 457 (462).

50 Rath, in: Festschr. f. Koeble (o. Fußn. 1), S. 457 (461).

51 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 261.

52 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 263.

53 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 276.

54 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 276.

55 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2), Rdnr. 2009.

56 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2), Rdnr. 2169.

er schließlich selbst bzw. sein Haftpflichtversicherer tragen muss) führen kann. Für diese Fälle haben die herrschende Meinung und die Rechtsprechung eine solche Möglichkeit im Sinne einer Schadensminderungspflicht des Bauherrn gegenüber dem Architekten, bzw. einem Mitverschulden auf Seiten des Bauherrn gegenüber dem Architekten bei einer Verweigerung einer solchen gebotenen Mitwirkungshandlung bestätigt⁵⁷. Die Haftpflichtversicherer jedoch sind in der Regel einer solchen Möglichkeit nicht aufgeschlossen, so dass es faktisch bei einer reinen Schadensersatzleistung in Geld verbleibt und auch nur selten ein entgeltlicher Aufrechnungsanspruch des Architekten wegen eines Mitverschuldens (des Bauherrn) gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Bauherrn überhaupt erfolgt (bzw. erfolgen kann).

Dieser Schadensersatz kann dann im Einzelfall einen erheblichen Umfang erreichen, denn neben den reinen Mangelschäden sind zudem und vor allem auch die so genannten Mangelfolgeschäden durch den Architekten gegenüber seinem Bauherrn als Teil des Schadensersatzes mit auszugleichen (nicht hingegen die so genannten entfernteren Mangelfolgeschäden)⁵⁸.

Hingegen eine nicht unwahrscheinliche gesamtschuldnerische Mithaftung der an der Ausführung beteiligten Gewerke gem. § 426 BGB und eine damit einhergehende Abwälzung eines Teils der Schadenslast durch den Architekten auf Dritte am Bau Beteiligte, scheidet oftmals aus, weil Ansprüche gegen diese (z. B. eben wegen einer mangelhaften Leistung des Architekten im Rahmen der Bauüberwachung) verjährt sind, oder auch – faktisch – wegen des Ausfalls der Leistungsfähigkeit (Insolvenz) des Mithaftenden.

Hinzu tritt neben der möglichen Haftung für eine mangelhafte Leistungserbringung im Rahmen der Leistungen der Leistungsphasen 7 und 8 bzw. 9 unter Umständen auch noch die so genannte Sekundärhaftung des Architekten. Denn der Architekt muss als so genannter Sachwalter der Interessen des Bauherrn gegebenenfalls auch noch nach Beendigung seiner eigentlichen Tätigkeiten bei der Klärung und Behebung von Baumängeln – einschließlich eigener Planungs- oder Aufsichtsfehler – zur Seite stehen. „Die Erfüllung dieser Pflichten betrifft allerdings nicht die Herstellung des eigentlichen Architektenwerks, sondern lediglich eine Nebenverpflichtung des Architekten. ...“⁵⁹. Andererseits wird vertreten, alle Leistungen der Phasen 1–9, und somit auch die Beratungen aus Leistungsphase 9 seien Hauptpflichten des Architekten. Folgt man dem BGH in seiner Ansicht einer Nebenpflicht, sind für diese Sekundärpflichten insbesondere aber andere Verjährungsfristen einschlägig⁶⁰, nämlich die (vormals nach positiver Vertragsverletzung) über § 241 II BGB anzuwendende regelmäßige Verjährung mit einer Verjährungsfrist von drei Jahren gem. § 199 BGB⁶¹.

IX. Haftungsabwehrmöglichkeiten des Architekten

Auf Grund der soeben geschilderten umfangreichen Haftung des Architekten ist jede Überlegung einer möglichen Einschränkung oder gar eines völligen Ausschlusses solcher Haftungsfolgen gut nachvollziehbar. Die gilt vor allem auch für die Gefahren, die die Anwendung des § 377 HGB am Bau mit sich bringt.

