

Rechtsanwalt Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt

Partner Redeker Sellner Dahs Partnerschaftsgesellschaft mbB

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Honorarprofessor für Bau- und Architektenrecht an der Hochschule Bochum

Haftung des Architekten für einen (nicht) genehmigungsfähigen Bauantrag

Vortrag anlässlich der Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im

Deutschen Anwaltverein

- Landesgruppe NRW –

Münster 9.6.2017

I. Einleitung und Problemaufriss

Der Bundesgerichtshof hat sich in der Vergangenheit wiederholt zur Haftung eines Architekten hinsichtlich eines (nicht) genehmigungsfähigen Bauantrags geäußert und damit seine Rechtsprechung zur umfassenden Verantwortlichkeit des Architekten zu der von ihm vorgelegten Planung gefestigt¹. Hinsichtlich etwaiger haftungsrechtlicher Grenzen fehlt es im Ergebnis beim Bundesgerichtshof an eindeutigen Signalen, was in der Praxis zu teilweise abweichender obergerichtlicher Rechtsprechung geführt hat². Der Architekt sieht sich danach – wie sich im Folgenden zeigen wird – grundsätzlich hohen Haftungsrisiken hinsichtlich der uneingeschränkten Genehmigungsfähigkeit der von ihm vorgelegten Planung ausgesetzt.

Dies ist im Hinblick auf die immer komplexer werdenden öffentlich-rechtlichen Regelungsstrukturen³ – wie beispielsweise zusätzliche wasserrechtliche oder immissionsschutzrechtliche Vorgaben – zumindest zu hinterfragen⁴. Es wird gezeigt, dass es, jedenfalls bei komplexen Bauprojekten, kaum noch vermeidbar ist, einen Fachanwalt mit in die Planung einzubeziehen.

Dieser Beitrag befasst sich zunächst, anhand aktueller Rechtsprechung und Literatur, mit den Grundsätzen der Haftung des Architekten bezüglich eines (nicht) genehmigungsfähigen Bauantrags (**II.** und **III.**). Sodann soll auf Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung und überblicksartig auf die Rechtsfolgen der Haftung (**IV.** und **V.**) eingegangen werden. Schließlich werden die gefundenen Ergebnisse zusammengefasst und ein Ausblick gegeben (**VI.**).

II. Reichweite der erfolgsbezogenen Haftung des Architekten

Die Haftung des Architekten ist grundsätzlich erfolgsbezogen. Nach dem bisherigen wie auch nach dem ab dem 1.1.2018 geltenden neuen Bauvertragsrecht ist der Architektenvertrag grundsätzlich Werkvertrag. Nach § 633 Abs. 2 BGB ist das Architektenwerk „frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat“. Diese vertragliche Beschaffenheit wird im Architektenvertrag definiert – insbesondere zu den maßgebenden Leistungszielen, den durchzuführenden Leistungsschritten und der zu verwendenden Leistungstechnik. Soweit die Beschaffenheitsziele nicht eindeutig bereits im Vertrag bzw. seiner Leistungsbeschreibung enthalten sind, wird die vertragliche Soll-Beschaffenheit im Wege der Auslegung des Archi-

tektvertrages ermittelt⁵. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes müssen die Leistungen des Architekten grundsätzlich funktionstauglich und zweckgerichtet sein⁶. Hieraus erklärt sich zunächst mehr oder weniger zwangsläufig, weshalb der mit Planungsleistungen befasste Architekt eine in jeder Hinsicht genehmigungsfähige Planung schuldet – nur eine solche lässt nämlich die Erstellung eines vertraglich zweckentsprechenden und funktional tauglichen Objekts zu.

Grundsätzlich entspricht es daher ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die Planung des Architekten dann als mangelhaft angesehen wird, wenn sie nicht dauerhaft genehmigungsfähig erstellt wurde⁷, d.h. der Architekt ist nicht berechtigt, zunächst eine nicht genehmigungsfähige Planung bei der Baubehörde einzureichen und deren Auflagen abzuwarten⁸. Ein Mangel liegt auch vor, wenn die Genehmigung zunächst erteilt, aber wegen Einsprüchen Dritter wieder entzogen wird, weil sie rechtswidrig gewesen ist⁹. Dementsprechend ist der Begriff einer „dauerhaften Genehmigungsfähigkeit“ mit demjenigen der Bestandskraft gleichbedeutend¹⁰. Ist die Planung nur bei Erfüllung von Auflagen und Änderungen genehmigungsfähig und weichen diese im Ergebnis nicht unerheblich von dem vertraglich vereinbarten Werk ab, ist die Planung ebenso mangelhaft; insofern ist der Auftraggeber auch nicht verpflichtet, die Planung entsprechend der genehmigten Planung zu akzeptieren¹¹. Insbesondere darf der Architekt nicht darauf vertrauen, dass die Behörde rechtmäßig handelt, er muss also „klüger sein als die Behörde“¹². Bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen, muss sich die Planung mindestens innerhalb des sich aus den unbestimmten Rechtsbegriffen bzw. des Ermessens ergebenden Spielraums befinden¹³. Auch ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren oder sogar ein genehmigungsfreies Vorhaben kann den Architekten grundsätzlich nicht entlasten: Laut Bundesgerichtshof stellt das vereinfachte Genehmigungsverfahren lediglich eine Erleichterung des formellen Rechts und zugleich bei Abbau der staatlichen Bauaufsicht eine bewusste Verstärkung der Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten dar¹⁴.

