

Energie

# Die Haftung von Architekten, Ingenieuren und Bauunternehmern für Dritte und Embargos – Ein Aufsatz von: Simon Parviz, Partner bei Baker Tilly

Dieser Artikel beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern Architekten bzw. Ingenieure für das Verhalten Dritter haften, welches häufig schwierig in Planungen antizipiert und damit nicht eingepreist werden kann. Dritte können hier verschiedene Personenkreise sein: So kommt eine Haftung für andere Baubeteiligte in Betracht, insbesondere aufgrund von vernachlässigten Koordinations- und Überwachungspflichten des Architekten bzw. des Ingenieurs. Es kann aber auch durch Embargos bzw. Sanktionen zu mittelbaren Eingriffen durch den Staat, die EU oder andere supranationale Institutionen als Drittem in das Bauvorhaben während der Planungs- oder Ausführungsphase kommen. In diesem Zusammenhang sollen Fragen zur Haftung des Bauplaners und eine mögliche Haftung des Bauunternehmers näher beleuchtet werden.



Simon Parviz ist Rechtsanwalt, Notar, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Partner bei Baker Tilly. Foto: Baker Tilly.

## I. Dritthaftung des Bauplaners

### 1. Pflichtenprogramm des Bauplaners im Hinblick auf Dritte

Das vertragstypische Pflichtenprogramm des Bauplaners ergibt sich aus § 650p BGB. Danach muss die Leistung erbracht werden, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich ist, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen. Die konkrete Aus-

gestaltung dieser Pflichten resultiert aus dem mit dem Bauherrn geschlossenen Architekten- bzw. Ingenieurvertrag. Zu betonen ist, dass der Bauplaner nicht das mangelfreie Werk an sich schuldet, sondern eine fachgerechte und genehmigungsfähige Planung, auf deren Grundlage ein mangelfreies Werk entstehen kann.<sup>1</sup>

Sofern Dritte am Bauvorhaben beteiligt werden, was in der Praxis den Regelfall darstellt, müssen diese während der Ausführung ihrer Gewerke von dem Architekten koordiniert und überwacht werden. Maßstäbe der Koordinierungs- und Überwachungspflichten sind nicht starr, sondern steigen linear mit der Fehlerträchtigkeit einzelner Arbeiten oder Bauabschnitte. So muss der Planer typische Gefahrenquellen und kritische Bauabschnitte kontrollieren.<sup>2</sup>

## 2. Vertragliche Dritthaftung

Die vertragliche Haftung des Bauplaners ist dann einschlägig, wenn vertragliche Pflichten verletzt werden. Dies richtet sich nach § 650q BGB, der auf die Vorschriften des Werkvertragsrechts verweist. Demnach ist entscheidend, ob das erbrachte Werk, also die Planung des Bauwerks, mangelhaft ist.

Bedient sich der Bauplaner Dritter zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten, kann das Verschulden des Dritten über § 278 BGB dem Bauplaner zugerechnet werden, was grundsätzlich zu dessen Haftung führen kann. Nicht selten bedürfen Planungen punktuell spezifischer Kenntnisse, wofür sog. Fachplaner eingeschaltet werden, die beispielsweise statische Berechnungen vornehmen oder die Wahrung von örtlich divergierender Brandschutzverordnungen sicherstellen. Sofern die Planungen des Fachplaners fehlerhaft sind und der Bauplaner dies erkennen kann, haftet er für die fehlerhafte Planung des Fachplaners über § 278 BGB.

## 3. Haftung des Bauplaners für vom Bauherrn eingeschaltete Dritte

Jenseits der dargestellten Haftung für Erfüllungsgehilfen i.S.d. § 278 BGB kommen im Architekten- und Ingenieurrecht weitere Konstellationen in Betracht, die zu einer Dritthaftung führen können, ohne dass der Bauplaner die haftungsverursachenden Dritten überhaupt zu ihrer Tätigkeit veranlasst. Solche Konstellationen können sich daraus ergeben, dass Dritte nicht vom Bauplaner, sondern vom Bauherrn selbst eingeschaltet werden.

### a) Fachplaner

Sofern Fachplaner vom Bauherrn einbezogen werden, ist eine Zurechnung des Verschuldens des Fachplaners über § 278 BGB nicht möglich.

