

# Privates Baurecht

Messerschmidt / Voit

4. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-75787-7  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Einzelvergabe **eignet sich** mit kompetenten Beteiligten, vor allem auf Bauherrnseite (Projektleitung und Projektsteuerung, Baumanagement), grundsätzlich für die meisten **Bauprojekte**. Sie dürfte in jedem Fall dann die bevorzugte Aufbauorganisation sein, wenn ein individuell gestaltetes Bauwerk mit hoher Qualität in Planung und Ausführung unter maximaler Einflussnahmemöglichkeit des Bauherrn errichtet werden soll. 315

**Typische Vertragsformen** für Einzelvergabe sind für die Bauausführung die klassischen Bauvertragstypen Einheitspreisvertrag und Pauschalvertrag, seltener und in besonderen Einzelfällen Stundenlohnvertrag und Selbstkostenerstattungsvertrag. Für die Beauftragung von Planern und Projektmanagement kommen die Grundtypen der Architekten-, Ingenieurverträge und Projektsteuerungsverträge<sup>715</sup> zur Anwendung.

Die **öffentliche Hand** ist nach § 5 Abs. 2 VOB/A grundsätzlich verpflichtet, Bauleistungen in Einzelvergabe zu vergeben.

**cc) Paketvergabe.** Bei der Paketvergabe werden einzelne Fachlose/Gewerke zusammengefasst zu größeren, technisch zusammenhängenden Vergabepaketeten (zB Baugrube und Rohbau, Technische Gebäudeausrüstung, Fassade, Innenausbau, Außenanlagen). Vereinzelt werden die mit den Vergabepaketeten beauftragten Unternehmer auch als „Teil-Generalunternehmer“ bezeichnet. 316

**Vor- und Nachteile** der Paketvergabe entsprechen weitgehend der Einzelvergabe, allerdings in abgeschwächter Form. Das Schnittstellenmanagement wird im Vergleich zur Einzelvergabe für den Bauherrn erleichtert, Projektmanagementaufgaben (Koordinations-, Integrations- und Steuerungsaufgaben) werden auf die Einzelunternehmer der Gewerkepakete übertragen. Der Koordinationsaufwand auf Seiten des Auftraggebers reduziert sich, ohne dass die Reduktion des Aufwandes soweit ginge wie beim Einsatz von Kumulativleistungsträgern. Im Hinblick auf die Flexibilität, auf Einfluss- und Änderungsmöglichkeiten für den Bauherrn steht die Paketvergabe zwischen Einzelvergabe und Kumulativträgervergaben. Die Overhead-Zuschläge, mit denen die Koordinationsleistungen und Übernahmen durch die Paketunternehmer abgegolten werden, sind regelmäßig niedriger als Generalunternehmerzuschläge.

Die **Projekte und Bauherren**, für die sich Paketvergaben eignen, sind dieselben wie bei Einzelvergaben.

Die **Vertragstypen**, die für Paketvergaben verwendet werden, ähneln dem Generalunternehmervertrag (s. o.). Abgeschlossen werden häufiger (Detail-)Pauschalverträge, seltener Einheitspreisverträge. Es kommt vor, dass Verträge über Paketvergaben mit Komplettheitsklauseln<sup>716</sup> versehen werden. Das macht allenfalls dann Sinn, wenn man den mit der „Komplettheit“ erreichten Zustand und die zugehörigen Zielvorgaben deutlich genauer definiert als dies bei Komplettheitklauseln für Gesamtbauvorhaben (Stichworte: „schlüsselfertig“, „funktionsfähig“, „mietbereit“, „betriebsbereit“ oder ähnliche unbestimmte Begriffe) üblich ist. Der Zustand, auf dem das nachfolgende Paket aufsetzen kann, sollte konkret beschrieben werden. Vernünftiger ist allerdings der Verzicht auf derartige Klauseln bei Paketvergabe. 317

**dd) Generalplaner.** Der beschriebene Trend zu Kumulativleistungsträgern<sup>717</sup> hat auch die Architekten und Ingenieure erreicht. Bei komplexen Bauvorhaben ist zu beobachten, dass Architekten mit der Koordination (vereinfacht ausgedrückt die Sorge für die richtigen Pläne zur richtigen Zeit am richtigen Ort) und der Integration der Planung (die inhaltliche Abstimmung von Objektplanung mit Fachplanung und Gutachterleistungen; in einem vereinfachten Beispiel die Sorge dafür, dass die Schlitzte in der Objektplanung dort gesetzt werden, wo die Fachplaner Rohrleitungen legen wollen) häufig überfordert sind. Als Reaktion auf diese Problematik hat sich die Beauftragung von Generalplanern entwickelt, bei der die gesamte Objekt- und Fachplanung in eine Hand gegeben wird. Die Generalplanung wird entweder durch ein Büro alleine, das intern über die notwendigen Planungskapazitäten und die erforderliche Planungskompetenzen verfügt, oder durch ein Büro (regelmäßig ein Architekturbüro), das die anderen Planer als Subplaner beauftragt abgewickelt. 318

**Vorteile** des Generalplanereinsatzes für den Bauherrn sind<sup>718</sup>:

- Planung aus einer Hand;
  - eindeutige Planerhaftung mit einer klaren Haftungszuordnung ohne Schnittstellenproblematik;
- 319

<sup>715</sup> → Syst. C R.n. 27 ff., 127 ff. sowie 179 ff.

<sup>716</sup> → R.n. 230 ff.

<sup>717</sup> → R.n. 183.