Problematisch ist deshalb, inwieweit der Bundesgerichtshof für diese Erfolgshaftung des Architekten, unbeachtet etwaiger abweichender Vereinbarungen, Ausnahmen anerkennt¹⁵. In den Jahren 1984¹⁶ und 1992¹⁷ hat der III. Senat des Bundesgerichtshofs zumindest festgestellt, dass die Erfolgshaftung des Architekten nicht grenzenlos sein könne¹⁸. Es hieß, der Architekt sei kein „Rechtsberater des Bauherren“, und die „Klärung schwieriger Rechtsfragen“ könne nicht von ihm verlangt werden¹⁹. Welche Anforderungen danach an die öffentlich-rechtlichen Kenntnisse des Architekten zu stellen sind, hat unmittelbare Auswirkung auf

seine zivilrechtliche Haftung. Kann einem Architekten im Einzelfall eine konkrete Rechtskenntnis tatsächlich objektiv nicht zugemutet werden, ist es einerseits vertretbar, bereits das Vorliegen eines Mangels und somit einer Pflichtverletzung zu verneinen; die Haftung wäre insoweit nicht erfolgsbezogen²⁰. Andererseits könnte auch bloß das „Vertretenmüssen“, also das Verschulden des Architekten entfallen; dies hätte zur Folge, dass verschuldensunabhängige Gewährleistungsrechte, namentlich Minderung oder Nacherfüllung, vom Auftraggeber geltend gemacht werden könnten. Der Bundesgerichtshof hat – soweit er sich zur Frage der Zumutbarkeit überhaupt geäußert hat – diese Frage bereits auf der Ebene der Pflichtverletzung, also des Vorliegens einer mangelhaften Leistung, verortet und nicht im Rahmen des „Vertretenmüssens“²¹. Dies ist im Ergebnis auch konsequent: Müsste der Architekt nacherfüllen oder sogar eine Honorarminderung in Kauf nehmen, obwohl er schwierige Rechtsfragen nicht zumutbar zu klären hat, würde ihn dies unbillig belasten.

In der Literatur wird allerdings diskutiert, ob der Bundesgerichtshof eine Haftungsbegrenzung des Architekten überhaupt noch durch das Prinzip der Zumutbarkeit schwieriger Rechtsfragen vornimmt oder, ob der Architekt – ohne diese Einschränkung – hinsichtlich der Genehmigung uneingeschränkt erfolgsbezogen haftet²². So wird vertreten, dass nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kaum eine bauplanungs- oder bauordnungsrechtliche Frage vorstellbar sei, für deren Prüfung der Architekt nicht verantwortlich gemacht werden könne, wenn vertraglich keine abweichende Regelung getroffen werde²³. Dies wird vor allem auf Urteile des Bundesgerichtshofs vom 19.02.1998²⁴ und vom 25.02.1999²⁵ gestützt. Erwähnenswert ist auch ein Bundesgerichtshofurteil vom 10.02.2011²⁶. In diesen Urteilen spricht der Bundesgerichtshof – entgegen der bereits genannten Urteile aus den Jahren 1984 und 1992 – das Prinzip der Zumutbarkeit schwieriger Rechtsfragen nicht mehr an und macht den Architekten in den konkreten Fällen voll haftbar²⁷. Der VII. Senat des Bundesgerichtshofs formulierte in seinem Urteil vom 19.02.1998: „Der Architekt, der sich dazu verpflichtet hat, eine genehmigungsfähige Planung zu erstellen, schuldet eine dem Vertrag entsprechende genehmigungsfähige Planung. Auflagen der Genehmigungsbehörde, die auf eine vom Vertrag abweichende Bauausführung hinauslaufen, begründen einen Mangel des geschuldeten Architektenwerkes, wenn deshalb eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist (§ 633 Abs. 1 BGB).“²⁸. Zwar lässt diese Formulierung nicht auf die Möglichkeit einer Ausnahme schließen, jedoch wird auch nicht ausdrücklich von der Rechtsprechung aus den Jahren 1984 und 1992 abgerückt. Nur weil der Senat keine Ausnahmen