Fraglich ist allerdings, ob dies zu einem generellen Haftungsausschluss führen kann. Dafür spricht, dass die Planung hinsichtlich des konkreten Bauabschnitts an einen anderen als den Bauplaner abgegeben wurde, nämlich an den Fachplaner. Dadurch ist der Fachplaner für die konkrete Planung verantwortlich. Grundsätzlich darf sich der Bauplaner auf die Fachkenntnisse eines Fachplaners verlassen.<sup>3</sup> Allerdings schließt dies nicht vollständig die Überwachungspflicht des Bauplaners aus. Dort, wo der Bauplaner bautechnische Kenntnisse hat, wird von diesem ein „Mitdenken“ erwartet.<sup>4</sup> Es gehört zu den vertraglichen Pflichten des Bauplaners, dass dieser den Baufortschritt als Ganzen überwacht. Dies umfasst auch die Überprüfung von Tätigkeiten eines Fachplaners im Rahmen seiner Möglichkeiten, sofern ihm das zumutbar ist.<sup>5</sup>

Kann der Bauplaner beispielsweise bei zumutbarer Überprüfung erkennen, dass der für die Einhaltung der Brandschutzverordnung zuständige Fachplaner die Brandschutzvorschriften nicht vollständig einhält, so haftet der Bauplaner für diesen Missetand.<sup>6</sup>

Dem müssen aber freilich Grenzen gesetzt werden:

Eine Haftung des Bauplaners kommt dann nicht in Betracht, wenn er keine Kenntnis von Anordnungen eines Prüfindgenieurs hat und somit die Anordnungen nicht umsetzen kann.<sup>7</sup>

Zudem ist eine Haftung dann ausgeschlossen, wenn der Bauplaner nach der Erstellung eines Gewerks keine Kenntnis von den Arbeiten eines Dritten hat und diese somit weder begleiten noch kontrollieren kann.<sup>8</sup>

### b) Schwarzarbeiter

Grundsätzlich haftet der Bauplaner für die Verletzung seiner Bauaufsichtspflicht. Fraglich ist, ob dieser Grundsatz auch gilt, wenn der Bauherr Bauunternehmer „schwarz“ beschäftigt. Dadurch ist nämlich der Bauvertrag gem. § 134 BGB nichtig und somit eine Mängelhaftung des Bauunternehmers ausgeschlossen. Dies hat zur Folge, dass der Bauplaner keinen Regress beim Bauunternehmer nehmen kann, mit dem im Normalfall eine gesamtschuldnerische Haftung gem. § 650t BGB bestünde, obwohl der Bauunternehmer bei fahrlässig nicht erkannten Ausführungsfehlern in der Regel allein oder zumindest überwiegend haftet.<sup>9</sup> Somit würde entgegen dieser Wertung der

<sup>1</sup> BGH Beschl. v. 8.10.2020 – VII ARZ 1/20, IBR IBR 2020, 644 – Fuchs.

<sup>2</sup> OLG München, Urte. v. 20. 1. 2021 – 20 U 2534/20, NZBau 2021, 395.

<sup>3</sup> Wessel, ZfBR 2022, 107.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.01.2016 – 22 U 92/15, BauR 2016, 1946.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.01.2016 – 22 U 92/15, BauR 2016, 1946

<sup>6</sup> OLG Saarbrücken, Urte. v. 27. 1. 2021 – 2 U 39/20, ZfBR 2021, 549.

<sup>7</sup> OLG Köln, Urteil v. 14. 4. 2021 – 16 U 118/20, NZBau 2021, 741.

<sup>8</sup> OLG Celle, Urteil vom 01.09.2021 – 14 U 114/20.

Bauplaner allein haften. Dies stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar, wodurch die Haftung des Bauplaners nach § 242 BGB auszuschließen ist.<sup>10</sup> Für dieses Ergebnis spricht auch die vom Gesetzgeber stets angestrebte effektive Bekämpfung der Schwarzarbeit im Bausektor.

<sup>9</sup> Averhaus, NZBau, 163, 165.

#### 4. Haftung des Bauplaners im Zusammenhang mit Wirtschaftssanktionen

Aus aktuellem Anlass besonders interessant gestaltet sich die Frage, inwiefern der Bauplaner für Schäden im Zusammenhang mit Eingriffen wie z.B. staatlichen oder supranationalen Sanktionen und Embargos haftet.

<sup>10</sup> OLG Schleswig, Urteil v. 22.03.2018 – 7 U 48/16, NZBau 2019, 182 = NJW 2018, 2036; LG Bonn, Urteil v. 08.03.2018 – 18 O 250/ 13, BeckRS 2018, 13041.

##### a) Haftung für Mehrkosten von Baustoffen aufgrund aktueller Konflikte

Laut dem Zentralverband Deutsches Baugewerbe stammen wichtige Baustoffe wie Bitumen für Asphalt, 30 Prozent des in Deutschland verbauten Stahls bzw. Stahlerzeugnisse, 40 Prozent des verbauten Roheisens und weitere Rohstoffe, die für Stahllegierungen notwendig sind (Nickel 25 Prozent, Titan 75 Prozent) aus Russland, Weißrussland und der Ukraine.<sup>11</sup> Aufgrund der aktuellen Konflikte ist es bereits zu Preissteigerungen bei diesen Baumaterialien gekommen.<sup>12</sup> Dadurch entstehen bei diversen Bauvorhaben Mehrkosten, welche eventuell getroffene Kostenvereinbarungen übersteigen können. Fraglich ist, inwieweit der Bauplaner für diese Mehrkosten gegenüber dem Auftraggeber haftet. Bei dieser Frage muss nach den konkreten Vereinbarungen differenziert werden:

<sup>11</sup> Pressemeldung des Zentralverbands Deutsches Baugewerbe vom 04.03.2022, <https://www.zdb.de/meldungen/baugewerbe-zu-den-auswirkungen-des-russischen-angriffs-auf-die-ukraine-rohstoffengpaesse-betreffen-auch-bauwirtschaft>, zuletzt aufgerufen am 05.03.2022.

