



# Leseprobe

Unsere Fachinhalte bieten Ihnen praxisnahe Lösungen, wertvolle Tipps und direkt anwendbares Wissen für Ihre täglichen Herausforderungen.

- ✓ **Praxisnah und sofort umsetzbar:** Entwickelt für Fach- und Führungskräfte, die schnelle und effektive Lösungen benötigen.
- ✓ **Fachwissen aus erster Hand:** Inhalte von erfahrenen Expertinnen und Experten aus der Berufspraxis, die genau wissen, worauf es ankommt.
- ✓ **Immer aktuell und verlässlich:** Basierend auf über 30 Jahren Erfahrung und ständigem Austausch mit der Praxis.

Blättern Sie jetzt durch die Leseprobe und überzeugen Sie sich selbst von der Qualität und dem Mehrwert unseres Angebots!

## 6.1.4 Wie kann der Energieberater seine Vergütung absichern?

Die Hauptleistungspflicht des Bestellers – hier also des Kunden des Energieberaters – beim Werkvertrag besteht in der Zahlung der Vergütung.<sup>1)</sup>

*Vergütungspflicht*

Ist die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten, ist dem Unternehmer – hier dem Energieberater – eine Vergütung zu zahlen,<sup>2)</sup> selbst wenn diese nicht ausdrücklich vereinbart ist. Bei Energieberatungsleistungen ist grundsätzlich anzunehmen, dass diese lediglich gegen eine Vergütung erbracht werden. Entsprechend stellt sich mangels einer besonderen Vereinbarung ebenfalls die Frage, wie hoch die Vergütung ist, denn diese ist nach der für entsprechende Leistungen üblichen Vergütung zu bemessen.<sup>3)</sup>

*... auch ohne Vereinbarung*

Der Energieberater, der die Vergütung seiner Leistungen nicht festlegt, begibt sich insoweit in erhebliche **Ungewissheit**, weil die Bestimmung der üblichen Vergütung nicht immer ohne Weiteres möglich ist. Gegebenenfalls kann auf Durchschnittswerte abgestellt werden, wenn die zu erbringende Leistung abgrenzbar ist und in vergleichbarer Form am Markt angeboten wird.<sup>4)</sup>

*Übliche Vergütung  
vage*

1) Vgl. § 631 Abs. 1 BGB.

2) Vgl. § 632 Abs. 1 BGB.

3) Vgl. § 632 Abs. 2 BGB.

4) Vgl. ausführlich *Sprau* in: Palandt, BGB-Kommentar, 79. Aufl., 2020, § 632 Rn. 15 ff.

Wie kann der Energieberater  
seine Vergütung absichern?

### Beispiel

Dies kann man z. B. für die Ausstellung von Energieausweisen annehmen. Allerdings ist die Spannweite der Angebote sehr groß und kann – selbst bei identischen Ausweisarten – erheblich differieren, wie sich anhand von Internetangeboten leicht ermitteln lässt.

*HOAI* Selbst bei umfangreicheren Planungsleistungen des Energieberaters hilft auch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)<sup>5)</sup> nicht weiter.

Zwar finden sich Leistungen nach GEG in dem **Begriff der thermischen Bauphysik** und sind damit in der HOAI einer Regelung unterworfen.<sup>6)</sup> So sollen zu den Leistungen der thermischen Bauphysik auch der Entwurf, die Bemessung und der Nachweis des Wärmeschutzes nach der Wärmeschutzverordnung und nach den bauordnungsrechtlichen Vorschriften gehören können.<sup>7)</sup> Das GEG kann als dem Bauordnungsrecht zugehörig betrachtet werden. Die in der Anlage 1 zur HOAI enthaltenen Regelungen zu Beratungsleistungen haben jedoch **nur Empfehlungscharakter**. Sie sind für die Preisbildung nicht bindend und sollen lediglich im Rahmen einer – im Übrigen frei verhandelbaren<sup>8)</sup> – Vergütungsvereinbarung zum Maßstab genommen werden können. Entsprechend können sie auch nicht für

5) Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – HOAI) vom 10.07.2013, BGBl. I S. 2276.