erwähnte, bedeutet dies noch nicht zwingend, dass er keine Ausnahmen in speziell gelagerten Fällen zulässt. Im darauf folgenden Urteil vom 25.02.1999 statuierte der Senat schlicht, dass eine Baugenehmigung, die im Nachhinein durch einen Nachbarn erfolgreich angefochten werde, eine mangelhafte Genehmigungsplanung des Architekten darstelle. Ob es bei schwierigeren Rechtsfragen Ausnahmen geben könne, wird weder angesprochen, noch wird die alte Rechtsprechung des III. Senats ausdrücklich aufgegeben. In seinem Urteil vom 10.02.2011 wird festgestellt, dass es ständiger Rechtsprechung entspreche, dass der Architekt, der zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet sei, als Werkerfolg „*grundsätzlich*“ eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung schulde²⁹. Das Wort „*grundsätzlich*“ lässt Interpretationsspielraum für Ausnahmen offen.

Von dieser Möglichkeit hat das Kammergericht Berlin Gebrauch gemacht: Es verneinte in einer Entscheidung vom 20.03.2006 das Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung, da es sich bei der dort in Rede stehenden Erwirkung einer naturschutzrechtlichen Befreiung um eine schwierige Rechtsfrage in einem Nebenrechtsgebiet handle, dessen Klärung von einem Architekten nicht verlangt werden könne. Die spezielle naturschutzrechtliche Frage sei – so das Gericht – nicht von der Erfolgsbezogenheit der Werkverpflichtung umfasst. Der gleichen Auffassung ist das Oberlandesgericht Stuttgart in dessen Entscheidung vom 12.10.2006³⁰ gefolgt. Abweichend hiervon hat allerdings das OLG Düsseldorf im Jahr 2005 – ohne nähere Begründung – eine erfolgsbezogene Haftung des Architekten für eine als durchaus schwierig einzuschätzende wasserrechtliche Frage bejaht.

Richtigerweise sollte die Erfolgsbezogenheit der Haftung mit den Kriterien der objektiven Vorhersehbarkeit und objektiven Erkenntnismöglichkeit eingeschränkt werden: Nur dann, wenn ein fachlich ausgewiesener und ausreichend und aktuell fortgebildeter Architekt die Komplexität der Rechtslage oder die Möglichkeit des Scheiterns objektiv ex ante nicht hätte erkennen können, erscheint es – in Anbetracht der grundsätzlichen Erfolgsbezogenheit des Architektenvertrags³¹ – angemessen, eine Ausnahme zu machen³². Dem Architekten kann nach dem Zugrundeliegenden nicht unterstellt werden, er wolle auch für derartige Fälle tatsächlich in jeder Hinsicht erfolgsbezogen haften. Dogmatisch kann ein derartiges Ergebnis durchaus auf das Instrument ergänzender Vertragsauslegung gestützt werden. Sobald jedoch der Architekt die Schwierigkeit und Problematik objektiv ex ante tatsächlich hätte erkennen können, ist es ihm zuzumuten, die Planung – beispielsweise nur nach Einschaltung von Rechtsexperten – fortzusetzen oder zumindest eine Bauvoranfrage zu stellen. Insofern ist ge-

richtlich anerkannt, dass der Architekt für die etwaige Mitwirkung bei einer Bauvoranfrage eine gesonderte Vergütung verlangen könne, weil diese als „Besondere Leistung“ im Rahmen der Vorplanung gelte³³. Diese Einschätzung dürfte richtigerweise auch hinsichtlich der Mitwirkung bei der Einschaltung eines Fachanwalts Anwendung finden.

Wie der Bundesgerichtshof aktuell entscheiden würde, lässt sich allerdings nicht gesichert sagen: Es sind durchaus schwierige, beispielsweise naturschutzrechtliche, Probleme denkbar, bei denen der Bundesgerichtshof an seine frühere Rechtsprechung von 1992 anknüpfen könnte. Andererseits gibt es auch gute Gründe, entsprechend des funktionalen Mangelbegriffs des Bundesgerichtshofs³⁴, von einer weitestgehend uneingeschränkten Erfolgshaftung auszugehen: Zum einen lässt der Bundesgerichtshof eine vertragliche Haftungsbeschränkung zu (dazu IV.), zum anderen ist es dem Architekten jedenfalls zuzumuten das Gespür für schwierige Rechtsfragen zu haben und die Sache einem Experten zu übergeben.

