

## **Die gesamtschuldnerische Haftung des Architekten und die Minimierung des Risikos der Inanspruchnahme durch alternative Sicherheiten**

*RA Gerhard Steyer, VHV Verbands- und Kooperationsmanagement Bau*

Die kritische Betrachtung der Architektenschaft im Hinblick auf die gesamtschuldnerische Haftung wird in der schwierigen wirtschaftlichen Lage der Bauunternehmen gesehen, d. h. in den häufigen Insolvenzen von bauausführenden Unternehmen.

In deren Zuge kann der Bauherr die Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegenüber dem Bauunternehmen nicht realisieren und sucht daher einen zahlungsfähigen, meist natürlich einen haftpflichtversicherten Baubeteiligten, nämlich den Architekten.

Als Risiko wird gesehen, dass der Architekt aufgrund der gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme mit dem Ausfallrisiko des Bauunternehmers belastet wird, mit der Konsequenz, dass er die Innenausgleichsansprüche bzw. dessen Versicherung nicht realisieren kann.

Gesamtschuldnerische Haftung hat als Voraussetzung stets die Mitverursachung eines Mangels seitens des Architekten.

Die gesetzliche Grundlage für die Gesamtschuldnerschaft ist § 421 BGB. Darin heißt es: *Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, dass Jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.*

Für die Architektenschaft tritt dabei die Rechtsfolge ein, dass der Bauherr die Mängelbeseitigung oder Schadenersatzleistung ganz vom Architekten fordern kann, auch wenn dessen Verursachungsanteil am Schaden wesentlich geringer und der Innenausgleich nicht realisierbar ist.

### **Ziel Gesamtschuldnerschaft (§§ 421 ff. BGB)**

Der Gläubiger soll in seiner Rechtsverfolgung durch die Verbundenheit mehrerer Schuldner keinen Nachteil erleiden.

Der Gläubiger kann allerdings einen Anspruch nur ein einziges Mal durchsetzen.

Die Gesamtschuldner können untereinander je nach Grad der Verantwortlichkeit aufeinander zurückgreifen.

### **Voraussetzung für eine Gesamtschuldnerschaft**

Voraussetzung hierfür ist eine Leistung gemäß § 421 BGB, das bedeutet eine inhaltliche Identität der Leistung, wobei die Primärverpflichtungen des Bauunternehmers und des Architekten als unterschiedlich angesehen werden müssen. Denn der Bauunternehmer schuldet ein Bauwerk im Sinne von Bauen und der Architekt ein Architektenwerk im Sinne von Planen.

Von dieser Betrachtung ist aber streng zu unterscheiden, wenn Leistungsstörungen auftreten und ein gemeinsam verursachter Mangel im Raum steht.

Dieser gemeinsam verursachte Mangel ist die Grundlage für die sogenannte rechtliche Zweckgemeinschaft, wonach beide ein mangelfreies Werk schulden.

Im Hinblick auf diesen ein und denselben Mangel, der durch beide Baubeteiligte mitverursacht wurde, nimmt die Rechtsprechung des BGH eine Zweckgemeinschaft an, wonach bei einem gemeinsamen verursachten Mangel beide Baubeteiligte für eine Beseitigung einzustehen haben.

### **Was bedeutet dies nun in die Praxis übertragen?**

Die häufigste Konstellation ist der Ausführungsfehler des Bauunternehmers einer-

seits und der Planungs- bzw. Überwachungsfehler des Architekten andererseits.

Damit ist Haftungsgrundlage gegenüber dem Architekten die Mitverursachung des Mangels durch Planungsfehler oder durch Bauüberwachungsfehler.

Hierzu ein Beispiel:

Eine Zwischengeschossdecke wird durch das bauausführende Unternehmen trotz klarer Vorgabe in zu geringer Stärke ausgeführt. Der Architekt bemerkt dies trotz Offenkundigkeit nicht. Es liegt somit ein klarer Fall der Form der Gesamtschuldnerschaft vor.

Wir können den Fall auch von der anderen Seite aufziehen:

Der Architekt hat die Decke nicht ausreichend tragfähig geplant. Der Unternehmer zeigt hierüber keine Bedenken an. Voraussetzung für eine gesamtschuldnerische Haftung ist auch hier, dass der Mangel jeweils aus den einzelnen Verursachungsbereichen herrührt, d. h., dass jeder Baubeteiligte eine Mitverursachung an dem Mangel trägt.

Auch eine Gesamtschuldnerschaft planender und objektiv überwachender Architekten ist möglich. Gleiches gilt für einen Gesamtschuldverhältnis zwischen mehreren Bauunternehmen in Form von Vor- und Nachunternehmerschaft. Dies ist nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln.