##### aa) Vereinbarung einer Kostenobergrenze

Hat der Bauplaner eine Kostenobergrenze mit dem Bauherrn vereinbart, handelt es sich hierbei um eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 633 II

1 BGB bzgl. der Planungsleistung.<sup>13</sup> Übersteigen die tatsächlichen Herstellungskosten die Kostenobergrenze, ist die Planung als geschuldetes Werk des Bauplaners folglich mangelhaft. Somit kommt es zur Mängelhaftung des Bauplaners nach §§ 650q, 634 BGB.

Dies gilt jedoch nicht, wenn der Bauplaner nachweisen kann, dass er die Kostenüberschreitung nicht zu vertreten hat.<sup>14</sup> Es lässt sich anführen, dass der Bauplaner bewusst ein hohes Risiko eingeht, wenn er sich auf vertragliche Kostenobergrenzen einlässt und dieses Risiko einpreisen muss. Immerhin ist er theoretisch nicht verpflichtet konkrete Kostengrenzen zu ziehen. Allerdings umfassen Kostenobergrenzen nicht sämtliche Ist-Kosten des Bauvorhabens. Auf unvorhersehbare Preissteigerungen hat der Bauplaner keinen Einfluss und hat diese somit nicht zu vertreten.<sup>15</sup> Sofern die Preissteigerungen auf politischen Sanktionen und aktuellen Krisenentwicklungen beruhen, kann von einer solchen unvorhersehbaren Preissteigerung ausgegangen werden, die nicht durch Marktentwicklungen prognostiziert werden können. Damit wird dem Architekten bzw. dem Ingenieur häufig eine Entlastung nach § 280 I 2 BGB gelingen. Folglich kann der Bauplaner einer Mängelhaftung für unvorhersehbare Mehrkosten im Zusammenhang mit Embargos entkommen.

<sup>12</sup> Pressemeldung des Zentralverbands Deutsches Baugewerbe vom 04.03.2022 (s. Fn. 11).

<sup>13</sup> BGH NJW 2013, 1593 Rn. 9.

<sup>14</sup> Kober, BeckOGK, § 636, Rn. 530.

##### bb) Keine Kostenobergrenze

Hat der Bauplaner dagegen keine Kostenobergrenze mit dem Bauherrn vereinbart, so muss nicht der doch teils schwer gelingende Entlastungsbeweis nach § 280 I 2 BGB geführt werden. Hier kann bei unvorhersehbaren Mehrkosten u.U. bereits eine Preisanpassung über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB vorgenommen werden. Damit haftet der Architekt bzw. der Ingenieur ohne Kostenobergrenze nicht für Mehrkosten. In der Praxis ist die Durchsetzung eines Anpassungsanspruchs über den Wegfall der Geschäftsgrundlage – schon allein wegen „grundsätzlicher Aussichtslosigkeit“ – nicht das Mittel der Wahl, auf welches man sich verlassen sollte.

##### b) Haftung aufgrund von Verstößen gegen Exportverbote §§ 17 ff. AWG

Mitunter werden auch Leistungen eines Bauplaners im Ausland sanktioniert. So z.B. in Art. 2c Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 692/2014 des Rates vom 23. Juni 2014 über restriktive Maßnahmen als Reaktion auf die rechtswidrige Eingliederung der Krim und Sewastopols durch Annexion, der die Bereitstellung von Bau- bzw. Ingenieurleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Infrastruktur auf der Krim oder in Sewastopol verbietet. Verstößt ein Bauplaner gegen dieses Verbot, drohen strafrechtliche Konsequenzen nach §§ 17 ff. AWG.

Verstößt der Bauplaner gegen die §§ 17 ff. AWG kommt neben den strafrechtlichen Rechtsfolgen auch eine zivilrechtliche Haftung nach § 823 II BGB i.V.m. §§ 17 ff. AWG

in Betracht. Das AWG ist ein Gesetz, das wirtschaftliche, politische, öffentliche, militärische und strategische Verteidigungsinteressen der Bundesrepublik Deutschland schützt.<sup>16</sup> Damit schützen diese Normen das Gemeinwohl und das Staatswohl, wodurch es sich um drittschützende Normen handelt.<sup>17</sup> Damit sind die §§ 17 ff. AWG Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB.