6) Vgl. Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., 2010, Anlage 1.2, Rn. 10.

7) Vgl. Ziffer 1.2.1 Abs. 2 Nr. 1 der Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 HOAI 2013.

8) Vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI 2013.

Wie kann der Energieberater seine Vergütung absichern?

die Bemessung der üblichen Vergütung herangezogen werden.<sup>9)</sup>

Es bleibt daher für Energieberater **unabdingbar, die Vergütung für die eigene Leistung ausdrücklich zu vereinbaren**. Für beide Seiten dürften Stundenlohnsätze oder andere am (Zeit-)Aufwand orientierte Vergütungsstrukturen am ehesten transparent sein.

*Vergütung sollte vereinbart werden*

Erbringt ein Architekt oder Ingenieur im Rahmen der Energieberatung originäre Architektenleistungen, z. B. wenn er eine umfangreiche Umbaumaßnahme im Bestand plant, war hierfür das grundsätzlich zwingende Preisrecht der HOAI zu berücksichtigen. Es bestand dann lediglich ein eingeschränkter Spielraum für Vergütungsvereinbarungen.<sup>10)</sup> Die Anwendbarkeit der HOAI ist durch eine Entscheidung des EuGH<sup>11)</sup> auch in Fällen, in denen allein inländische Personen beteiligt sind, wohl nicht mehr anwendbar. Die Festlegung von Mindest- bzw. Höchstsätzen ist danach unwirksam. Der Energieberater, der entsprechende Leistungen erbringt, kann sich also hierauf nicht mehr berufen. Auch ihm verbleibt – bis zu einer etwaigen Neuregelung<sup>12)</sup> – nichts anderes, als die Vergütung ausdrücklich vertraglich festzulegen oder sich auf die vage Ermittlung der üblichen Vergütung zu verlassen.

*HOAI für originäre Architektenleistungen*

9) Vgl. Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., 2010, § 3 Rn. 8.

10) Vgl. § 7 Abs. 1, 3 und 4 HOAI 2013.

11) Vgl. EuGH, Urt. v. 04.07.2019 – C-377/17.

12) Das Bundeskabinett hat am 15.07.2020 den Entwurf zur Änderung des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen und Änderung vergaberechtlicher Bestimmungen (ArchLG) beschlossen.

Wie kann der Energieberater  
seine Vergütung absichern?

*Vorleistungspflicht*

Der Unternehmer eines Werkvertrags – hier also der **Energieberater** – ist **vorleistungspflichtig**. Er erhält seine Vergütung grundsätzlich erst bei Abnahme des Werks.<sup>13)</sup> Abnahme bedeutet dabei die körperliche Hin- nahme des Werks, verbunden mit der Anerkennung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß.<sup>14)</sup> Bei Wer- ken, die einer Abnahme im herkömmlichen Sinne nicht zugänglich sind – z. B. geistige Leistungen, die sich nicht in Form eines Plans, Ergebnisses o. Ä. verkörpern –, ist lediglich eine entsprechende Anerkennung bzw. Bil- ligung des Werks erforderlich. Diese kann sich aus- drücklich oder durch schlüssiges Verhalten, die Zah- lung der Vergütung, Einzug in ein neues Gebäude etc. ergeben.

*Zeitspanne u. U. er-  
heblich*

Je nach Art der zu erbringenden Leistung kann eine **erhebliche Zeitspanne** zwischen dem Beginn der Arbeiten des Energieberaters und der Abnahme seiner Leistungen vergehen. Während die Vergütung für die Ausstellung eines Energieausweises oder die Durchfüh- rung einer Vor-Ort-Beratung noch vergleichsweise über- schaubar sein mag und daher mit der Abrechnung auch bis zur Übergabe des Ausweises oder des Berichts gewartet werden kann, kann sich das bei einer Ener- gieberatung im Mittelstand und erst recht bei umfang- reicheren Leistungen – wie einer Sanierungsplanung – ganz anders darstellen.