Das Zwischenfazit an dieser Stelle lautet also: Grundsätzlich ist von einer erfolgsbezogenen Haftung des Architekten in Bezug auf die Genehmigungsfähigkeit der von ihm erstellten Planung auszugehen. Nur in seltenen Ausnahmefällen kann eine Haftung des Architekten in speziell gelagerten Planungskonstellationen und bei speziellen, für ihn nicht erkennbaren Genehmigungshindernissen ausscheiden. Kommen insoweit Bedenken auf, hat der Architekt hierüber den Bauherrn zu unterrichten und darauf hinzuwirken, dass zunächst eine Klärung durch einen Fachanwalt für Verwaltungsrecht zu erfolgen hat.

III. Haftungsrechtliche Fragen der einzelnen Leistungsphasen

Nicht immer übernimmt der Architekt alle Leistungsphasen i.S.d. § 34 HOAI. Nach dem Bundesgerichtshof bleibt es den Parteien vorbehalten, unabhängig von den preisrechtlich in der HOAI vorgezeichneten Leistungsbildern im Architektenvertrag neben den Leistungszielen insbesondere die vom Architekten auszuführenden Leistungsschritte ihrem Umfang nach zu vereinbaren. Üblicherweise werden die Leistungsschritte dabei an den preisrechtlichen Vorgaben der HOAI zu den Leistungsphasen 1 – 9 orientiert. Dabei gelten zu den vereinbarten Planungsleistungen grundsätzlich die vorstehend dargestellten Haftungsmaßstäbe.

1. Leistungsphase 1 (Grundlagenermittlung)

Die Frage der Haftung des Architekten für einen (nicht) genehmigungsfähigen Bauantrag beginnt nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits mit der Leistungsphase 1 i.S.d. § 34 Abs. 3 Nr. 1 HOAI, also mit der Grundlagenermittlung³⁵: Die Grundlagenermittlung schließt laut Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Beratung zum gesamten Leistungsbedarf ein; weiterhin sollen die Probleme, die sich aus der Bauaufgabe, den Planungsanforderungen und den Zielvorstellungen des Bestellers ergeben, untersucht, analysiert und geklärt werden; dazu gehört das Abfragen und Besprechen der Wünsche, Vorstellungen und Forderungen des Bestellers. Der Architekt hat den Besteller dabei über die Genehmigungsfähigkeit des in Aussicht genommenen Bauvorhabens vollständig und richtig zu informieren; verletzt der Architekt diese Pflicht und erklärt sich der Besteller aus diesem Grund beispielsweise damit einverstanden, dass der Architekt ein anderes Gebäude als das ursprünglich gewollte plant, ist der Architekt dem Besteller zum Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB verpflichtet³⁶. Einer Ansicht in der Literatur, nach der der Architekt nur dann bezüglich Hindernissen auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften aufklären muss, wenn sie sich ihm aufdrängen, also offensichtlich sind, hat sich der Bundesgerichtshof nicht angeschlossen³⁷. Diese Rechtsprechung ist im Ergebnis insoweit zu begrüßen, als dass der Auftraggeber tatsächlich – bereits in der frühen Leistungsphase 1 – ein berechtigtes Interesse daran hat, dass der Architekt nur Planungsüberlegungen aufgreift und auslotet, die nicht von vornherein keinerlei Aussicht auf Erteilung einer bestandskräftigen Baugenehmigung haben³⁸. Bei Zweifeln hat der Architekt – nicht anders als bei bestehenden Boden- oder aber Hochwasserrisiken – gegenüber dem Auftraggeber darauf hinzuwirken, dass dieser zur Klärung etwaig bestehender Genehmigungsrisiken zunächst einen entsprechend versierten Sonderfachmann, mithin vorliegend einen Fachanwalt für Verwaltungsrecht einbindet. Da bekanntlich das gesprochene Wort – zumal wenn sich später Differenzen ergeben – flüchtig ist, müssen derartige Empfehlungen – hierauf sei nur am Rande hingewiesen – schriftlich abgesetzt und entsprechend auch dokumentiert werden.

