

Neues Bauvertragsrecht – Teil 1

RA Dr. Rainer Kohlhammer | kohlhammer@lutzabel.com

Der Bundestag hat am 09.03.2017 das „**Gesetz zur Reform des Bauvertragsrecht und zur Änderung der kaufmännischen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren**“ verabschiedet. Der Bundesrat hat am 31.03.2017 auf einen Einspruch verzichtet. Das Gesetz ist am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden (BGBl. I 2017, 969 ff.) Es tritt am 01.01.2018 in Kraft und gilt für alle ab dem 01.01.2018 geschlossenen Verträge.

1. Neuerungen im Überblick

Die beschlossenen Änderungen stärken vor allem die Verbraucherrechte und führen ein eigenständiges Bauvertragsrecht in das BGB ein. Zukünftig sorgen 4 neue Vertragsarten für spezifische Regelungen:

- Bauvertrag,
- Verbraucherbauvertrag,
- Architekten-und Ingenieurvertrag sowie
- Bauträgervertrag

Aufgrund dieser Änderungen wird der Titel 9 „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ des Buchs 2 Abschnitt 8 neu gegliedert:

Untertitel 1 (Werkvertrag)

Kapitel 1: Allgemeine Vorschriften

Die grundsätzlich für alle Werkverträge geltenden Vorschriften.

Kapitel 2: Bauvertrag

Fasst die bisher in Untertitel 1 verstreuten Vorschriften zum Bauvertrag zusammen und enthält zudem eine Reihe neuer Regelungen.

Kapitel 3: Verbraucherbauvertrag

Die besonderen Regelungen zum Schutz der Verbraucher.

Untertitel 2: Vorschriften zu Architekten-oder Ingenieurverträgen

Untertitel 3: Vorschriften zum Bauträgervertrag

LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

Heftig diskutiert wurde, ob es ein sogenanntes Anordnungsrecht des Bestellers gibt, nach Vertragsschluss noch Änderungen und Anpassungen vorzunehmen. Im Ergebnis hat sich der Gesetzgeber für ein solches Anordnungsrecht - unter bestimmten Umständen - entschieden.

Aufgrund von europarechtlichen Bestimmungen sowie der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs war eine Neuerung bei der Haftung für Mängel erforderlich. Bauunternehmen, die ihre Baustoffe von anderen Unternehmen kaufen und für ihre Kunden weiterverarbeiten, können bei Mängeln der Baustoffe den Verkäufer für die Nacherfüllung haftbar machen.

2. Historie

Dieser Referentenentwurf geht auf eine Initiative der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zurück, die im Jahr 2010 beim Bundesjustizministerium eingerichtet wurde. Diese hatte den Auftrag, zu prüfen, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts sinnvoll wäre. Die Arbeitsgruppe hat ihren Abschlussbericht am 18.06.2013 vorgelegt. Parallel dazu hat sich auch der Deutsche Baugerichtstag mehrfach mit dem Reformvorhaben befasst und unterschiedlichste Vorschläge unterbreitet. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat mit Bearbeitungsstand 10.09.2015 den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrecht und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (Referentenentwurf) vorgelegt und mit Schreiben vom 24.09.2015 die interessierten Verbände zu einer Stellungnahme bis zum 20.11.2015 aufgefordert.

Der Referentenentwurf des Kabinetts vom 02.03.2016 hat den Referentenentwurf des BMJV in weiten Teilen übernommen, teilweise aber auch gravierende Änderungen vorgenommen, vor allem beim Anordnungsrecht des Bestellers.

Der Bundesrat hat dazu am 12.04.2016 neue Vorschläge eingebracht, zu denen die Bundesregierung eine Gegenäußerung abgegeben hat. Am 18.05.2016 erfolgte die erste Lesung. Nach Überweisung an den Rechtsausschuss hat am zweiten 22.06.2016 eine Anhörung von Sachverständigen stattgefunden. Der Rechtsausschuss hat eine geänderte Empfehlung ausgesprochen, die letztlich Gesetz geworden ist.