Sollte in einzelnen Fällen bei einem Verstoß gegen bestehende Embargos zudem der Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung erfüllt sein, kommt darüber hinaus eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht.<sup>18</sup>

- c) Haftung aufgrund von Verstößen gegen Beschäftigungsverbote §§ 17 ff. AWG Zudem ist es möglich, dass die Beschäftigung ausländischer Bauunternehmer sanktioniert wird. Grundsätzlich ist der Güter-, Dienstleistungs-, Kapital-, Zahlungs- und sonstige Wirtschaftsverkehr mit dem Ausland gem. § 1 I 1 AWG frei. Er kann jedoch gem. § 1 I 2 AWG durch Gesetz oder Rechtsverordnung beschränkt werden. Die Beschäftigung von handwerklichen Firmen aus dem Ausland fällt unter die Dienstleistungsfreiheit i.S.d. § 1 I 1 AWG und ist somit beschränkbar.<sup>19</sup> Durch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit werden natürliche und juristische Personen, Einrichtungen und Organisationen von dem freien internationalen Wirtschaftsverkehr ausgegrenzt. Sofern der Bauplaner solche sanktionierten natürlichen oder juristische Personen oder Organisationen zur Herstellung eines Bauwerks beschäftigt, droht ihm eine strafrechtliche Haftung nach §§ 17 ff. AWG. Es besteht aktuell kein Gesetz oder Rechtsverordnung, welche eine gänzliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach § 1 I 1 AWG vorsieht. Aufgrund der rasanten tagesaktuellen Geschehnisse kann jedoch eine Beschränkung in der Zukunft nicht ausgeschlossen werden. Wird ein entsprechendes Gesetz oder Rechtsverordnung erlassen, werden die einzelnen sanktionierten natürlichen und juristischen Personen, Einrichtungen und Organisationen in einer sog. Sanktionsliste im Anhang des Gesetzes oder der Rechtsverordnung zusammengeführt. Eine regelmäßige Überprüfung dieser sog. Sanktionslisten sollte von keinem Unternehmen vernachlässigt werden, denn nur dadurch kann ein strafbewehrter Verstoß vermieden werden.<sup>20</sup> Die Anforderungen an diese Überprüfungen sind mangels Rechtsprechung und behördlicher Hinweise nicht geklärt und sollten aufgrund dieses Umstands lieber sorgfältig und regelmäßig vorgenommen werden.<sup>21</sup> Jedenfalls wenn die Sanktionslisten erweitert werden, scheint eine Überprüfung angebracht.<sup>22</sup>

Da es sich bei den §§ 17 ff. AWG um Schutzgesetze handelt (s.o.), kann neben strafrechtlichen Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Beschäftigungsverbote eine zivilrechtliche Haftung nach § 823 II BGB i.V.m. §§ 17 ff. AWG bestehen.

Darüber hinaus kann es auch hier in Einzelfällen zu einer Haftung nach § 826 BGB kommen, sofern der Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung erfüllt ist.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> Kober, BeckOGK, § 636, Rn. 531.

<sup>16</sup> Diemer, Erbs/ Kohlhaas Strafrechtliche Nebengebiete, A 217. AWG, Vorbemerkungen, Rn. 3.

<sup>17</sup> Diemer, Erbs/ Kohlhaas Strafrechtliche Nebengebiete, A 217. AWG, Teil 3, Vorbemerkungen, Rn. 2.

<sup>18</sup> Spindler, BeckOGK, § 826, Rn. 45.

<sup>19</sup> Simon, BeckOK AWR, § 1 Rn. 25.

<sup>20</sup> Hehlmann/ Sachs, Sanktionslistenprüfung in Unternehmen, EuZW 2012, 527.

<sup>21</sup> Hehlmann/ Sachs, Sanktionslistenprüfung in Unternehmen, EuZW 2012, 527.

<sup>22</sup> Hehlmann/ Sachs, Sanktionslistenprüfung in Unternehmen, EuZW 2012, 527.

<sup>23</sup> Spindler, BeckOGK, § 826, Rn. 45.

## 5. Verjährung der Haftung des Bauplaners

Die zivilrechtlichen Haftungsansprüche gegen den Bauplaner verjähren gem. §§ 650 q I, 634a I Nr. 2 BGB fünf Jahre nach der Abnahme. Die einzelnen Leistungsphasen können in den einzelnen Teilen nach § 650s BGB abgenommen werden, was zu einer abgestuften Verjährung der Haftungsansprüche aus den einzelnen Leistungsphasen führt.

## II. Dritthaftung des Bauunternehmers

### 1. Vertragliche Dritthaftung

Wie auch beim Bauplaner kann sich eine Haftung für das Verschulden von Dritten aus § 278 BGB ergeben. Dies ist der Fall, wenn der Bauunternehmer im Rahmen seiner geschuldeten Bauleistungen eigene Arbeiter bzw. weitere Subunternehmer einschaltet.