2. Leistungsphase 2 (Vorplanung)

In der Leistungsphase 2 muss der Architekt die für die Verwirklichung des konkreten Vorhabens wichtigen Anforderungen klären und dem Auftraggeber die gefundenen Ergebnisse vermitteln, um dadurch die Gefahr einer vergeblichen, unvollständigen oder sonst nicht sachgerechten Planung zu vermeiden. Besonders die Vorgaben im Hinblick auf bestehende Rechtsvorschriften aus dem Bauplanungs- und Bauordnungsrecht sowie sonstige für die Bebauung

wesentliche Gesetze, Verordnungen und Erlasse sind zu beachten³⁹. Hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit kann es bereits jetzt zu Verhandlungen mit den zuständigen Behörden kommen⁴⁰. Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht hat dazu im Jahr 2007, am Beispiel des „Einfügens in den Bebauungsplan“, § 34 BauGB, entschieden, dass der Vorentwurf nur „im Wesentlichen“ genehmigungsfähig sein müsse⁴¹. Ob diese Einschätzung, nach der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zur Grundlagenermittlung, aufrecht erhalten werden kann, ist zweifelhaft; denn wenn der Architekt den Auftraggeber schon im Rahmen der Grundlagenermittlung vollständig und richtig hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit aufklären muss, so dürfte hinsichtlich der Vorplanung erst recht nichts anderes gelten. In konsequenter Fortsetzung dieser Rechtsprechung, muss also auch schon die Vorplanung vollständig genehmigungsfähig sein⁴². Sind berechtigte Einwendungen von dritter Seite zu erwarten, so sollte der Architekt dem Auftraggeber die Durchführung einer Bauvoranfrage vorschlagen, soweit dies nicht von der Behörde ohnehin verlangt wird⁴³.

3. Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung)

In der Leistungsphase 3 der Entwurfsplanung wird die Plankonzeption bis hin zum vollständigen Entwurf entwickelt. Die in Teilen der Literatur vertretene Auffassung, dass die Frage der Genehmigungsfähigkeit alleine eine solche der Leistungsphase 4, also der Genehmigungsplanung, sei⁴⁴, ist weder praxisnah, noch mit der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Leistungsphase 1 vereinbar. Richtigerweise schuldet der Architekt einen grundsätzlich genehmigungsfähigen Entwurf⁴⁵. Dafür spricht im Übrigen auch die Neufassung der HOAI 2013, in der das Honorar der Genehmigungsplanung von 6 % v.H. auf 3 % v.H. reduziert wurde, womit der Entwurfsplanung der Leistungsphase 3 mehr Gewicht verliehen wurde⁴⁶.

4. Leistungsphase 4 (Genehmigungsplanung)

In der Leistungsphase 4 werden schließlich die Vorlagen für die nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderlichen Genehmigungen oder Zustimmungen, einschließlich der Anträge auf Ausnahmen und Befreiungen, unter Verwendung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter gefertigt und die noch notwendigen Verhandlungen mit den Behörden geführt. Spätestens hier entspricht es allgemeiner Ansicht, dass diese Entwürfe den genannten Anforderungen an die Genehmigungsfähigkeit entsprechen müssen.

Fazit:

Die Vorlage einer genehmigungsfähigen Planung ist nicht erst zur Leistungsphase 4 geschuldet. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes überlagert die vertragliche Verpflichtung zur genehmigungsfähigen Planung sämtliche Leistungsphasen, beginnend ab Leistungsphase 1. Versäumt der Architekt in den Leistungsphasen 1 und 2 die erforderlichen Klärungen zur Genehmigungsfähigkeit, kann er sich einerseits gegenüber dem Bauherrn schadenersatzpflichtig machen, andererseits verliert er für unnötig erbrachte weitere Leistungsphasen seinen Anspruch auf das ihm nach HOAI zustehende Honorar.

IV. Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung

Vor diesem Hintergrund versteht sich auch, weshalb es den Architekten zu verbleibenden Genehmigungsrisiken häufig darum geht, verbleibende haftungsbegründende Risiken vertraglich abzufangen oder aber auf den Auftraggeber zu übertragen.

1. Ausgangspunkt: Inhalt des Architektenvertrages

Ausgangspunkt für die architektenrechtliche Haftung ist zunächst der Architektenvertrag. Schuldet der Architekt „alle Grundleistungen nach HOAI“ oder die „Genehmigungsplanung“, ist er regelmäßig nach den vorgenannten Maßstäben für die Genehmigungsfähigkeit seiner Planung verantwortlich⁴⁷. Ergänzend hat jedoch die Analyse der planungsbezogenen Leistungsphasen ergeben, dass der Architekt auch in den frühen Leistungsphasen 1 und 2 grundsätzlich gehalten ist, eine funktional taugliche und damit genehmigungsfähige Planung zu erstellen.