Nunmehr gibt es ja eine Reihe von Überlegungen, das Risiko für den Architekten zu minimieren. Das reicht von dem Gedanken, dass der Architekt mit dem Bauherrn einen Dienstvertrag bzw. Teile seiner Leistungen, d. h. also Leistungsphase 8, als dienstvertragliche Pflichten normieren soll.

Zwar ist der Architektenvertrag hinsichtlich der Festlegung der Leistungsmerkmale frei verhandel- und bestimmbar, aber solche Überlegungen, die den Erfolgscharakter des Architektenvertrages in Frage stellen, dürften auch künftig in der Praxis wenig Aussicht auf Erfolg haben.

Statt einer weiteren Kommentierung dieser Überlegungen soll hier eine pragmatische

Lösung vorgestellt werden, die zwar nicht die gesetzliche Haftung ändert, aber das Risiko der Inanspruchnahme der Architekten wesentlich minimieren kann.

Im französischen Sprachraum finden wir schon seit einigen Jahren eine gesetzlich vorgeschriebene Baugewährleistungsversicherung, die so genannte Responsabilité Civil Décennale, die die Kosten der Mängelbeseitigung bzw. der Nachbesserung nach Abnahme sowohl für den Bauunternehmer als auch den Architekten trägt.

Die VHV als Bauspezialversicherer übernahm die Grundidee der französischen Décennaleversicherung und schuf gemeinsam mit Vertretern der Verbände der Bauwirtschaft ein auf die gesetzlichen Vorschriften des BGB und VOB abgestimmtes Deckungskonzept. Damit kann die Bauwirtschaft nunmehr auch in Deutschland Mängel an der Bauleistung, die nach der Abnahme erstmals auftreten, absichern. Es umfasst auch die Erstattung des angemessenen Minderungsbetrages, soweit die Mängelbeseitigung unmöglich bzw. unverhältnismäßig ist.

Versichert gilt eine vereinbarte Gewährleistungsfrist bis zu maximal 5 Jahren.

### **Direktanspruch des Bauherrn**

Die Besonderheit ist, dass dem Bauherrn im Insolvenzfall ein Direktanspruch gegenüber dem Versicherer eröffnet wird, falls die Gewährleistungsansprüche beim Auftraggeber nicht mehr realisiert werden können.

Warum sollte nunmehr der Bauherr, sei es nun ein privater oder ein gewerblicher, immer noch mit aller Gewalt versuchen, diesen Anspruch beim Architekten durchzusetzen, wenn ihm hier die Möglichkeit eröffnet wird, seine Gewährleistungsansprüche durch einen ihm zugesicherten Direktanspruch, d. h. es handelt sich hier um einen Vertrag zugunsten Dritter, nämlich den des Bauherrn, durchzusetzen? Der Architekt ist also gut beraten, dass er diese Sicherungsform verbindlich in die Ausschreibungsunterlagen aufnimmt.

## **Zulässigkeit der alternativen Sicherungsform**

Zum einen haben wir die gesetzlichen Ansprüche gemäß § 648 bzw. 648 a BGB und das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen sowie die vertraglichen Ansprüche entsprechende § 232 ff. BGB und § 17 VOB Teil B.

Gegenstand der von Teil B § 17 erfassten Sicherheit ist die Absicherung der vertraglichen Interessen des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer mit dem Ziel der ordnungsgemäßen Erfüllung dessen, was nach dem Bauvertrag als Leistungspflicht des Auftragnehmers anzunehmen ist, einschließlich der mangelfreien Leistungen der Leistungserstellung, insbesondere Nachbesserung, sprich Gewährleistung.

Es ist nach dem Gesetz des § 232 ff. BGB an sich nicht erforderlich, die Höhe der Sicherheiten vorher festzulegen. Darüber erhält auch § 17 VOB Teil B keine direkte Bestimmung. Wenn nichts anderes bestimmt ist, muss die Sicherheit jedenfalls hoch genug sein, das sichernde Recht wertmäßig zu decken. Im Hinblick darauf bestehen bei der Baugewährleistungs-Versicherung keine Probleme, da dem Grunde nach die Gewährleistungsansprüche in voller Höhe der Erstellungskosten Gegenstand der Versicherung sind.

Hinsichtlich der Arten der Sicherheitsleistungen eröffnet das Gesetz durch den § 232 Abs. 1 BGB verschiedene Möglichkeiten. Ist keine besondere Sicherheit festgelegt, so hat der Sicherungspflichtige im Rahmen der Sicherungsmöglichkeiten die Wahl. Also lässt sich daraus schließen, dass der Verwendung der Baugewährleistungs-Versicherung dem Grunde nach als Sicherungsinstrument nichts im Wege steht.