*Ausgleich für Vorlei-  
stungsrisiko*

Als **Ausgleich für** sein **Vorleistungsrisiko** sind im BGB verschiedene Sicherungsinstrumente vorgesehen, die nicht gesondert vertraglich vereinbart werden müs- sen. Den Parteien bleibt es aber unbenommen, die

<sup>13)</sup> Vgl. § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB.

<sup>14)</sup> Vgl. *Sprau* in: Palandt, BGB-Kommentar, 79. Aufl., 2020, § 640 Rn. 3 m. w. N.

Wie kann der Energieberater seine Vergütung absichern?

gesetzlichen Vorschriften durch vertragliche Vereinbarungen zu ergänzen, z. B. eine entsprechende Bürgschaft zu vereinbaren.

Als gesetzliche Sicherungsmöglichkeiten kommen in Betracht:

- Anspruch auf Abschlagszahlung<sup>15)</sup>
- Anspruch auf Stellung einer **Sicherungshypothek**<sup>16)</sup>
- Anspruch auf Stellung einer **Bauhandwerkersicherung**<sup>17)</sup>

Die nachfolgende Darstellung dieser gesetzlichen Sicherungsmittel beschränkt sich auf die neue Fassung des BGB, die für alle Verträge gilt, die ab dem 01.01.2018 abgeschlossen wurden.

### Wann kann der Energieberater Abschlagszahlungen verlangen?

Der Unternehmer (= Energieberater) kann vom Besteller **Abschlagszahlungen** in Höhe des Werts der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen.<sup>18)</sup> In Abweichung von der bisherigen Fassung kommt es auf das schwer zu bestimmende Bemessungskriterium des „Wertzuwachses“ nicht mehr an. Dieses hatte v. a. bei Planungsleistungen

*Abschlagszahlungen*

15) Vgl. § 632a BGB.

16) Vgl. § 650e BGB (i. V. m. § 650q Abs. 1 BGB).

17) Vgl. § 650f BGB (i. V. m. § 650q Abs. 1 BGB).

18) Vgl. § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB.

Wie kann der Energieberater  
seine Vergütung absichern?

erhebliche Schwierigkeiten bereitet.<sup>19)</sup> Maßgeblich für die Bemessung der **Höhe** des Abschlags sind daher die vertraglich **vereinbarten Preise** für die vertraglich zu erbringenden Leistungen.<sup>20)</sup>

*Abschlagsforderung*

Zur Berechnung der Abschlagsforderung muss der Unternehmer die Höhe durch eine **Aufstellung** nachweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglicht.<sup>21)</sup>

*Mängel führen nur zur Kürzung*

Sind **Mängel** an den Leistungen vorhanden, für die der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangt, haben diese allerdings Auswirkungen auf die Höhe der Abschlagsforderung. Der Besteller kann einen *angemessenen Teil* der Abschlagsforderung zurückhalten.<sup>22)</sup> die Abschlagszahlung aber nicht grundsätzlich verweigern. Die Höhe des angemessenen Teils ist entsprechend den Grundsätzen zum Zurückbehaltungsrecht des Bestellers nach der Abnahme<sup>23)</sup> zu bemessen.<sup>24)</sup> In der Regel dürfte also das Zweifache der Mangelbeseitigungskosten abziehbar sein.<sup>25)</sup>

Auf die Leistungen des Energieberaters übertragen, ist der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlungen künftig daher eher zu realisieren. Entscheidend ist lediglich, dass sich aus dem Vertrag eine **Bemessungsgrundlage** für einzelne Teilleistungen ergibt. Dies kann durch die Vereinbarung von Stundenhonoraren gesche-

19) Vgl. Darstellung bei *Sprau* in: Palandt, BGB-Kommentar, 79. Aufl., 2020, § 632a Rn. 5 f.