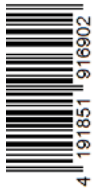
### 2. Deliktische Dritthaftung

Eine deliktische Haftung des Bauunternehmers kommt dann in Betracht, wenn der Bauunternehmer seine Verkehrssicherungspflichten verletzt und der Bauherr bzw. Dritte in ihren Rechtsgütern i.S.d. § 823 BGB verletzt werden. Dem Bauherrn obliegen insbesondere bei der Ausführung des Bauvorhabens nicht wenige Verkehrssicherungspflichten. Sie ergeben sich aus den mit dem Bauvorhaben einhergehenden Gefahrenquellen. Diese kann der Bauherr auch nicht dadurch umgehen, dass er gefahrenträchtige Arbeiten durch Dritte vornehmen lässt. Sofern der Bauunternehmer Dritte mit solchen Aufgaben betraut, werden sie in seinem Geschäftskreis tätig, wodurch sie zu Verrichtungsgehilfen des Bauunternehmers i.S.d. § 831 I 1 BGB werden. Für solche haftet dieser nach § 831 BGB und kann sich nur unter den Voraussetzungen des § 831 I 2 BGB der Haftung entziehen.

# Tourismus & Nachhaltigkeit

THEMA VI

ISBN: 978-3-946609-02-5



16,90 €

*„Eine nachhaltige Tourismusedwicklung erfordert mehr als die Flankierung ökonomischer Belange durch ausgewählte soziale und ökologische Aspekte.*

*Die Verfolgung des nachhaltigen Tourismus bedeutet insofern vielmehr einen Paradigmenwechsel, als das nach wie vor zum Teil bestehende Verständnis, wonach der Tourismus vorwiegend als Wirtschaftsbranche zu verstehen sei, abzulösen ist durch eine Anerkennung der Gleichwertigkeit der drei klassischen Säulen der Nachhaltigkeit: Ökonomie, Soziales und Ökologie.*

*Nachhaltigkeit bedeutet, dass keine der drei Säulen priorisiert wird, und nachhaltiger Tourismus bedeutet, dass unter dieser Prämisse Lebensräume mitgestaltet und Lebensqualität aufgebaut und gesichert werden kann.“*

(Bernd Eisenstein, S. 31)

**SCHLESWIG-  
HOLSTEIN**

DIE KULTURZEITSCHRIFT FÜR DEN NORDEN

IN KOOPERATION MIT



### 3. Haftung des Bauunternehmers im Zusammenhang mit Wirtschaftssanktionen An dieser Stelle sei auch eine mögliche Haftung des beauftragten Bauunternehmers erwähnt, welche sich im Zusammenhang mit Wirtschaftssanktionen, insbesondere Importverboten, ergeben kann:

#### a) Haftung für Verzögerungsschäden

Durch Importverbote für Baustoffe aus gewissen Regionen bzw. von gewissen natürlichen oder juristischen Personen, kann es zu einem Baustillstand oder Verzögerungen kommen, sofern der Bauunternehmer Baustoffe verwendet, welche von dem Importverbot betroffen sind. In einer solchen Konstellation ist es fraglich, ob der Bauunternehmer für daraus resultierende Schäden haftet. Dazu muss der Bauunternehmer das Verhalten, auf dem der Schaden beruht, zu vertreten haben. Um die Reichweite der Haftung des Bauunternehmers beurteilen zu können, hilft an dieser Stelle ein fundamentaler Blick auf die schuldrechtlichen Folgen eines Importverbots:

Hat der Bauunternehmer den Liefervertrag für die Baustoffe, welche nach deutschem oder EU-Recht nicht importiert werden dürfen, nach dem Importverbot geschlossen, so ist der Liefervertrag nach § 134 BGB nichtig.<sup>24</sup> Dadurch können bei der Beschaffung des notwendigen Baumaterials Verzögerungen auftreten, welche zu Bauverzögerungen führen können. Soweit eine Frist zur Fertigstellung des Bauwerks vereinbart wurde, welche durch die Verzögerungen nicht eingehalten werden kann, hat diese der Bauunternehmer als Folge seiner unwirksamen Bestellung zu vertreten. Somit haftet der Bauunternehmer für den anfallenden Verzögerungsschaden.