<sup>718</sup> Diederichs Immobilienmanagement S. 50.

- beschleunigte Abstimmungsprozesse zwischen erprobten Planerteams mit Erfahrung im Planungsmanagement;
  - Koordinationsaufgaben, die ansonsten die Projektleitung oder das externe Projektmanagement erbringen müssen, fallen weg und werden auf den Generalplaner übertragen.
- 320 Nachteile** des Generalplanereinsatzes für Bauherren sind:
- der Bauherr hat geringere Einflussmöglichkeiten bei der Planerauswahl;
  - Generalplaner sind bei Großbauvorhaben nicht selten Projektgesellschaften, so dass bei Überschreiten der Versicherungssumme nur eine begrenzte „Haftungsmasse“ besteht;
  - der Koordinationsaufwand der Planer wird entweder durch einen Generalplanerzuschlag (3–5 %, vereinzelt auch darüber) vom Bauherrn bezahlt oder geht zu Lasten der Subplaner, von denen Generalplanern häufig Teile des Honorars einbehalten, hier ist auf die Vermeidung von Unterschreitungen der HOAI-Mindestsätze im Bereich der Subplaner zu achten.
- 321** Der Generalplanereinsatz lohnt sich nur für **Bauvorhaben einer hohen Komplexität** mit großen Schnittstellenrisiken der Planungsbeteiligten. Bei kleineren Bauvorhaben werden die Generalplaneraufgaben häufig ohne weiteres vom Architekten mit erledigt.  
Der Generalplanervertrag ist ein kombinierter Architekten- und Ingenieurvertrag, was aufgrund der identischen Strukturen der beiden Vertragsformen keine grundsätzlichen Probleme bereitet.
- 322 ee) Generalunternehmer/Generalübernehmer.** In der hier vertretenen abwicklungsorientierten Auffassung zum Begriff des Generalübernehmers<sup>719</sup> sind die Unternehmereinsatzformen des Generalunter- und des Generalübernehmers in ihren Vor- und Nachteilen gleichlaufend.  
**Vorteile** der Generalunternehmer- oder Generalübernehmervergaben für den Bauherrn sind:<sup>720</sup>
- der Bauherr erhält die gesamte Ausführung und Mängelhaftung „aus einer Hand“, ggf. auch unter Einbeziehung von Planungsleistungen;
  - die Projektabwicklung im Rahmen der Bauausführung wird für den Bauherrn durch den Wegfall von Koordinationsaufgaben für die Projekt- und Bauleitung überschaubarer und ist mit weniger Aufwand verbunden;
  - die Verantwortung für Termine und Kosten liegt bei entsprechender Vertragsgestaltung überwiegend auf Seiten des Generalunternehmers;
  - die Risiken der Schnittstellen der Bauausführung und gegebenenfalls der Schnittstelle zwischen (Ausführungs-)Planung und Ausführung liegen allein auf Seiten des Generalunternehmers;
  - ein straffes Generalunternehmermanagement kann zu kürzeren Bauzeiten als bei der Einzelvergabe führen;
  - der Bauherr erhält zu einem früheren Zeitpunkt als bei der Einzelvergabe einen festen Preis. Allgemein wird dies als frühere Kostensicherheit bewertet, was dann stimmt, wenn das Leistungsprogramm für den Generalunternehmer hinreichend feststeht und keinen größeren Änderungen mehr unterworfen ist.
- 323** Als **Nachteile** des Generalunternehmereinsatzes sind aus Sicht des Bauherrn zu nennen:
- der frühen Preisvereinbarung ist eine hohes Nachtragsrisiko und damit die Streitbefangenheit des vereinbarten Pauschalpreises für Leistungen der schlüsselfertigen Bauerrichtung<sup>721</sup> immanent; Planungsfehler, Leistungsänderungen oder Anordnungen von zusätzlichen Leistungen führen zu Nachträgen, die häufig schwer zu beurteilen und damit strittig sind;<sup>722</sup>
  - der Bauherr hat geringe bis gar keine Einflussmöglichkeiten bei der Nachunternehmerauswahl und damit auch bei der Qualitätssicherung für die Bauerrichtung;
  - regelmäßig müssen die Unterlagen für die Generalunternehmervergabe so erstellt werden, dass sie eine frühzeitige Vergabereife begründen; Änderungen sind kostenintensiv, die Flexibilität ist gering, ein möglichst feststehendes Planungsprogramm ist zur Vermeidung von Abwicklungsproblemen zu fordern;

<sup>719</sup> → R.n. 191 f.

<sup>720</sup> Thon, Die Durchführung von Bauaufgaben durch einen Generalunternehmer und die sich hieraus für den Bauherrn ergebenden Vorteile, Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Baurecht, Bd. III, S. 7 ff. (15); Heiermann/Franke/Knipp/Lampe, Baubegleitende Rechtsberatung, S. 464 f.; Diederichs Immobilienmanagement S. 50 f.

<sup>721</sup> → R.n. 222 ff.

<sup>722</sup> Diederichs Immobilienmanagement S. 51.

- die Übernahme des Koordinationsaufwands und von Preisrisiken durch den Generalunternehmer ist über höhere Vergabepreise, insbesondere über den Generalunternehmerzuschlag zu bezahlen.