Die VOB geht einen von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Weg, Sie legt im § 17 Nr. 2 VOB in Teil B drei Arten von Möglichkeiten der Sicherheitsleistungen fest, nämlich Sicherheit durch Einbehalt von Geld, Sicherheit durch Hinterlegung von Geld, Sicherheit durch eine Bürgschaft eines im Inland zugelassenen

Kreditinstitutes oder Kreditversicherers. Die Baugewährleistungs-Versicherung wird durch die VHV Allgemeine AG als Risikoträger zur Verfügung gestellt. Das ist insoweit unschädlich, da auch die VOB von der grundsätzlichen Möglichkeit der Vertragsfreiheit Gebrauch macht, denn Sinn dieser Regelung ist es nicht, die Bauvertragsparteien von vornherein auf eine dieser aufgezeigten Möglichkeiten festzulegen, vielmehr beruht Nr. 2 lediglich auf der Erfahrung der täglichen Baupraxis, die dahingeht, dass andere Arten von Sicherheiten von Bauverträgen allgemein kaum vereinbart werden.

Selbstverständlich ist es den Bauvertragsparteien unbenommen, im Einzel-VOB-Vertrag auch andere Arten von Sicherheiten zu vereinbaren.

Mit der Bürgschaft haben wir entsprechend § 14 Nr. 2 des Teil A VOB eine Besicherung bis 5 % der Absicherungssumme. Die Absicherung in der Baugewährleistungs-Versicherung beträgt 100 %. Sie wird allerdings durch die vereinbarte Deckungssumme als Höchstleistung begrenzt, bietet damit aber in aller Regel eine höhere Absicherung, als dies über eine Bürgschaft überhaupt möglich ist.

## **Vereinbarung einer Vorabinanspruchnahme**

Eines allerdings muss noch in diesem Zusammenhang beachtet werden. Da der Bauherr gleichwohl frei ist, welchen Gesamtschuldner er für gemeinsam verursachte Mängel in Anspruch nimmt – ihm steht ja ein Wahlrecht zu – wäre neben der Anregung seitens des Architekten und der Vereinbarung des Bauherrn mit dem Unternehmer einer Baugewährleistungs-Versicherung es erforderlich, dass im Architektenvertrag eine Vorabinanspruchnahme vereinbart wird. Das heißt, im Falle von gemeinsam verursachten Mängeln und in einer Insolvenz des Bauunternehmens sucht der Bauherr zunächst eine Befriedigung der Mängelbeseitigungskosten aus der Baugewährleistungs-Versicherung.

Eine solche vertragliche Privilegierungsregelung ist als zulässig anzusehen. Da gibt

es eine Grundsatzentscheidung des BGH vom 02.05.1963, nachzulesen in der Neuen juristischen Wochenzeitschrift 1963, Seiten 1401 ff. Dort wurde entschieden, dass es unter besonderen Umständen dem Besteller versagt sein kann, den Architekten in Anspruch zu nehmen, wenn er dem Bauunternehmer (hier in diesem Fall wäre es dann die Baugewährleistungs-Versicherung) auf einfache und billigere Art und Weise die Beseitigung des Mangels verlangen kann. Das gilt insbesondere, wenn dieser oder der Versicherer per Direktanspruch bereit und in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen, was durch Abschluss der Baugewährleistungs-Versicherung und einem entsprechenden Direktanspruch gegeben wäre. Eine solche Konstellation bringt den Architekten bzw. auch dessen Haftpflichtversicherung erst in zweiter Linie ins Spiel, da zunächst eine Befriedigung der Mängelbeseitigungskosten aus der Baugewährleistungs-Versicherung gesucht wird und der Architekt bzw. dessen Haftpflichtversicherung nur in Quote seines Mitverursachensanteils in Anspruch genommen wird und der Architekt damit nicht das Ausfallrisiko im Innenausgleich trägt.

## **Resümee**

Es kann festgehalten werden, dass die Baugewährleistungs-Versicherung ein geeignetes Mittel darstellt, Gewährleistungsbürgschaften weitestgehend zu ersetzen.

Damit wird dem Bauunternehmen bzw. Bauträgern oder Generalunternehmern neben dem eigenen Vorteil der Absicherung von Gewährleistungsschäden zusätzlich ein Versicherungsschutz zur Verfügung gestellt.

Im Insolvenzfall wird dem Bauherrn ein Direktanspruch gegen den Versicherer eröffnet, falls die Gewährleistungsansprüche beim Auftraggeber durch Insolvenz nicht mehr realisiert werden können. Dann ist nicht nur der Bauherr auf der sicheren Seite, sondern auch der Architekt kann davon ausgehen, dass er wegen der Gewährleistungsansprüche im Hinblick auf die mögliche gesamtschuldnerische Haftung nicht mehr in Anspruch genommen wird.