Hat der Bauunternehmer die Baustoffe, welche nicht importiert werden dürfen, vor dem Importverbot bestellt, so gestalten sich die schuldrechtlichen Folgen anders: Eine Nichtigkeit nach § 134 BGB liegt hier mangels Verbotsgesetz zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vor. Vielmehr bedarf es einer Lösung über das Leistungsstörungsrecht. Indem der Vertragspartner des Bauunternehmers aufgrund des Importverbotes nicht mehr erfüllen kann, liegt ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit i.S.d. § 275 BGB vor.<sup>25</sup> Je nach Ausgestaltung des Importverbots handelt es sich hierbei um eine vorübergehende oder dauerhafte Unmöglichkeit. Häufig sind die Sanktionen zeitlich nicht begrenzt, womit hohe Ungewissheiten einhergehen. Daher kann eine theoretisch nur vorübergehende Unmöglichkeit auch einer dauerhaften Unmöglichkeit gleichstehen.<sup>26</sup>

Zu klären bleibt, wer das Risiko einer solchen Unmöglichkeit trägt und damit für die einhergehenden Schäden haftet. Grundsätzlich ist der Dritte physisch in der Lage und willens den Vertrag zu erfüllen, kann dies jedoch aufgrund des staatlichen Embargos nicht, wodurch ihm die Vertragserfüllung subjektiv unmöglich ist. Demnach greift der Staat bzw. eine supranationale Institution, der bzw. die die Sanktion erlässt, mittelbar in das Schuldverhältnis ein. Solche Embargomaßnahmen stellen grundsätzlich höhere Gewalt dar, wodurch sie von keiner der Vertragsparteien zu vertreten sind.<sup>27</sup> Somit haftet weder der Vertragspartner noch der Bauunternehmer für Verzögerungsschäden, die aufgrund staatlich verhängten Importverbotes entstehen.

Noch weniger liegt das Risiko eines Wirtschaftsembargos beim Auftraggeber. Somit bleiben nur staatliche Haftungsansprüche bzw. Haftungsansprüche gegen supranationale Institutionen wie die EU, wobei zu differenzieren ist, wer die Sanktion erlassen hat. Sofern die Sanktionen auf Rechtsakten der EU beruhen, ist eine Haftung der Bundesrepublik ausgeschlossen.<sup>28</sup>

#### b) Haftung für Mehrkosten von Baustoffen

Wie bereits erwähnt, werden auf dem Markt für Baustoffe aufgrund der aktuellen Sanktionen signifikante Preissteigerungen verzeichnet. Deshalb stellt sich auch für den Bauunternehmer die Frage, inwieweit er für etwaige Mehrkosten nach Bauvertragschluss haftet.

##### aa) Pauschalpreisvertrag und Einheitspreisvertrag

Beim Pauschalpreisvertrag und beim Einheitspreisvertrag sind die Baustoffkosten bereits vollständig kalkuliert. Eine nachträgliche Änderung des Pauschalpreises bzw. der Einheitspreise ist nur sehr begrenzt möglich. Denkbar sind Änderungen über eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB, woran allerdings hohe Anforderungen geknüpft sind.<sup>29</sup> Sofern eine solche nicht möglich ist, bleibt der Bauunternehmer auf den Mehrkosten für die Baustoffe sitzen.

<sup>24</sup> Neumann Internationale Handelsembargos S. 222; *Niestedt, Krenzler/ Herrmann/ Niestedt*, EU- Außenwirtschafts- und Zollrecht, 50. Systematische Darstellung von Embargo- und Sanktionsmaßnahmen, Rn. 92.

<sup>25</sup> BGH BB, 1957, 729; BGH NJW 1983, 2873.

## bb) Vereinbarung einer Baustoffpreisgleitklausel

Für den Bauunternehmer ist es aufgrund der aktuellen Entwicklungen nicht möglich, ein Angebot aufgrund einer sicheren Kalkulationsgrundlage abzugeben, da er die zu berücksichtigenden Kosten für die Baustoffe in der Zukunft nicht kennt und eine Vorhersage bei der aktuellen Volatilität nahezu unmöglich ist. Es bleibt bei der Kalkulation mit Festpreisen nur die Möglichkeit einen hohen Risikozuschlag anzusetzen. Dieser dürfte aktuell nicht abzuschätzen sein und aus unternehmerischer Sicht lieber hoch angesetzt werden. Um eine solche Ungewissheit zu vermeiden, kann eine Preisgleitklausel vereinbart werden. Dadurch wird kein Risikozuschlag notwendig, was auch für den Bauherrn von Interesse sein dürfte. Bei einer Baustoffpreisgleitklausel wird die Festlegung des Preises für die Baustoffe in die Zukunft verlagert. Wird eine solche entsprechend vereinbart, können die Baustoffe zu den tagesaktuellen Marktpreisen dem Auftraggeber in Rechnung gestellt werden. Durch eine Baustoffpreisgleitklausel kann das Risiko hinsichtlich unvorhersehbare Mehrkosten für den Bauunternehmer somit ausgeschlossen werden und auf den Auftraggeber verlagert werden.

<sup>26</sup> *Niestedt, Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht*, 50. Systematische Darstellung von Embargo- und Sanktionsmaßnahmen, Rn. 94.

<sup>27</sup> *Niestedt, Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht*, 50. Systematische Darstellung von Embargo- und Sanktionsmaßnahmen, Rn. 94.

<sup>28</sup> BGHZ 125, 27.