Der Einsatz eines Generalunternehmers ist insbesondere für solche **Bauherren** geeignet, die über keine oder nur geringe interne Kapazitäten zur Abwicklung von Bauvorhaben verfügen. Diese sind häufig institutionelle Investoren, in Zeiten einer angeschlagenen Immobilienwirtschaft aber auch Projektentwickler, Immobiliengesellschaften und Industrie. Zweifelhaft ist die Auffassung von *Lampe*<sup>723</sup>, nach der der Generalunternehmereinsatz umso mehr zu empfehlen ist, je mehr Schnittstellen an einem Projekt existieren und je höher das Schnittstellenrisiko an einem Bauvorhaben ist. Eine professionell abgewickelte Einzelvergabe oder individuell an das Bauvorhaben angepasste Paketvergabe kann auch mit derartigen Schnittstellenrisiken fertig werden, insbesondere wenn Planungs- und Ausführungsqualitäten im Vordergrund stehen. Entscheidender wird vielmehr das Thema der frühen Kostensicherheit, der Vorgaben von Finanzierern und bei industriellen Bauherren des Einflusses von Einkaufs- und Revisionsabteilung sein, die regelmäßig eine frühe formelle Kostensicherheit und die Vereinbarung von „Pauschalpreisen“ bevorzugen.

Typische **Vertragsformen** des Generalunternehmereinsatzes sind der oben beschriebene<sup>724</sup> komplexe Globalpauschalvertrag, dh der Pauschalvertrag mit Schlüsselfertigkeitsabrede und funktionaler Leistungsbeschreibung, der Detailpauschalvertrag und selten, aber auf dem Markt vorhanden, der Selbstkostenerstattungsvertrag.

**ff) Totalunternehmer/Totalübernehmer.** Beim Totalunternehmer-/Totalübernehmermodell gibt der Bauherr die gesamte Planung und Ausführung „in eine Hand“, ggf. unter Einbeziehung von früheren Planungsergebnissen Dritter.<sup>725</sup>

Die **Vorteile** für den Bauherrn gleichen denen bei der Generalunternehmervergabe:

- die Eindeutigkeit der Haftungszuweisung wird noch verstärkt, da die nachtrags- und behinderungsträchtige Schnittstelle zwischen einer in die Bauherrensphäre fallenden Planung und einer in die Unternehmersphäre gehörenden Ausführung entfällt. Eine derartige Planungsverantwortung gibt es beim Totalunternehmer-/Totalübernehmereinsatz allenfalls noch für Vorgaben und Zielvorstellungen des Bauherrn und Vorgaben an den Totalunternehmer in der Baurealisierung.
- durch die Erstellung von Planung und Ausführung aus einer Hand („single point of contact“), ist eine Parallelisierung von Planung und Ausführung und damit eine Verkürzung der Projektdauer möglich;
- das ausführungsorientierte Know-how des Unternehmers fließt in die Planung ein.

Damit gehen folgende **Nachteile** einher:

- die Definition von Leistungssoll und Vergütung ist schwierig;
- Einflussmöglichkeiten des Bauherrn nach der Vergabe sind so gut wie nicht vorhanden;
- die Preisfindung für die Ausführungsphase ist nicht einem Wettbewerb derselben Intensität unterworfen, wie bei einem Generalunternehmermodell, bei dem vor allem Ausführungsleistungen auf dem Markt abgefragt werden;
- ist bereits ein Unternehmer seit der Planungsphase mit dem Bauvorhaben beschäftigt, wird dies viele Wettbewerber von Angeboten für Ausführungsleistungen abschrecken, sollte die Ausführung überhaupt in einer stufenweisen Beauftragung nochmals auf den Markt gegeben werden. Wird in einem einstufigen Modell vergeben, was die Regel ist, ist der Wettbewerb schon deshalb eingeschränkt, weil nur wenige Anbieter kompetent Totalunternehmerleistungen erbringen. Die großen Bauaktiengesellschaften haben gerade in den letzten Jahren zunehmend ihre Planungsabteilungen abgebaut;
- die Flexibilität zur Anpassung der sich entwickelnden Planungs- und Bauleistungen an sich ändernde Gegebenheiten und Bedürfnisse auch noch zu späten Zeitpunkten, die Möglichkeit zu Leistungsänderungen zu Marktpreisen, ist noch weiter eingeschränkt als beim Generalunternehmereinsatz;
- die Leistungskontrolle durch den Auftraggeber ist erschwert, insbesondere was die Umsetzung der allgemein definierten Bauherrenziele in konkrete Leistungen bis hin in die Ausführungsdetails, die Sicherung der gewünschten Qualitäten und der Gestaltung betrifft;

<sup>723</sup> Heiermann/Franke/Knipp/*Lampe*, Baubegleitende Rechtsberatung, S. 466 f.

<sup>724</sup> → Rn. 230.

<sup>725</sup> → Rn. 193.