Jedoch ist vor der Behandlung verschiedener vertraglicher Gestaltungsoptionen für den Architekten noch kurz zu erwähnen, dass die alltägliche Praxis am Bau kaum die Rahmenbedingungen stellt für die Annahme so genannte Individualvereinbarungen. Solche sind nämlich nur anzunehmen wenn der Vertrag zwischen Bauherr und Architekt nicht vom Architekten gestellt (d. h. im Wesentlichen inhaltlich vorgegeben) wird, sondern möglichst individuell ohne inhaltliche Vorgaben (soweit Regelungen zumindest disponibel sind und sein dürfen) zwischen den Vertragsparteien „verhandelt“ wird⁶². Vielmehr besteht bei der Verwendung von Individualvereinbarung die Gefahr, dass diese als Individual-

vereinbarung gewollten Vereinbarungen schnell zu formularvertraglichen Vereinbarung werden⁶³.

Allein die Tatsache, dass ein Text handschriftlich oder maschinenschriftlich gefasst wurde führt nicht zwangsläufig zur Auslegung der Vereinbarung als individualvertraglich vereinbart, § 305 I 2 BGB. Der Verwender muss vielmehr den gesetzesfremden Kerngehalt seiner AGB inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen⁶⁴. Zudem muss der Wille des Verwenders aus der Fassung der Klausel ergeben, dass diese wirklich nur einmalig für diesen besonderen Fall verwendet werden soll. Es darf sich keine Absicht der mehrfachen Verwendung ergeben⁶⁵.

Zudem werden Formularverträge juristisch gänzlich anders bewertet hinsichtlich ihrer einzelnen Vertragsbestimmungen als so genannter Individualvereinbarungen. Sie unterliegen nämlich der Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB. Wenn es sich danach bei einem Vertrag zwischen dem Architekten und dem Bauherrn um so genannte allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, ist sogar noch eine verschärfte Form der Inhaltskontrolle bei Architektenverträgen mit so genannten Verbrauchern zu beachten, währenddessen gegenüber Unternehmern mehr (aber bei Weitem nicht alles) möglich ist⁶⁶.

1. Ausschluss der Haftung des Architekten durch Nichtvereinbarung haftungsrelevanter Leistungen im Architektenvertrag

Danach kann ein Architekt seine eigene Leistung bzw. den Leistungsumfang der einzelnen Leistungsphasen, die er mit dem Bauherrn vereinbart bzw. vereinbaren will, begrenzen. Das heißt letztlich nichts anderes, als bestimmte (und oft hinsichtlich ihres Inhalts streitige und in jedem Fall substantiell nur schwer oder faktisch sogar gar nicht zu leistende mögliche) Aufgaben (bzw. Leistungen) der jeweils zu vereinbarenden Leistungsphase bereits von Anfang an im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht (mehr) anzubieten. Argument gegenüber dem Bauherrn sollte dabei immer sein, dass bestimmte oft schwierigste und für den Bauherrn gleichwohl bedeutende Fachaufgaben nur Sonderfachleuten (so schon in der HOAI für technische Dinge an vielen Stellen ausdrücklich erwähnt) zur qualifizierten Beratung auferlegt werden sollten. Dies geschieht im – quasi höchst eigenen – Interesse des Bauherrn, der natürlich einen reibungslosen Bauablauf wünscht und sich zu diesem Zweck ja gerade seines Architekten als Fachberater bedient. Und dessen qualifizierte Fachberatung empfiehlt den Fachjuristen hinzuzuziehen (sowie ggf. auch den Fachplaner für Kälte- und Klimatechnik etc.). Aber Vorsicht: Bei fehlender Neigung des Bauherrn zu einer solchen Beauftragung sollte der Architekt stets an die Entscheidung zur Vertragsstrafenregelung durch einen Architekten denken (s. oben unter V 4), wonach eine bloße Empfehlung für den Fachjuristen und schließlich doch – wegen der Weigerung des Bauherrn, einen solchen Fachjuristen einzuschalten – eigenem Handeln des Architekten diesen uneingeschränkt hat haften lassen.