20) Vgl. BT-Drs. 18/8486, Seite 47.

21) Vgl. § 632a Abs. 1 Satz 5 BGB.

22) Vgl. § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB.

23) Vgl. § 641 Abs. 3 BGB.

24) Vgl. BT-Drs. 18/8486, S. 47.

25) Vgl. § 641 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB.

hen oder durch die Bildung sinnvoller Abschnitte, in denen Teilleistungen erbracht werden.

**Beispiel**

Legt der Energieberater z. B. vertraglich fest, dass ein bestimmter Teil der Vergütung auf die Bestandsaufnahme des Gebäudes entfällt und der andere auf Erstellung und Dokumentation der Bestandsaufnahme (Bericht), lässt sich aus dem Vertrag eine entsprechende Teilleistung bemessen.

Auch wenn es dem Unternehmer freisteht, wann und wie oft er Abschlagszahlungen verlangt, ist gleichwohl darauf zu achten, dass die Teilschritte nicht zu klein gewählt werden. Sind die Leistungen bereits nahezu fertiggestellt und sind sie abnahmereif, kann der Unternehmer die Abnahme und infolgedessen die vollständige Bezahlung seiner Leistung verlangen.<sup>26)</sup> Einer Abschlagszahlung, die sein Vorleistungsrisiko abmildern<sup>27)</sup> soll, bedarf es dann nicht mehr.

Die Verpflichtung des Unternehmers, einem Besteller, der als Verbraucher<sup>28)</sup> einzustufen ist, eine Sicherheit in Höhe von 5 % des (gesamten) Vergütungsanspruchs zu leisten, ist nach der Neuregelung nur noch für Verbraucherbauverträge vorgesehen.<sup>29)</sup> Zu diesen zählen aber nur Verträge, die den Bau eines neuen Gebäudes oder doch zumindest erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude betreffen.<sup>30)</sup> Umbaumaß-

*Verbraucher: Sicherheitsabschlag*

26) Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 11.01.2012 – 13 U 1004/11; OLG Hamm, Urt. v. 29.10.1998 – 17 U 38/98.

27) Vgl. hierzu auch BT-Drs. 18/8486, S. 46.

28) Vgl. zum Begriff des Verbrauchers § 13 BGB.

29) Vgl. § 650m BGB.

30) Vgl. § 650a BGB, dazu schon oben.



Wie kann der Energieberater  
seine Vergütung absichern?

nahmen müssen ein entsprechendes Gewicht haben. Eine Sanierung, die nicht in statisch-relevante oder sonst essenzielle Bauteile eingreift, sondern z. B. nur die Modernisierung der Außenbauteile betrifft (z. B. neue Fenster, Wärmedämmung) fällt i. d. R. nicht hierunter. Auch für Architekten- und Ingenieurverträge ist eine entsprechende Anwendung der Vorschrift(en) zum Verbraucherbaupvertrag nicht vorgesehen<sup>31)</sup>.

### Wann kann der Energieberater eine Sicherungshypothek verlangen?

Bislang war grundsätzlich anerkannt, dass auch der Erbringer von Planungsleistungen vom Besteller die Stellung einer Bauhandwerkersicherungshypothek<sup>32)</sup> verlangen konnte. Erforderlich war danach, dass die Planungsleistungen in eine so enge Beziehung zu dem betroffenen Grundstück treten, dass sich hierdurch dessen Wert vergrößert.<sup>33)</sup> An dieser Rechtslage hat sich auch für Verträge seit dem 01.01.2018 nichts Wesentliches geändert.