2. Abweichende Vereinbarung zulässig

Den Parteien ist es laut Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unbenommen, zu vereinbaren, dass und inwieweit der Auftraggeber das Risiko einer nicht genehmigungsfähigen Planung übernimmt, wobei derartige Vereinbarungen ausdrücklich und schriftlich geschlossen werden sollten⁴⁸. Allein die Kenntnis des Genehmigungsrisikos auf Seiten des Auftraggebers bietet, angesichts der grundsätzlichen Erfolgsbezogenheit des Architektenwerks, keine hinrei-

chende Grundlage, von einer konkludenten Haftungserleichterung auszugehen⁴⁹. Die Zulässigkeit einer derartigen Haftungserleichterung gründet sich, wie der Bundesgerichtshof richtigerweise feststellt, in der Privatautonomie: Da ein Architektenvertrag einem dynamischen Anpassungsprozess unterliegt, kann eine vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber auch noch nach Vertragsschluss im Rahmen der Abstimmung über das geplante Bauvorhaben erfolgen; Voraussetzung für die vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber ist aber, dass dieser Bedeutung und Tragweite des Risikos erkannt hat, dass die Genehmigung ggfs. nicht erteilt wird; dies kann - sofern nicht ausnahmsweise offenkundig - in der Regel nur angenommen werden, wenn der Architekt den Auftraggeber umfassend über das bestehende rechtliche und wirtschaftliche Risiko aufgeklärt und belehrt hat und der Auftraggeber sich sodann auf einen derartigen Risikoausschluss rechtsgeschäftlich einlässt⁵⁰. Die Darlegungs- und Beweislast bezüglich derartiger Vereinbarungen treffen den Architekten⁵¹. Aus diesem Grunde wird in aller Regel nur eine eindeutige und schriftliche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien zu einer rechtlich gesicherten Überwälzung des Genehmigungsrisikos auf den Auftraggeber führen können.

3. Mitverschulden des Auftraggebers

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann allerdings ein etwaiges Mitverschulden des Bauherrn nach § 254 BGB zu berücksichtigen sein: Sind dem Bauherrn Umstände bekannt, aufgrund derer sich bereits bei einer laienhaften Bewertung das Risiko der Fehlerhaftigkeit der Planung und damit der Baugenehmigung ableiten lässt, muss er sich ein hieraus abzuleitendes Verschulden gegen sich selbst anrechnen lassen⁵². Ein Bauherr trägt deshalb auch dann zur Entstehung des Schadens schuldhaft bei, wenn er mit den Bauarbeiten beginnt, obwohl er weiß – oder mindestens damit rechnen muss –, dass die von ihm geplante Erweiterung seines Bauvorhabens geeignet ist, nicht endgültig genehmigt zu werden⁵³. Davon dürfte jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn und soweit der Architekt den Bauherrn schriftlich und deutlich auf berechtigte Bedenken hinweist und dieser sich dann bewusst solchen Risiken verschließt⁵⁴.

4. Fazit

Im Ergebnis gelingt es Architekten nur selten, das Genehmigungsrisiko zu der von ihm entwickelten Planung auf den Auftraggeber zu verlagern. Erfolg kann der Architekt insoweit nur

haben, wenn er den Auftraggeber umfassend zu Genehmigungsrisiken berät und dieser mit ihm in voller Kenntnis bestehender Genehmigungsrisiken eine (schriftliche) Vereinbarung dahingehend trifft, dass die Genehmigungsrisiken mit allen ihren Folgen ausschließlich vom Auftraggeber getragen werden. Soweit es dem Architekten – wie regelmäßig – nicht gelingt, den Nachweis entsprechender Risikoübertragung auf den Auftraggeber zu führen, verbleibt lediglich die Möglichkeit, bei Geltendmachung von Nacherfüllungs-/Schadenersatzansprüchen den Einwand des Mitverschuldens nach § 254 BGB zu erheben.

V. Rechtsfolge nicht erteilter Baugenehmigungen

Da hier nicht auf jede, im Einzelnen denkbare Haftungskonstellation eingegangen werden kann, beschränkt sich die folgende Darstellung auf die haftungsrechtlichen Grundlagen.

a) Grundsatz: Nacherfüllung

Grundsätzlich steht dem Auftraggeber und dem Architekten das Recht der Nacherfüllung zu, § 635 Abs. 1 BGB (sog. Recht der zweiten Andienung)⁵⁵. Dieses wird jedoch nicht grenzenlos gewährt: Alle Änderungen, die nicht der Funktion und dem Zweck des Architektenvertrags entsprechen, beispielsweise grundlegende und vom Auftraggeber nicht hinnehmbare Umplanungen des Baukörpers, führen richtigerweise zur Unmöglichkeit der Nachbesserung, § 275 Abs. 1 BGB⁵⁶. Eine Unmöglichkeit der Nachbesserung liegt nur dann nicht mehr vor, wenn der Auftraggeber einer Vertragsänderung zustimmt⁵⁷. Ebenso ist eine Fristsetzung zur Nachbesserung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in aller Regel dann ausgeschlossen, wenn bereits nach den mangelhaften Plänen des Architekten gebaut wurde⁵⁸ und sich der Mangel der Leistung damit am Bauwerk verkörpert hat.