<sup>29</sup> *Goede/Hänsel, Ziekow/Völlnik Vergaberecht*, § 9d EU VOB/A, Rn. 1; *Heinrich, BeckOK Vergaberecht/ § 9d EU VOB/A*, Rn. 3a.

<sup>30</sup> *Schneider, Kapellmann/ Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B*, § 9d VOB/A, Rn. 3.

<sup>31</sup> *Schneider, Kapellmann/ Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B*, § 9d VOB/A, Rn. 3.

<sup>32</sup> *Schneider, Kapellmann/ Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B*, § 9d VOB/A, Rn. 3.

## cc) Baustoffpreisgleitklausel und öffentliche Auftraggeber

Bei öffentlichen Auftraggebern müssen bei der Vereinbarung einer Baustoffpreisgleitklausel die Besonderheiten des öffentlichen Vergabeverfahrens beachtet werden. Hier können nicht einfach vom Auftragnehmer als Bieter Klauseln verwendet werden. Dies würde eine Veränderung der Vergabeunterlagen darstellen, was gem. §§ 16 I Nr. 2, 13 Nr. 5 S. 1 VOB/A bzw. §§ 16 I Nr. 2, 13 Nr. 5 S. 1 EU VOB/A zwingend zum Ausschluss des Bieters aus dem öffentlichen Vergabeverfahren führen würde. Grundsätzlich ist die Vereinbarung einer Baustoffpreisgleitklausel also nur möglich, wenn eine solche in den Vergabeunterlagen vorgesehen ist.

Wenn keine Baustoffpreisgleitklausel vorgesehen ist, kann der Bieter eine sog. Bieterfrage im Vergabeportal stellen, die sich auf die Verwendung einer entsprechenden Klausel bezieht. Sofern der öffentliche Auftraggeber daraufhin den Bedarf einer Gleitklausel anerkennt, kann er die Vergabeunterlagen um eine entsprechende Klausel ergänzen. Sieht der öffentliche Auftraggeber dagegen keinen Bedarf bzgl. einer Baustoffpreisgleitklausel, so bleibt nur eine Änderung der Vergütung nach § 9d VOB/A bei nationalen Ausschreibungen bzw. § 9d EU VOB/A bei europaweiten Ausschreibungen.

Nach § 9d VOB/A bzw. § 9d EU VOB/A kann in den Vergabeunterlagen eine angemessene Änderung der Vergütung vorgesehen werden, wenn wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlage zu erwarten sind, deren Eintritt oder Ausmaß aber ungewiss ist. Auch wenn es sich bei § 9d VOB/A und bei § 9d EU VOB/A um eine „Kann“-Vorschrift handelt, hat der Auftraggeber kein freies Ermessen bzgl. der Schaffung der Möglichkeit die Vergütung anzupassen, wenn die Voraussetzungen des § 9d VOB/A bzw.

§ 9d EU VOB/A vorliegen.<sup>30</sup>

Sollte sich der öffentliche Auftraggeber gegen die Verwendung einer Preisgleitvereinbarung entscheiden, bleibt die Möglichkeit diese Entscheidung bei der Vergabekammer zu rügen: § 9d VOB/A bzw. § 9d EU VOB/A ist bieterschützend.<sup>31</sup> Wenn ein Bieter die Aufnahme einer Preisgleitklausel für geboten hält, kann er die Nichtverwendung einer Baustoffpreisgleitklausel gem. § 160 I 1 GWB unverzüglich rügen und bei einer Erfolglosigkeit der Rüge darauf ein Nachprüfungsverfahren stützen.<sup>32</sup> Unverzüglich meint hier die Einhaltung der in § 160 III GWB geregelten Fristen, d.h. – in der Angebotsphase – bis zum Ablauf der Angebotsfrist (bzw. Bewerbungsfrist bei Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb). Andernfalls ist die Rüge nach § 160 III GWB präkludiert und damit eine Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag nicht zu erfüllen.

Es gibt Rechtsprechung, wonach eine Bieterfrage bereits eine Rüge darstellen kann. Zur Sicherheit sollte eine Rüge dennoch separat erhoben werden.

## c) Haftung aufgrund von Verstößen gegen Exportverbote §§ 17 ff. AWG

Auch beim Bauunternehmer kommt, neben der strafrechtlichen Konsequenzen aus §§ 17 ff. AWG eine zivilrechtliche Haftung nach § 823 II BGB i.V.m. §§ 17 ff. AWG in Betracht, sofern Bauleistungen geleistet werden, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Infrastruktur auf der Krim oder in Sewastopol stehen (s.o.). Zudem kommt ebenfalls bei Vorliegen des Tatbestands einer sittenwidrigen Schädigung eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht.