Unproblematisch dürfte dabei sein, dass der oftmals als Mustervertrag oder eigenständig vom Architekten vorformulierte Vertrag wohl in der Regel als allgemeine Geschäftsbedingungen zu beurteilen und damit

57 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2), Rdnr. 2169.

58 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2) Rdnr. 2208.

59 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2), Rdnrn. 2024 u. 2025

60 Dölle, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 2), Rdnr. 2874

61 Aus Gründen der Übersichtlichkeit und des eigentlichen Aufsatzzwerpunktes wird hier keine weitere rechtliche Würdigung der Sekundärhaftung des Architekten erfolgen.

62 Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. (2011), § 305 Rdnr. 20.

63 Locher, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), Einleitung Rdnrn. 238 ff.

64 Palandt/Grüneberg (o. Fußn. 62), § 305 Rdnr. 20.

65 Palandt/Grüneberg (o. Fußn. 62), § 305 Rdnr. 23.

66 Locher, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), Einleitung Rdnrn. 237 ff.

grundsätzlich der Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB unterworfen ist⁶⁷. Denn die HOAI regelt explizit Leistungsphasen und Leistungen in diesen Phasen, die uneingeschränkt aber auch eingeschränkt vereinbart werden können gem. § 8 HOAI. Und dies gilt eben nicht nur für die Vereinbarung einzelner Leistungsphasen, sondern auch für einzelne Leistungen innerhalb der Leistungsphasen, gem. § 8 II HOAI⁶⁸. Was aber die HOAI als zwingend anzuwendende und von Architekten zu beachtende Regelung (zumindest unter Berücksichtigung des § 1 HOAI) selbst als Regelungsgehalt (wenn auch im Zusammenhang mit der Frage des Architektenhonorars) ausdrücklich verlangt bzw. ermöglicht, kann, da sie den Vertragspartner (Bauherr) des Verwenders (Architekt) somit nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, nicht unwirksam sein.

2. Ausschluss der Haftung des Architekten durch Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen bezüglich bestimmter Leistungen im Architektenvertrag

Ganz anders hingegen dürfte der Versuch eines Architekten zu bewerten sein, der unter vertraglicher Zusicherung der vollständigen Leistungsphasen (hier also insb. der Phasen 7 und 8 bzw. 9) im Wege eines von ihm vorformulierten Vertrags einzelne Haftungsbeschränkungen oder gar Haftungsausschlüsse zu vereinbaren. Dann nämlich haben nahezu alle diesbezüglichen Formulierungen gegenüber dem Bauherrn als Verbraucher keinen und gegenüber dem Bauherrn als Kaufmann nur sehr eingeschränkt Bestand. Zudem ist auch hier vieles streitig, und auf Grund sich ständig weiterentwickelnder Rechtsprechung zu zahllosen einzelnen Klauseln kann von einem Status einer gesicherten Rechtslage für solche Klauseln faktisch überhaupt nicht ausgegangen werden. Daher ist, in Anbetracht der vergleichsweisen „Einfachheit“ des zunächst (s. oben unter IX 1) dargestellten Vertrags ohne bestimmte Leistungsinhalte, dem Architekten der Weg über Ausschlüsse in vorformulierten Vertragsklauseln keinesfalls zu empfehlen⁶⁹.