b) Sekundärrechte

Ist eine Nacherfüllung nicht (mehr) möglich oder unzumutbar, stehen dem Auftraggeber die Rechte des Rücktritts, der Minderung und des Schadensersatzes statt der Leistung zu⁵⁹. Ebenso kann dem Auftraggeber das Recht zur Kündigung des Architektenvertrages aus wichtigem Grunde gegenüber dem Architekten zustehen. Regelmäßig wird es in derartigen Fällen um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Architekten gehen. Die Ersatzpflicht ist hier jedoch durch die Grundsätze der Schadensminderungspflicht, der Vorteils-

anrechnung, „Sowiesokosten“ und insbesondere durch das Mitverschulden des Auftraggebers gem. § 254 BGB begrenzt.

VI. Ergebnis und Ausblick

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt den Architekten vor enorme Haftungsrisiken. Die neueste Entwicklung zeigt sogar, dass der Architekt bereits in der Leistungsphase 1 eine vollumfänglich richtige Beratung zur Genehmigungsfähigkeit zu leisten hat. Die Zukunft wird zeigen, ob der Bundesgerichtshof tatsächlich, auch bei höchst schwierigen rechtlichen Fragen, keine Einschränkung der Haftung vornehmen wird. Eine eindeutige Prognose kann, wie aufgezeigt wurde, hierzu allerdings noch nicht abgegeben werden. Der Architekt wird sich deshalb vorsorglich auf die hohen vom Bundesgerichtshof angenommenen Haftungsrisiken zur Genehmigungsfähigkeit der von ihm vorzulegenden Planungen einzurichten haben. Wenn und soweit sich Genehmigungsrisiken – insbesondere in speziellen und kritischen Fallkonstellationen – auftun, ist der planende Architekt gut beraten, wenn er dem Auftraggeber frühzeitig entsprechende Genehmigungsrisiken aufzeigt und diesen ausdrücklich veranlasst, für eine qualifizierte Prüfung durch einen Fachanwalt für Verwaltungsrecht Sorge zu tragen.

¹ zu den Grundlagen der Haftung zuletzt BGH, BauR 2011, 869 = NZBau 2011, 360; aber auch BGH, BauR 2014, 1801 = NZBau 2014, 568.

² Eingehend *Spiegels*, NZBau 2007, 270

³ Dazu *Bönker*, NZBau 2003, 80.

⁴ So ausdrücklich *Koebler* in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts 4. Auflage 2014; 12. Teil Rn. 708.

⁵ BGH BauR 2004, 1640.

⁶ BGH NJW 2013, 2268; Kniffka BauR 2015, 1031, 1033.

⁷ BGH, BauR 2011, 869 = NJW 2011, 1442; BGH NJW 2003, 287; siehe auch *Drossart* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 633 BGB Rn. 63.

⁸ BGH, NZBau 2001, 211; BGH NJW-RR 1998, 952; siehe auch *Drossart* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 633 BGB Rn. 63.

⁹ BGH, NJW 1999, 2112; *Drossart* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 633 BGB Rn. 63.

¹⁰ so auch *Koebler* in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts 4. Auflage 2014; 12. Teil Rn. 707.

¹¹ BGH, NJW 2003, 287; BGH NJW-RR 1998, 952; siehe auch *Drossart* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 633 BGB Rn. 63.

¹² statt aller *Drossart* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 633 BGB Rn. 63.

¹³ BGH, NJW-RR 1999, 1105 = BauR 1999, 1195.

¹⁴ BGH NZBau 2002, 41 = NJW 2002, 129.

¹⁵ statt aller m.w.N. *Bönker*, NZBau 2003, 80.

¹⁶ BGH, NJW 1985, 1692.

¹⁷ BGH, NVwZ 1992, 911.

¹⁸ statt aller *Bönker*, NZBau 2003, 80.

¹⁹ BGH, NVwZ 1992, 911; BGH, NJW 1985, 1692.

²⁰ so auch *Koebler* in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts 4. Auflage 2014; 12. Teil Rn. 708.

²¹ So beispielsweise BGH, NVwZ 1992, 911.