- eine Vergleichbarkeit der Angebote in der Vergabe besteht nur sehr eingeschränkt;
  - der Abwicklungskomfort und die Risikoübernahme durch den Totalunternehmer muss regelmäßig durch entsprechende Zuschläge auf den Preis bezahlt werden.
- 327** Der Einsatz von Totalunternehmern oder Totalübernehmern eignet sich für **Bauherren**, die über geringe eigene Projektmanagementkapazitäten verfügen und die eine rasche und störungsfreie Bauausführung bei fest vereinbarten Kosten und Terminen ohne intensive Einflussmöglichkeiten auf das Ergebnis von Planung und Ausführung bevorzugen. Typische Auftraggeber sind auch hier wiederum renditeorientierte institutionelle Investoren oder Auftraggeber etwa aus der Industrie, die allenfalls sporadisch bauen und über keine eigenen Kapazitäten verfügen.
- Der **Totalunternehmervertrag/Totalübernehmervertrag** vereint (General-)Planervertrag und Generalunternehmervertrag häufig mit Leistungen der Projektsteuerung, teilweise der Geschäftsbesorgung.<sup>726</sup> Er ist ein Typenkombinationsvertrag mit werkvertraglichem Schwerpunkt. Die Projektmanagementleistungen des Auftragnehmers finden allerdings in der vertraglichen Praxis des Totalunternehmereinsatzes erstaunlich geringe Beachtung.
- 328 gg) Construction Management und partnerschaftliches GMP-Modell.** Das Construction Management und – in etwas geringerem Maße – das partnerschaftliche GMP-Modell<sup>727</sup> kombinieren **Vorteile** von Einzelvergabe und Vergabe an Kumulativleistungsträger für den Bauherrn:
- der Bauherr hat Einfluss auf die Nachunternehmervergaben auch noch zu späten Zeitpunkten,
  - erhält aber gleichzeitig einen „single point of contact“ und eine Verantwortung aus einer Hand für Termine, Preis, Qualität, Abrechnung und Gewährleistung;
  - zwar ist ein Controlling nötig<sup>728</sup>, insbesondere ein Qualitätsmanagement, aber der Projektleitungsaufwand des Auftraggebers reduziert sich im Vergleich zur Generalunternehmervergabe und insbesondere zur Einzelvergabe;
  - die intensive Involvierung des Auftragnehmers in die Planung führt neben dem kooperativen Abwicklungsansatz und der hohen Transparenz von Leistungssoll und Vergütung zu geringen Nachtragsvolumina und hoher Kostensicherheit für den einmal gefundenen Preis;
  - die Kosten und Terminalsicherheit wird zu einem im Vergleich zur Einzel- oder Paketvergabe frühen Zeitpunkt erreicht;
  - kürzere Projektabwicklungszeiten bis hin zu sog. Fast-Track-Projekten mit paralleler Planung und Ausführung sind möglich;
  - die Partneringansätze bewähren sich in aller Regel und führen zu einer geringeren Streitbefangenheit von Construction Management-Modellen.
- 329** Diese Vorteile muss der Bauherr mit folgenden **Nachteilen** erkaufen.
- infolge der hohen Komplexität der Leistungserbringung und der noch geringen Vertrautheit der Anbieter auf dem deutschen Markt der Bauleistungen mit diesem Modell ist der Wettbewerb eingeschränkt. Für Construction Management-Leistungen existiert nur eine beschränkte Anzahl an kompetenten Bietern;
  - der Abrechnungsaufwand im Selbstkostenerstattungsbereich ist relativ hoch, die Abrechnung ist in Detailfragen komplex;
  - das Beziehungsgeflecht einer Bauunternehmung als Construction Manager mit ihren Nachunternehmern ist auch bei „Gläsernen Taschen“ nicht immer durchschaubar;
  - die Vertragsgestaltung ist komplex, das entsprechende Know-how ist nicht Allgemeingut.
- 330** Auf internationaler Ebene wird als **Nutzen für die anbietenden Unternehmen** insbesondere der Aufbau von langfristigen Geschäftsbeziehungen auf einer Vertrauensbasis genannt, Angebotskosten werden durch die höhere Beauftragungsquote reduziert. Risikominimierung erfolgt durch stabile Erlöse bei auskömmlichen Preisen und klaren Planungshorizonten.
- Partnerschaftliche Baumodelle, die wie Construction Management umfangreich Elemente des Partnering umsetzen, sind **nicht für alle am Markt tätigen Bauherren geeignet**. Construction Management erfordert eine hohe technische, wirtschaftliche und juristische Kompetenz des Auftraggebers, die er intern bereitstellen oder extern hinzu erwerben muss, um zB in der Preisfindung auf Augenhöhe mit dem CM-Partner zu agieren, um im Value Management die Optimierungsansätze des Auftragnehmers beurteilen zu können und die Einflussmöglichkeiten bei den Nachunternehmervergaben zu nutzen. Umfangreiche Erfahrung in der Projektabwick-

<sup>726</sup> → Rn. 193 und 251.

<sup>727</sup> Zum Begriff → Rn. 279.

<sup>728</sup> Vgl. *Diederichs/Bennison AHO*-Heft 19, 102.

lung, wenn nicht mit partnerschaftlichen Modellen, so doch in traditionellen Vergabemodellen wie der Einzelvergabe muss vorhanden sein. Nicht zu unterschätzen sind die Anforderungen an Kooperationswilligkeit, aber auch die Kooperationsfähigkeit der Beteiligten.

Mit den geeigneten Beteiligten sind partnerschaftliche Modelle vor allem für größere, komplexe **Projekte** geeignet. Construction Management ist eine etablierte Abwicklungsform für technikorienteerte Projekte im Anlagenbau (zB umwelttechnische oder chemische Anlagen). Für diverse Erscheinungsformen so genannter Fast-Track-Projekte (zB Produktionsanlagen der Informationstechnologie) ist Construction Management das vorherrschende Abwicklungsmodell. Geeignet ist Construction Management auch bei hochwertigen „Time-to-Market“-Projekten, wie hochpreisigen Bürobauteilen in Toplagen. Je größer die Schnittstellenrisiken sind, je unvollständiger und offener die Planung und je mehr dennoch frühzeitige Kostensicherheit zur Finanzierung oder Renditefestlegung von Bedeutung ist, desto eher ist Construction Management (at risk) zur Projektabwicklung geeignet. Der Einsatz von Construction Management macht auch beim Bauen im Bestand Sinn, bei dem sich in großem Ausmaß Unvorhergesehenes auf tun kann, auf das flexibel reagiert werden muss. Der Projektmanagementapparat des Construction Management ist hingegen bei kleineren, gut beherrschbaren Büro- oder Gewerbebauten oder Wohnungsbau im unteren oder mittleren Bauträgersegment nicht von Nutzen. **331**