3. Ausschluss der Haftung des Architekten durch Vereinbarung von Verpflichtungen des Bauherrn, seinerseits bestimmte Einschränkungen gegenüber Dritten in den Verträgen mit diesen zu vereinbaren

Fraglich ist hier schon der Umfang der dann noch vom Architekten vereinbarten eigenen Leistungen. Geht man von einem Vollarchitekturvertrag – typischerweise als Formularvertrag – aus, wären solche Bestimmungen ergänzend zum Wesenskern des Vertrags zu betrachten, die jedoch wiederum ihrerseits einen Verstoß gegen die §§ 305 ff. BGB wahrscheinlich erscheinen lassen, da diese Ergänzungen in Wirklichkeit eine überbordende Leistungsverpflichtung auf Seiten des Bauherrn zu Gunsten des Architekten darstellen könnten. Denn für diese Pflichten des Bauherrn gibt es kein Äquivalent auf Seiten des Architekten im Rahmen des Architektenvertrags. Vielmehr würde es sich bei solchen Vereinbarungen doch um eine für den Bauherrn verpflichtende Haftungsbeschränkung zu Gunsten des Architekten handeln.

4. (Indirekter) Ausschluss bzw. Einschränkung der Haftung des Architekten durch Haftungsausschlüsse oder -einschränkungen im Vertragsverhältnis des Bauherrn mit Dritten am Bau Beteiligten

Zugleich ist aber auch der Weg eines Ausschlusses bzw. einer Begrenzung der Haftung auf Seiten des Bauherrn gegenüber Dritten am Bau Beteiligten denkbar (die so mittelbar auch zu einem geringeren Haftungsrisiko auf Seiten des Architekten führen würde und, falls der Bauherr diese Möglichkeiten – vertragswidrig – gegenüber dem Architekten nicht wahrnimmt, unter Umständen bis zu einer Haftungsfreistellung für den Architekten führen könnte).

Dann aber müsste der Architekt einen eigenen Vertrag mit dem Bauherrn entsprechend ausgestalten (s. oben unter IX 3), oder dafür Sorge tragen, dass in den entsprechenden Verhandlungen mit Leistungsanbietern bei der Vertragsgestaltung bestimmte Ausschlüsse oder zumindest Haftungsbeschränkungen Eingang in die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Bauherrn und am Bau beteiligten Dritten finden.

Und damit wäre der Architekt wieder in hohem Maße risikoanfällig für eine eigene Haftung gegenüber dem Bauherrn auf Grund einer eigenen juristischen Fehleinschätzung bestimmter Vereinbarungen und der dafür in den Verträgen mit Dritten am Bau beteiligten getroffenen Formulierungen. Dabei sei in diesem Zusammenhang noch einmal auf die „Vertragsstrafen-Entscheidung“ des OLG Brandenburg (s. oben unter V 4) verwiesen, und auf die dringende Empfehlung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Fachjuristen auf Seiten des Bauherrn für derartiges Unterfangen.

Hier nun folgt, ungeachtet dieser besonderen Problematik für den Architekten, ein kurzer abschließender Überblick über den derzeitigen Stand der Diskussionen über vertragliche Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung für den Bauherrn im Wege individueller Vereinbarung oder auch mittels formularvertraglicher Klauseln.

5. Individualvertragliche Ausschlussmöglichkeiten der Haftung für den Bauherrn

Zum einen könnte einer Vereinbarung des Bauherrn mit einem am Bau beteiligten Dritten den Inhalt haben, dass dieser grundsätzlich den § 651 BGB und seine Folgen diesem Dritten gegenüber ausschließt, indem stets Werkvertragsrecht für alle Fälle (auch die Anwendungsfälle des § 651 BGB) als vereinbart gelten soll.