-
- ²² m.w.N. *Bönker*, NZBau 2003, 80.
- ²³ m.w.N. *Bönker*, NZBau, 2003, 80 (82); nach neuerer Rechtsprechung sei der Architekt „Baujurist“ *Peters*, BauR 2003, 1623.
- ²⁴ BGH BauR 1998, 579 = NJW-RR 1998, 952.
- ²⁵ BGH, BauR 1999, 934 = NJW 1999, 2112.
- ²⁶ BGH, BauR 2011, 869 = NZBau 2011, 360.
- ²⁷ statt aller *Bönker*, NZBau 2003, 80.
- ²⁸ BGH BauR 1998, 579 = NJW-RR 1998, 952.
- ²⁹ BGH BauR 2011, 869 = NZBau 2011, 360.
- ³⁰ OLG Stuttgart, NZBau 2007, 319.
- ³¹ Siehe dazu *Drossart* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 633 BGB Rn. 59 ff.
- ³² ähnlich *Koebler* in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts 4. Auflage 2014; 12. Teil Rn. 708.
- ³³ OLG Düsseldorf, BauR 1996, 287 = NJW-RR 1996, 404; siehe auch *Korbion* in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage 2016, § 34 HOAI Rn. 186.
- ³⁴ siehe dazu die Urteile BGH NZBau 2001, 270 = BauR 2001, 823 und BGH NZBau, 2013, 519 = BauR 2013, 1468.
- ³⁵ BGH, BauR 2014, 1801 = NZBau 2014, 568-570; dem im Ergebnis zustimmend *Söns*, NZBau 2015, 23; ebenso zustimmend *Koebler* in: Locher/Koebler/Frick, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34 HOAI Rn. 47.
- ³⁶ zum Ganzen BGH, BauR 2014, 1801 = NZBau 2014, 568-570.
- ³⁷ Diese Auffassung vertritt *Bruhns*, NZBau 2007, 737.
- ³⁸ der Rechtsprechung im Ergebnis auch zustimmend *Söns*, NZBau 2015, 23.
- ³⁹ zum Ganzen *Korbion* in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage 2016, § 34 HOAI Rn. 99.
- ⁴⁰ *Koebler* in: Locher/Koebler/Frick, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34 HOAI Rn. 60.
- ⁴¹ OLG Schleswig-Holstein, NZBau 2008, 67.
- ⁴² a.A. wohl *Koebler* in: Locher/Koebler/Frick, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34 HOAI Rn. 81.
- ⁴³ *Koebler* in: Locher/Koebler/Frick, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34 HOAI Rn. 81.
- ⁴⁴ so aber ausdrücklich *Korbion* in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage 2016, § 34 HOAI Rn. 43.
- ⁴⁵ *Koebler* in: Locher/Koebler/Frick, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017, § 34 HOAI Rn. 106.
- ⁴⁶ Zur „neuen“ HOAI *Werner, Siegburg*, BauR 2013, 1499.
- ⁴⁷ m.w.N. *Bönker*, NZBau 2003, 80.
- ⁴⁸ ob derartige Vereinbarungen auch konkludent geschlossen werden können ist höchstrichterlich noch nicht geklärt *Koebler* in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts 4. Auflage 2014; 12. Teil Rn. 707.
- ⁴⁹ BGH, NJW-RR 1999, 1105 = BauR 1999, 1195.
- ⁵⁰ zum Ganzen m.w.N. BGH, NZBau 2011, 360 = BauR 2011, 869.
- ⁵¹ m.w.N. *Koebler* in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts 4. Auflage 2014; 12. Teil Rn. 707.
- ⁵² So die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs BGH, BauR 2011, 869 = NZBau 2011, 360.
- ⁵³ BGH, Urteil vom 12. Juni 1975 – III ZR 34/73 –, juris.
- ⁵⁴ OLG Düsseldorf, NZBau 2001, 35.
- ⁵⁵ Hinsichtlich der nötigen Fristsetzung bezüglich einer Dispenserteilung für Dachfenster OLG Naumburg, BauR 2002, 1878.
- ⁵⁶ So im Ergebnis OLG Hamm, Urteil vom 01. Dezember 2005 – 24 U 89/05 –, juris.
- ⁵⁷ Im Ergebnis gleich BGH, NZBau 2003, 38 = BauR 2002, 1872.
- ⁵⁸ Ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, statt aller BGH, BauR 2007, 2083 = NZBau 2008, 187.
- ⁵⁹ siehe BGH, BauR 2014, 1801 = NZBau 2014, 568-570 und *Bruhns*, NZBau 2007, 737.