- d) Haftung aufgrund von Verstößen gegen Beschäftigungsverbote §§ 17 ff. AWG. Zudem kommt auch beim Bauunternehmer neben strafrechtlichen Konsequenzen aus §§ 17 ff. AWG eine zivilrechtliche Haftung nach § 823 II BGB i.V.m. §§ 17 ff. AWG in Betracht, sofern der Bauunternehmer Subunternehmer einschaltet, welche einem Beschäftigungsverbot i.S.d. § 1 I 2 AWG unterliegen (s.o.).

Auch hier kommt eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht, wenn der Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung erfüllt ist.

#### 4. Verjährung der Haftung des Bauunternehmers

Die zivilrechtlichen Haftungsansprüche gegen den Bauunternehmer verjähren gem. §§ 650q I, 634a I Nr. 2 BGB fünf Jahre nach der Abnahme.

### III. Vergaberechtliche Konsequenzen

Abgesehen von der zivilrechtlichen Haftung und strafrechtlichen Verfolgung des Bauplaners bzw. -unternehmers bei Verstößen gegen bestehende Embargos, kann ein solcher auch vergaberechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

<sup>33</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2020 – Verg 36/19, ZfBR 2021, 84.

#### 1. Ausschluss von Unternehmen/ Subunternehmen mit Sitz in Russland

Zunächst kommt ein Ausschluss von Unternehmen mit Sitz in Russland vom öffentlichen Vergabeverfahren in Betracht. Einen solchen Ausschluss erachtet die europäische Kommission für möglich. In Deutschland allerdings ist der Ausschluss von Bietern im öffentlichen Vergabeverfahren in §§ 123 ff. GWB abschließend geregelt.<sup>33</sup> Hinsichtlich des Unternehmenssitzes in Drittstaaten ist kein solcher Ausschluss geregelt. Demnach gewährt das deutsche Vergaberecht keine Möglichkeit einen Bewerber aufgrund seines Unternehmenssitzes in Drittstaaten auszuschließen. Dies wurde auch in einem Beschluss kürzlich vom OLG Düsseldorf bestätigt.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2020 – Verg 36/19, ZfBR 2021, 84.

<sup>35</sup> Gesetzesbegr. BT-Drs. 18/6281, 105.

#### 2. Ausschluss von Unternehmen/ Subunternehmen aufgrund Sanktionsverstößen

Es kommt allerdings ein Ausschluss in Betracht, der nicht mit dem Sitz von Unternehmen bzw. Subunternehmern im Zusammenhang steht: Sofern von einem Bewerber nachweislich gegen die bestehenden Sanktionen verstoßen wurde, kommt ein fakultativer Ausschluss gem. § 124 I Nr. 3 GWB in Betracht, wonach Bieter ausgeschlossen werden können, die im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben. Erforderlich ist eine Verletzung rechtlicher Verpflichtungen.<sup>35</sup> Die aktuellen Sanktionen dürften eine solche rechtliche Verpflichtung darstellen. Demnach kommt ein Ausschluss von Unternehmen und Subunternehmen aus dem öffentlichen Vergabeverfahren in Betracht, sofern gegen die bestehenden Embargos verstoßen wurde.

### IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Bauplaner eine umfangreiche Koordinations- und Überwachungspflicht bzgl. des gesamten Bauvorhabens und der eingeschalteten Bauunternehmer hat, unabhängig von wem sie hinzugezogen wurden. Um im Zweifelsfall den entsprechenden Entlastungsbeweis führen zu können, empfiehlt sich eine umfassende Dokumentation der durchgeführten Kontrollen bzgl. Dritteleistungen.

Aufgrund lauernder Haftungsfallen sollte sich ein Bauunternehmer bei einem Bezug von Baustoffen aus Krisenregionen versichern, dass diese nicht von einem Wirtschaftsembargo betroffen sind. Aufgrund der aktuellen Volatilität der Baustoffpreise ist dem Bauunternehmer nach Möglichkeit die Verwendung bzw. Vereinbarung einer Baustoffpreisgleitklausel zu empfehlen. Der Bauplaner sollte unvorhersehbare Preissteigerungen in seiner Kalkulation bei Kostenobergrenzen angemessen berücksichtigen. Außerdem sollte bei internationalen Rechtsbeziehungen regelmäßig anhand bestehender Sanktionslisten überprüft werden, ob Vertragspartner von etwaigen Embargos betroffen sind, um einer Haftung zu entgehen.

Eine Erbringung von Bau- bzw. Ingenieurleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Infrastruktur auf der Krim oder in Sewastopol sollte aktuell sowohl vom Bauplaner als auch vom Bauunternehmer aufgrund strafrechtlicher Tatbestände nach §§ 17 ff. AWG, welche zudem eine Haftung nach § 823 II BGB nach sich ziehen können, vermieden werden. Außerdem ist aufgrund vergaberechtlicher Konsequenzen, die bis hin zum Ausschluss von künftigen öffentlich-rechtlichen Vergabeverfahren führen können, von einem Verstoß gegen die aktuellen Sanktionen gegen Russland und Weißrussland dringend abzuraten.