Abzuwarten bleibt, ob sich die partnerschaftlichen Baumodelle über die teilweise Einbringung von Partneringelementen in Generalunternehmermodelle hinaus in Deutschland ähnlich etablieren wie am internationalen Bau oder im angloamerikanischen Ausland. Der Glaube der öffentlichen Auftraggeber an den Preiswettbewerb und die politischen Vorgaben der Mittelförderung im Vergaberecht sind **Hindernisse** für die Verbreitung partnerschaftlicher Baumodelle. Die Strukturen vieler Auftraggeber stehen operativen Ansätzen des Construction Management mit der frühzeitigen Einbeziehung eines Partners in die Planung entgegen, was in der Industrie an der Dominanz der Einkaufsabteilungen und der Revision liegt. Die Tradition, Vergaben allein aufgrund des Preises und nicht auf Grundlage der persönlichen Kompetenzen der Anbieter zu tätigen, ist ebenso hinderlich wie die Verwurzelung traditioneller Rollenverteilungen. Zu diesen Traditionen zählt die Partnerschaftlichkeit bisher nicht. Die vielfach mangelnde Kompetenz der Bauindustrie in Partneringmodellen diskreditiert bei Misserfolgen das gewählte Abwicklungsmodell bei den Bauherren, aber auch innerhalb der Bauaktiengesellschaften. Bei der Vertragsgestaltung wird in erster Linie auf das System von Rechten und Pflichten, auf die genaue Zuweisung von Risiken geachtet und nicht – wie häufig im angloamerikanischen Raum – auf Prozesse, Interessen und Risiken. Erfolgsfaktoren für partnerschaftliches Bauen sind effektive Prozesse, ein angemessener Interessenausgleich und aktives Risikomanagement und nicht in erster Linie und allein die „saubere Definition“ von Rechten und Pflichten. Treffend zum Ausdruck kommt dieser Ansatz im englischen Begriff des „relationship contracting“.

Das Vertragsmodell Construction Management at risk ist ein Vertragstypus eigener Art. Dieser Construction-Management-Vertrag ist ein Projektmanagementvertrag mit Bauerrichtungsverpflichtung und kein Generalunternehmervertrag mit besonderer Vergütungsabrede.<sup>729</sup> **332**

**hh) Generalunternehmermodell mit GMP-Abrede.** Das Generalunternehmermodell mit einer GMP-Absprache in einstufiger Vertragsausführung entspricht in seinen Vor- und Nachteilen weitestgehend dem Generalunternehmermodell. Die Selbstkostenerstattung bringt zusätzlich den vordergründigen **Vorteil** einer möglichen Beteiligung an Vergabegewinnen. Damit partizipiert der Bauherr allerdings an einem zentralen Risikopuffer des Unternehmers. Generalunternehmerzuschläge sind häufig so knapp kalkuliert, dass sie die Gemeinkosten und Wagnisse des Auftragnehmers nicht abdecken und der Unternehmer auf zusätzliche Vergabegewinne angewiesen ist. Die konfrontative Grundhaltung und die Interessenkonflikte in einem Generalunternehmermodell werden dann durch die Verwendung einer Maximalpreisabrede noch verschärft. Ein weiterer **Nachteil** für beide Seiten ist der hohe Aufwand der Beteiligung des Bauherrn an den Nachunternehmervergaben und vor allem der Abrechnung und Prüfung des Selbstkostenerstattungspreises. Diese Nachteile werden nicht kompensiert durch die sonstigen Vorteile des Construction Managements<sup>730</sup>, insbesondere nicht durch den geringeren sonstigen Projektleitungs- und Controllingaufwand. **333**

**ii) Sonstige partnerschaftliche Bauerrichtungsmodelle.** Auf eine Darstellung zu **Public-Private-Partnership(PPP)-Modellen** kann an dieser Stelle verzichtet werden, da deren Vor-

<sup>729</sup> Diederichs/Bennison AHO-Heft 19, 83.

<sup>730</sup> → Rn. 328 f.

oder Nachteile überwiegend nichts mit deren bauvertraglichen Bereich zu tun haben. **Project Alliancing** ist grundsätzlich für dieselben Projekte geeignet und bietet dieselben Vor- und Nachteile wie Construction Management. Selbes gilt für die **Integrierte Projektabwicklung**. Die Anforderungen an die Projektbeteiligten in diesen kollaborativen Projektorganisationen sind im Hinblick auf die Abwicklungskompetenz in partnerschaftlichen Baumodellen und die partnerschaftliche Grundhaltung gerade in Projekturbulenzen noch höher.<sup>731</sup> **Strategisches Partnering** ist vor allen Dingen für Bauherren geeignet, die einen hohen Wiederholungsfaktor in den von Ihnen errichteten Projekten haben. Beispiele sind Bürokonzepte im unteren und mittleren Preissegment, die Optimierungen zugänglich sind, und Sonderbauten wie Tankstellen oder Supermärkte. Wichtig ist dabei, dass ein strukturierter und nachhaltiger Controllingprozess aufgesetzt wird, sodass durch ständige Optimierung und Kontrolle der Effektivität dieser Optimierungen eine stetige Senkung von Errichtungs- und Betriebskosten und eine Verbesserung der Funktionalität und Qualität des Bauwerks erreicht werden kann.