Ob eine solche Vereinbarung der Anwendung des Werkvertragsrechts insgesamt möglich ist, ist aber sehr umstritten⁷⁰. Für Abweichungen von dem vom Gesetzgeber in § 651 BGB angeordneten Regeln durch Individualvereinbarung müssen die Grundsätze gelten, die für Abweichungen von dispositivem Recht anerkannt sind. Zumindest für Unternehmer wird eine solche Möglichkeit der Wahl eigenen Rechts aber diskutiert, weil diese schließlich auch eine eigene Rechtswahl bei internationalen Verträgen haben. Doch der überwiegende Teil der Literatur lehnt auch diese Möglichkeit für Unternehmer ab, da der Gesetzgeber – bewusst – diese Regelung des § 651 BGB eben nicht ins Belieben der davon betroffenen Verkehrskreise gestellt hat. Und bei Verbrauchern wird eine solche Möglichkeit schon wegen dem VbrGKRL generell abgelehnt.

Jedoch sind damit nicht bereits alle individualvertraglichen Möglichkeiten des Bauherrn ausgeschöpft. So sollen individualvertragliche Gestaltungen zu Mitwirkungspflichten des Auftraggebers möglich sein⁷¹.

Die Unterscheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen führt zu Schwierigkeiten bei der Anwendung von Kaufrecht ohne die ergänzend in § 651 S. 3 BGB genannten werkvertraglichen Regelungen. Mangels Auslegungsmöglichkeiten können deshalb nur vertragliche Lösungen für solche Problemfälle angedacht werden⁷². So könnte eine Anwendung dieser ergänzend genannten werkvertraglichen Regelungen generell für baubezogene Kaufverträge, also sowohl über vertretbare als auch nicht vertretbare Sachen vereinbart werden⁷³.

Wird der Vertrag als Werkvertrag qualifiziert, so sind die Nebenkosten der Nacherfüllung vom Unternehmer zu tragen; handelt es sich um einen Kaufvertrag, so treffen den Käufer die Kosten. Daher sind vertragliche Kostenübernahmever-

67 Locher, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), Einleitung Rdnrn. 235 ff.

68 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), § 8 Rdnrn. 19 ff.

69 Locher, in: Locher/Koebler/Frik (o. Fußn. 7), Einleitung Rdnrn. 239 ff.

70 Voit, BauR 2009, 369 (378).

71 Jansen, IBR 2010,1361 (nur online) Rdnr. 25.

72 Jansen, IBR 2010,1361 (nur online) Rdnrn. 24 u. 26.

73 Jansen, IBR 2010,1361 (nur online) Rdnr. 69.

pflichtungen auch für die Nebenkosten auf Seiten des Verkäufers für den Bauherrn zu empfehlen⁷⁴.

Streitig ist, ob § 377 HGB durch Individualvereinbarungen abdingbar ist. Ein Teil der Literatur ist der Meinung⁷⁵, die Untersuchungs- und Rügepflicht kann dabei zu Gunsten den Käufers völlig ausgeschlossen werden⁷⁶, und ebenso können Ort, Art und Umfang der Untersuchung sowie die Dauer der Rügefrist unter Beachtung des § 138 I BGB vertraglich festgelegt werden⁷⁷. Andere wiederum vertreten die Ansicht, es gelte der Grundsatz: Immer Untersuchen und gegebenenfalls Rügen. Und bei offenkundigen Mängeln seien vertraglich abgedungene Untersuchungs- und Rügeverpflichtungen wohl unwirksam, es sei denn, zugleich würden alternative Qualitätssicherungssysteme auf Seiten des Verkäufers mit vereinbart⁷⁸. Die Reichweite von Vereinbarungen sei letztlich in jedem Falle an §§ 134, 138 BGB zu messen.

6. Formulärmäßige Ausschlussmöglichkeiten der Haftung

Eine formulärmäßige vertragliche Vereinbarung von Werkvertragsrecht ist nach herrschender Meinung nicht pauschal in AGB möglich, auch nicht zwischen Unternehmern, mit dem Argument, dass ein Wahlrecht für eine Rechtsordnung nicht gleichzusetzen ist mit einem Wahlrecht nationaler Vertragstypen⁷⁹.