*Architekten- und Ingenieurverträge*

Die **Sicherungshypothek** kann nur im Rahmen von Architekten- und Ingenieurverträge verlangt werden.<sup>34)</sup> Für allgemeine Werkverträge gibt es keinen entsprechenden Anspruch. Diese Absicherung kommt für Verträge über die Ausstellung von Energieausweisen oder eine Vor-Ort-Beratung daher nicht in Betracht. Es kommt nur noch darauf an, ob sich der jeweilige Vertrag über die Energieberatungsleistungen als **Architekten- oder Ingenieurvertrag** auffassen lässt. Für den An-

31) Vgl. § 650q Abs. 1 BGB erwähnt die Vorschriften nicht.

32) Vgl. § 648 BGB a. F.

33) Vgl. h. M. OLG Düsseldorf, Urt. v. 03.09.1999 – 12 U 118/99.

34) Vgl. § 650q Abs. 1 i V. m. § 650e BGB.

Wie kann der Energieberater seine Vergütung absichern?

spruch auf Stellung einer Sicherungshypothek ist in diesem Zusammenhang nicht mehr maßgeblich, inwieweit bei geistigen (Planungs-)Leistungen mit der Realisierung der geplanten Leistungen zumindest begonnen worden sein muss.<sup>35)</sup> Ausreichend ist das Vorliegen eines entsprechenden Vertrags.

Unverändert kann die Sicherungshypothek aber **nur für bereits erbrachte Leistungen** verlangt werden.<sup>36)</sup> Mit ihr kann also eine Sicherung für die noch zu erbringenden Leistungen nicht erreicht werden.

*Nur für erbrachte Leistungen*

Bei entsprechender Vertragsgestaltung kann der Energieberater die Absicherung für bereits erbrachte, aber noch nicht bezahlte Leistungen einfacher durch Abschlagsforderungen „absichern“. Eine relevante Deckungslücke entsteht in diesen Fällen erst gar nicht. Zudem ist die Anpassung der Sicherheit an die jeweils offene Vergütungsforderung aufgrund der erforderlichen grundbuchlichen Maßnahmen vergleichsweise umständlich in der Umsetzung.

### Wann kann der Energieberater eine Bauhandwerkersicherung verlangen?

Ein effektiveres Mittel für die Absicherung der eigenen Vergütungsansprüche ist daher die Bauhandwerkersicherung, die es dem Unternehmer ermöglicht, eine Sicherheit für die gesamte ihm zustehende Vergütung zu erlangen, noch ehe die Leistung erbracht ist.<sup>37)</sup>

*Bauhandwerkersicherung für künftige Ansprüche*

<sup>35)</sup> Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 18.03.2009 – 14 W 24/09.

<sup>36)</sup> Vgl. § 650e Satz 2 BGB.

<sup>37)</sup> Vgl. § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB.

Wie kann der Energieberater  
seine Vergütung absichern?

*Bau- od. Architekten-  
vertrag*

Auch die Bauhandwerkersicherung setzt zumindest einen **Bauvertrag** voraus, findet also keine Anwendung auf andere Werkverträge. Nach der oben vorgenommenen Qualifikation von Verträgen über die Ausstellung eines Energieausweises, einer Vor-Ort-Beratung oder einer Energieberatung im Mittelstand scheidet dieses Sicherungsmittel daher aus. Neben Bauverträgen ist die Bauhandwerkersicherung indes auch auf **Architekten- und Ingenieurverträge** anwendbar.<sup>38)</sup> Nach der bisherigen Rechtslage war eine Sicherheit für Planungsleistungen nur zu stellen, wenn eine hinreichend **enge Beziehung zu einem Bauwerk** bestand, etwa weil die Leistung des Planers **für das Bauwerk wesentlich** war. Die Planungsleistungen mussten sich dementsprechend auf Arbeiten beziehen, die für Konstruktion, Bestand, Erhaltung und Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind.<sup>39)</sup> In diesen Fällen ist aber i. d. R. auch ein Architekten- oder Ingenieurvertrag nach dem BGB n. F. anzunehmen.