335–354 (nicht besetzt)

### III. Planer

355 Unter einem **Plan** wird allgemein ein Vorhaben oder ein Entwurf als Ergebnis einer Planung verstanden. **Planung** beschreibt die menschliche Fähigkeit oder Tätigkeit der gedanklichen Vorwegnahme von Mitteln und Handlungsschritten, die zur effektiven Erreichung eines Zieles notwendig erscheinen.<sup>732</sup> Ein Planer ist derjenige, der solche Planungen vornimmt. Bei den im Bauwesen an der Erstellung eines Bauwerks beteiligten „Planern“ in diesem Sinne wird im Allgemeinen zwischen Architekten, Statiker (Tragwerksplaner), Ingenieur und Fachplaner unterschieden. Dabei finden sich Architekten hauptsächlich im Hochbau. Sie übernehmen in erster Linie gestalterische Aufgaben, darüber hinaus aber auch technische, wirtschaftliche und funktionale. Ingenieure finden sich neben dem Hochbau auch im Tiefbau und im Ingenieurbau (zum Beispiel Brücken- und Wasserbau). Im Hochbau übernehmen Ingenieure regelmäßig technische Planungsleistungen, beispielsweise als Statiker oder Haustechnikfachplaner.

#### 1. Architekt

356 Der **Begriff** „Architekt“ stammt ursprünglich aus dem griechischen. Wörtlich übersetzt bedeutet er so viel wie oberster Handwerker, Baukünstler oder Baumeister.<sup>733</sup> Heute versteht man darunter einen an einer Hochschule ausgebildeten Fachmann, der Bauwerke entwirft und gestaltet, Baupläne ausarbeitet und deren Ausführung überwacht.<sup>734</sup> Dabei kommt es regelmäßig darauf an, individuelle und gesellschaftliche Ansprüche in ein technisch und wirtschaftlich realisierbares Ordnungskonzept zu übertragen, das auch künstlerische Ansprüche angemessen befriedigt.<sup>735</sup> Neben der Bauplanung spielt auch die ästhetische und effiziente Gestaltung eine große Rolle. Lässt sich das Berufsbild vom Architekten einerseits den Ingenieurwissenschaften zuordnen, ist es doch auch Bestandteil der bildenden Künste.

357 **a) Überblick über die Tätigkeit des Architekten.** Der Architekt ist regelmäßig der erste Ansprechpartner des Bauherrn. Indem er dessen Wünsche in eine erste Planung umsetzt, stellt er die entscheidenden Weichen für das spätere Bauwerk.<sup>736</sup>

358 Nach überkommenem Verständnis bezeichnen sich Architekten gerne als **Generalisten**. In dieser Funktion beraten sie den Bauherrn in allen Fragen der Errichtung eines Bauwerks. Dies reicht im Planungsbereich von der Grundlagenplanung und Erstellung von Vorentwürfen bis hin zur Detail- und Ausführungsplanung. In der Vergangenheit war hiervon oft sogar die Erstellung der Statik umfasst. Heute erstellen Architekten regelmäßig auch die Baubeschreibung bis hin zum Leistungsverzeichnis, ermitteln die Kosten, führen die Vertragsverhandlungen, beaufsichtigen die Bauausführung und prüfen die Rechnungen.

<sup>731</sup> Sehr instruktiv *Pankow Foundation/CIDCI/IPDA*, Leitfaden, S. 14 ff.

<sup>732</sup> Artikel *Planung* In: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 25.11.2011, 17:47. URL: <http://de.wikipedia.org/wiki/Planung>.

<sup>733</sup> Artikel *Architekt*. In: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 13.6.2011, 13:11. URL: <http://de.wikipedia.org/wiki/Architekt>.

<sup>734</sup> So Duden, Bd. 5, Fremdwörterbuch.

<sup>735</sup> Vgl. *Brockhaus*, Bd. 2, Stichwort „Architekt“.

<sup>736</sup> *Fink/Klein* in *Freiberger Handbuch zum Baurecht*, § 1 Rn. 15.

In jüngerer Zeit hat sich mit zunehmender **Spezialisierung** der Aufgabenbereich des Architekten verändert. Die Statik fällt nun aus seinem Aufgabenbereich üblicherweise heraus. Insbesondere bei größeren Bauvorhaben werden immer mehr Aufgaben von Sonderfachleuten und spezialisierten Ingenieurbüros übernommen. Der Architekt konzentriert sich oft auf gestalterische Fragen der eigentlichen Planung, also die Phasen der Grundlagenermittlung, Vorentwurfs-, Entwurfs-, Genehmigungs- und Ausführungsplanung. Bei der tatsächlichen Abwicklung und Errichtung eines Bauvorhabens beschränkt er sich auf eine künstlerische Oberbauleitung. Die eigentliche Bauleitung (Objektüberwachung) und die Objektbetreuung werden gerade bei größeren und komplexeren Bauvorhaben von spezialisierten Ingenieurbüros wahrgenommen, und zwar mitunter sogar gesondert nach Gewerken.