Bei der Vereinbarung von Mitwirkungspflichten des Bestellers in AGB liegt nach Ansicht von Teilen der Literatur keine Abweichung vom Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen des Kaufrechts vor, sodass auch in Formularverträgen solche Regelungen grundsätzlich möglich sein sollen⁸⁰.

Durch Formularvereinbarungen, die zu einer Abweichung von § 377 HGB zu Gunsten oder zu Lasten des Verkäufers/Käufers führen, sind diese allein an § 307 BGB zu messen⁸¹, da § 309 Nr. 8 b ee BGB im Verhältnis zwischen Kaufleuten nicht anwendbar ist⁸².

Die herrschende Meinung ist jedoch, dass ein umfassender Ausschluss wie im Rahmen von Individualvereinbarungen dann nicht möglich ist⁸³. Ob und in welchem Umfang eine vertragliche formulärmäßige Einschränkung bzw. ein gänzlicher Ausschluss der Prüfungs- und Rügepflicht möglich ist, bleibt daher sehr zweifelhaft⁸⁴.

X. Fazit

Die hier im Teil II dargestellten Probleme – unter Berücksichtigung der beiden BGH-Entscheidungen – bezogen auf das Architektenrecht (und insbesondere dort die Architektenhaftung) haben bei den Architekten bisher keine Beachtung und somit auch kaum Eingang gefunden in die Vertragsgestaltung der Architektenverträge selbst.

Dabei führen eine Vielzahl von vertraglich geschuldeten Verpflichtungen aus dem „Standardkatalog“ des Architektenvertrags (in der Regel angelehnt an die Leistungsphasen und die dort geregelten Leistungen gemäß HOAI) geradewegs in die Gefahr umfangreicher Haftungen, denen es zukünftig dringend zu begegnen gilt.

Auf Seiten der Architekten ist diesen dabei – unter Berücksichtigung der bisherigen uneinheitlichen Rechtsprechung und Literatur zu den einzelnen von den Architekten angebotenen Leistungsphasen bzw. Leistungen gegenüber den Bauherren – nach Ansicht der Verfasser dringend anzuraten, auf Klauseln der Haftungsbeschränkung zu verzichten. Vielmehr sollte zukünftig für beide Vertragsparteien auch vertragspsychologisch gedeihlichere – weil transparentere – Weg einer ausdrücklichen Leistungsbegrenzung, hin zu wieder rein architektenfachspezifischen vertraglichen Leistungsverpflichtungen, also insbesondere ohne Wahrnehmung – primär juristischer – Beratungstätigkeiten, vereinbart werden.

Zudem muss der Architekt sich zukünftig auch mit den Folgen der Anwendung des § 377 HGB befassen, weil er nicht als Vertreter des Bauherrn aufgrund bloßer Nichtwahrnehmung unverzüglicher Rüge- und Anzeigepflicht Dritten (Baulieferanten) gegenüber, selbst ein erhebliches Haftungsrisiko eingehen. ■

74 Voit, BauR 2009, 369 (375).

75 Koch, in: Oetker, HGB, 2. Aufl. (2011), § 377 Rdnr. 145.

76 Koch, in: Oetker (o. Fußn. 75), § 377 Rdnr. 145; Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl. (2011), § 377 Rdnr. 31.

77 Koch, in: Oetker (o. Fußn. 75), § 377 Rdnr. 145; Voit, BauR 2009, 369 (374).

78 Jansen, IBR 2010,1361 (nur online) Rdnr. 60.

79 Jansen, IBR 2010,1361 (nur online) Rdnr. 61.

80 Jansen, IBR 2010,1361 (nur online) Rdnr. 26.

81 Koch, in: Oetker (o. Fußn. 75), § 377 Rdnr. 146.

82 Koch, in: Oetker (o. Fußn. 75), § 377 Rdnr. 146.

83 Roth, in: Koller/Roth/Morck (o. Fußn. 76), § 377 Rdnr. 31 u. 32.

84 Jansen, IBR 2010,1361 (nur online) Rdnr. 32.