*Wertsteigerung uner-  
heblich*

Es dürfte ebenfalls nicht mehr darauf ankommen, ob es durch die Planungsleistungen zu einer Wertsteigerung des Grundstücks kommt, also mit der Ausführung der geplanten (Bau-)Leistungen bereits begonnen worden sein muss. Die gesetzliche Neuregelung stellt hierauf nicht ab, und die Gesetzesbegründung lässt kein anderweitiges Verständnis der Regelung erkennen.<sup>40)</sup> Auch insoweit dürfte für Energieberater, die im Rahmen eines Architekten- oder Ingenieurvertrags tätig werden, eine Bauhandwerkersicherung verlangt werden können.

38) Vgl. § 650q Abs. 1 i. V. m. § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB.

39) Vgl. BGH, Urt. v. 16.09.1993 – VII ZR 180/92; OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.10.2004 – 21 U 26/04.

40) Vgl. zum BGB a. F.: OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.10.2004 – 21 U 26/04 – Juris-Tz. 17; ähnlich OLG Köln, Urt. v. 26.03.1999 – 4 U 47/98 – juris-Rn. 50 für einen Gerüstbauer.

Wie kann der Energieberater seine Vergütung absichern?

Nach wie vor kann eine Sicherheit nach der gesetzlichen Regelung nicht verlangt werden, wenn der **Besteller** eine **juristische Person des öffentlichen Rechts** ist.<sup>41)</sup> Zudem soll die Sicherheit nicht verlangt werden können, wenn der Besteller Verbraucher ist und es sich um einen **Verbraucherbauvertrag**<sup>42)</sup> oder einen **Bau-trägervertrag**<sup>43)</sup> handelt.<sup>44)</sup> Inwieweit der Ausschluss gegenüber Verbrauchern tatsächlich Wirkung entfaltet, ist nicht ganz klar. Denn der Architekten- und Ingenieurvertrag nimmt selbst keinen Bezug auf die Vorschriften des Verbraucherbauvertrags. Einen Verbraucherarchitekten- oder -ingenieurvertrag sieht das Gesetz nicht vor. Wenn der Verweis auf den Wortlaut der Vorschrift zur Bauhandwerkersicherheit ernst gemeint ist, gibt es keinen Ausschluss, weil der Architekten- und Ingenieurvertrag zwar mit einem Verbraucher geschlossen werden kann, aber nicht zugleich Verbraucherbau- oder gar Bau-trägervertrag ist. Soweit keine Klarstellung des Gesetzgebers erfolgt, ist zunächst davon auszugehen, dass eine Sicherheit **auch gegenüber einem Verbraucher verlangt werden kann**.

*Anschluss bei öffentlichem Besteller*

Der Energieberater hat einen gesetzlichen Anspruch auf die Sicherheit daher nur dann, wenn sein Vertrag sich als Architekten- oder Ingenieurvertrag qualifizieren lässt. Ihm bleibt es aber unbenommen, eine anderweitige Absprache zu treffen.<sup>45)</sup>

*Vereinbarung möglich!*

41) Vgl. § 650q Abs. 1 i. V. m. § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB.

42) Vgl. § 650i BGB.

43) Vgl. § 650u BGB.

44) Vgl. § 650q Abs. 1 i. V. m. § 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB.

45) Vgl. BGH, Urt. v. 27.05.2010 –VII ZR 165/09 – Rn. 16.

# Bestelloptionen



## Planung und Ausführung nach GEG

Sie haben Fragen zum Produkt oder benötigen Unterstützung bei der Bestellung? Unser Kundenservice ist für Sie da:

☎ 08233 / 381-123 (Mo - Do 7:30 - 17:00 Uhr, Fr 7:30 - 15:00 Uhr)

✉ [service@forum-verlag.com](mailto:service@forum-verlag.com)

Oder bestellen Sie bequem über unseren Online-Shop:

[Jetzt bestellen](#)