Die Arbeit von Architekten ist jedoch nicht auf Bauwerke beschränkt. Architekten gestalten auch Landschaften, Städte, bei Gebäuden Innenausstattungen und -einrichtungen einschließlich Möbel und sonstigem Kleininventar.<sup>737</sup>

Das **Berufsrecht** des Architekten ist in den Landesarchitektengesetzen geregelt. Architekten üben ihre Tätigkeit regelmäßig als freien Beruf aus. Daneben gibt es jedoch auch angestellte Architekten, Architekten im Staatsdienst und baugewerblich Tätige.<sup>738</sup> Die Berufsbezeichnung als „Architekt“ ist nach den Landesarchitektengesetzen geschützt und bedarf regelmäßig der Eintragung in die Architektenliste der zuständigen Architektenkammer. Geschützt sind nach den Landesarchitektengesetzen auch die Berufsbezeichnungen für Berufsgesellschaften, hier bedarf es zur Führung entsprechender Berufsbezeichnungen einer Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Architektenkammer nach den Landesarchitektengesetzen. Wer sich gleichwohl als Architekt bezeichnet, handelt wettbewerbswidrig<sup>739</sup> und begeht eine Ordnungswidrigkeit.<sup>740</sup>

**b) Vertragsschluss.** Als privatrechtlicher Vertrag kommt der Architektenvertrag nach den allgemeinen Regelungen des BGB über Schuldverhältnisse zu Stande. Erforderlich ist also die Abgabe sich deckender kongruenter Willenserklärungen in Form von Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB. Diese Einigung muss nach allgemeinen Regeln neben den beteiligten Personen auch die vereinbarten Leistungen zumindest so beschreiben, dass im Wege der Auslegung deren Inhalt und Umfang ermittelt werden kann.<sup>741</sup> Eine Einigung über die Höhe der Vergütung ist hingegen wegen § 632 BGB nicht erforderlich.<sup>742</sup> Grundsätzlich ist zu vermuten, dass Architekten nur gegen Entgelt tätig werden. Eine Vergütung ist daher regelmäßig stillschweigend vereinbart (→ BGB § 632 Rn. 27).<sup>743</sup> (näher zur HOAI Syst. Teil Q). Allenfalls bei geringfügigen Leistungen kann davon ausgegangen werden, dass solche unentgeltlich erbracht werden.<sup>744</sup>

Immer wieder Schwierigkeiten bereitet in der Praxis die **Abgrenzung zwischen Akquisition und Vertragsschluss**. Dies ist in erster Linie bei der Geltendmachung von Vergütungsansprüchen, aber auch für Haftungsfragen relevant. Nach der Rechtsprechung ist die Frage, ob im Einzelfall ein rechtlich bindender Vertrag abgeschlossen oder nur ein Gefälligkeitsverhältnis begründet wurde, danach zu beantworten, ob die Architektenleistung mit rechtsgeschäftlichem Bindungswillen zugesagt oder erbracht worden ist. Zu unterscheiden ist, ob Leistungen bereits aufgrund eines erteilten Auftrags erbracht werden oder ob es sich lediglich um eine akquisitorische Tätigkeit ohne vertragliche Bindung handelt. Ob ein **Rechtsbindungswille** vorhanden war, ist nicht nach dem inneren Willen des Leistenden zu beurteilen, sondern danach, ob der Leistungsempfänger aus dem Handeln des Leistenden nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gemäß §§ 133, 157 BGB auf einen solchen Willen schließen durfte und musste. Es kommt also darauf an, wie sich dem objektiven Betrachter das Handeln des Leistenden darstellt. Insbesondere die wirtschaftliche Bedeutung einer Angelegenheit, das erkennbare Interesse des Begünstigten und die nicht ihm, wohl aber dem Leistenden erkennbare Gefahr, in die er durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann, können auf einen rechtlichen Bindungswillen

<sup>737</sup> Vgl. dazu *Beuth/Beuth*, Lexikon Bauwesen.

<sup>738</sup> *Locher* Rn. 352.

<sup>739</sup> BGH Urt. v. 25.3.2010 – I ZR 68/09, BauR 2011, 136.

<sup>740</sup> OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 8.6.2010 – 2 Ss-OWi 300/10, IBR 2011, 35.

<sup>741</sup> Vgl. *Löffelmann/Fleischmann* Rn. 757.

<sup>742</sup> *Werner/Pastor/Werner* Rn. 625; *Kessel* in *Freiberger Handbuch zum Baurecht*, § 3 Rn. 17.

<sup>743</sup> BGH Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, BauR 1987, 454 (455); OLG Hamm Urt. v. 26.9.1989 – 26 U 183/88, BauR 1990, 636 (637).

<sup>744</sup> *Werner/Pastor/Werner* Rn. 627.



schließen lassen.<sup>745</sup> Führt der Architekt im Rahmen seiner Akquisitionsphase bereits Architektenleistungen aus, so geschieht dies nicht zwingend auf der Basis eines Vertrages, sondern kann in der Hoffnung auf einen Vertragsschluss erfolgen, die mitunter enttäuscht werden kann.<sup>746</sup> Insbesondere können vorbereitende Planungen wie die Grundlagenermittlung vom Architekten auch deshalb erbracht werden, damit sich der Bauherr Klarheit darüber verschaffen kann, ob er einen Auftrag an diesen Architekten erteilen will. Gerade bei Großprojekten werden Planungsleistungen häufig im vorvertraglichen Stadium in der Erwartung erbracht, sich im Realisierungsfalle einen interessanten Auftrag zu sichern (Hoffnungsinvestition in der Phase der Vertragsanbahnung). Allein aus dem Umstand, dass ein Architekt tätig wird und tatsächlich Leistungen erbringt, kann daher der Abschluss eines Vertrags nicht hergeleitet werden.<sup>747</sup> Vielmehr hat der Architekt dessen Zustandekommen vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen. In der Rechtsprechung wird dabei unterschiedlich beurteilt, bei welchen Leistungen die Grenze zwischen Vertrag und Akquise zu ziehen ist und ob in der Anfertigung einer Vorplanung-, einer Entwurfsplanung oder gar einer Genehmigungsplanung noch Akquise liegen kann.<sup>748</sup> Stehen die Planungs- und Überwachungsziele noch nicht fest, ordnet § 650p Abs. 2 BGB an, dass der Architekt oder Fachplaner zunächst die Planungsgrundlage und eine Kosteneinschätzung zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen und dem Besteller zu übergeben hat. Allerdings setzt diese Regelung einen bereits abgeschlossenen Vertrag voraus und kann daher zur Abgrenzung zwischen Akquise und Vertragsbindung nichts beitragen.<sup>749</sup> Schematische Lösungen verbieten sich insgesamt. Der Übergang zwischen freiwilliger Akquisitionstätigkeit des Architekten und vertraglicher Bindung ist vielmehr fließend und oft Frage des Einzelfalles und umfassender Kausistik (vgl. → Syst. C Rn. 79). Regelmäßig ist die Auswertung einer Vielzahl von Indizien erforderlich. Die genannten Grundsätze gelten im Übrigen genauso für das Verhältnis zwischen einem Architekten als Generalplaner und einem Sonderfachmann bzw. Ingenieur als Subplaner.<sup>750</sup>

- 363** Der Architektenvertrag bedarf keiner Form. Er kann daher sowohl mündlich als auch **konkludent** abgeschlossen werden.<sup>751</sup> Aus Beweisgründen ist jedoch die Schriftform zu empfehlen. Alternativ kann zwischen Kaufleuten oder Personen, die gleich zu behandeln sind, auch auf das kaufmännische Bestätigungsschreiben zurückgegriffen werden.<sup>752</sup> Architektenverträge können jedoch vom Formerfordernis des § 311b BGB erfasst werden, wenn sie im Zusammenhang mit einem formbedürftigen Grundstücksgeschäft abgeschlossen werden und kein Verstoß gegen das Koppelungsverbot gegeben ist.<sup>753</sup> Honorarvereinbarungen sind gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2021 in Textform gemäß § 126b BGB zu treffen. Sofern keine Vereinbarung über die Höhe des Honorars in Textform getroffen worden sein sollte, gilt gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 HOAI 2021 für Grundleistungen der jeweilige Basis honorarsatz als vereinbart, der sich bei der Anwendung der Honorargrundlagen des § 6 HOAI ergibt. Es handelt sich um eine Auffangregelung, die nur in den, voraussichtlich wenigen, Fällen zur Anwendung kommt, in denen eine wirksame Honorarvereinbarung zwar zustande gekommen ist, aber noch nicht einmal in Textform eingehalten wurde.<sup>754</sup>

<sup>745</sup> BGH Urt. v. 29.2.1996 – VII ZR 90/94, BauR 1996, 570; OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 20.9.2005 – 22 U 210/02, BauR 2006, 1922; zur Kasuistik Werner/Pastor/Werner Rn. 611 ff.; Kniffka BauVertrR/Zahn, § 650p BGB Rn. 3 ff.

<sup>746</sup> Thode/Wirth/Kuffer/Schwenker, Praxishandbuch Architektenrecht, Rn. 97 mwN.

<sup>747</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 29.2.2008 – 23 U 85/07, NZBau 2009, 457; OLG Hamburg Urt. v. 10.2.2011 – 3 U 81/06, IBR 2011, 414; OLG Hamm Urt. v. 23.4.2010 – I-19 U 12/08, BauR 2010, 1782.

<sup>748</sup> OLG Naumburg Urt. v. 22.2.2005 – 11 U 247/01, IBR 2006, 207 (Beauftragung der Genehmigungsplanung); OLG Celle Urt. v. 17.2.2010 – 14 U 138/09, BauR 2010, 926; OLG Hamm Urt. v. 23.4.2010 – I-19 U 12/08, BauR 2010, 1782 (Entwurfsplanung als Auftragserteilung); aA OLG Düsseldorf Urt. v. 16.1.2003 – 5 U 41/02, BauR 2003, 1251 (Entwurfsplanung kann noch Akquise sein); aA OLG Karlsruhe Beschl. v. 17.2.2010 – 8 U 143/09, BauR 2010, 1279: Vorplanung als Grenze der Akquise; vgl. zum Ganzen auch Retzlaff BauR 2011, 735 ff.

<sup>749</sup> Kniffka BauVertrR/Zahn, § 650p BGB Rn. 15; Werner/Pastor/Werner Rn. 668 ff.

<sup>750</sup> OLG Hamburg Urt. v. 10.2.2011 – 3 U 81/06, IBR 2011, 414.

<sup>751</sup> Zu den Vertragsschlussmöglichkeiten vgl. Kessel Freiburger Handbuch zum Baurecht, § 3 Rn. 24 ff.; Kniffka BauVertrR/Zahn, § 650p BGB Rn. 19.

<sup>752</sup> Näher dazu Kessel Freiburger Handbuch zum Baurecht, § 3 Rn. 29.

<sup>753</sup> BGH, Urt. v. 24.9.1987 – VII ZR 306/8, BauR 1987, 699; Kniffka BauVertrR/Zahn, § 650p BGB Rn. 18; Werner/Pastor/Werner Rn. 689 ff.

<sup>754</sup> BT-Drs. 539/20, S. 20.