3. Die Änderungen hinsichtlich des Bauvertrages (Kapitel 1 - Allgemeine Vorschriften)

Das Gesetz sieht Änderungen zu Abschlagszahlungen (§ 632 a BGB neue Fassung, künftig n.F. bezeichnet), zur Abnahme (§ 640 BGB n.F.) und zur Kündigung bei unterlassenen Mitwirkungshandlungen des Bestellers (§ 643 BGB n.F.) sowie die ausdrückliche Regelung der Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648 a BGB n.F.) vor.

Darüber hinausgehende Vorschläge der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht, zum Beispiel eine Neudefinition des Mangelbegriffs in § 633 BGB oder gesetzliche Regelungen zur Prüfungs- und Hinweispflicht des Unternehmers wurden nicht aufgegriffen.

3.1 Abschlagszahlungen (§ 632 a BGB n.F.)

Das Gesetz sieht – auszugsweise - folgende Neufassung des § 632 a Abs. 1 BGB vor:

„§ 632 a. Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer.“

Bisherige Regelung

Bisher kam es für die Abschlagszahlung auf den Wertzuwachs beim Besteller an.

Neu

Maßstab für die Berechnung einer Abschlagsforderung ist der Wert der von dem Unternehmer erbrachten und vertraglich geschuldeten Leistung; zudem soll der Besteller in dem Fall, dass die erbrachten Leistungen vom vertragsgemäßen Zustand abweichen, die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern können. Mit der Änderung wird nunmehr ein – weitgehender - Gleichlauf der Vorschrift des BGB mit der Regelung in der VOB/B, § 16 Abs. 1 Nummer 1 hergestellt.

§ 632 Abs. 1 Satz 2 BGB erlaubt dem Besteller bisher, Abschlagszahlungen (vollständig) zu verweigern, wenn an dem Bauwerk wesentliche Mängel bestehen. Diese Regelung hat in der Praxis immer wieder zu Problemen geführt, vor allem bei der Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln, die zu keiner Verweigerung der Abschlagszahlungen berechtigen. Künftig fällt diese Unterscheidung weg. Nunmehr kann der Besteller nur einen angemessenen Teil des Werklohns zurückhalten, in der Regel das Doppelte der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten (§ 641 Abs. 2 BGB).

Schließlich sieht die neue Regelung vor, dass die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung bis zur Abnahme beim Unternehmer bleibt. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Klarstellung.

3.2 Fiktive Abnahme, § 640 BGB n.F.

Das Gesetz sieht – auszugsweise - folgende Neufassung des § 640 Abs. 2 BGB vor:

(2) „Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer dem Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.“

Bisherige Regelung

Die Abnahmefiktion tritt nach der aktuellen Fassung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB ein, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist, obwohl also die entsprechende Abnahmereife vorliegt und damit wesentliche Mängel fehlen.

Diese Regelung wird als unbillig empfunden, wenn der Besteller nach Fristsetzung durch den Unternehmer die Abnahme, ohne die von ihm beanstandeten Mängel zu benennen, verweigert. Denn dann greift die Fiktion des Abs. 1 Satz 3 zunächst nicht, wodurch die Fälligkeit der Werklohnforderung des Unternehmers hinausgeschoben wird.

Neu

Die Abnahme wird nach dem Referentenentwurf fingiert, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Verlangt demnach der Unternehmer die Abnahme mit Fristsetzung und rügt der Besteller nicht spezifische Mängel, tritt die fiktive Abnahme ein.

Um die Fiktion zu zerstören reicht es künftig nicht, lediglich die Abnahme zu verweigern. Vielmehr muss der Besteller künftig Mängel angeben. Eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln wird nicht vorgenommen. Die Fiktion tritt also ein, wenn der Besteller sich entweder überhaupt nicht zu dem Abnahmeverlangen äußert oder wenn er die Abnahme ohne Benennung von Mängeln verweigert. Das bedeutet also, dass auch dann eine fiktive Abnahme vorliegen wird, wenn zwar wesentliche Mängel vorliegen, der Besteller diese allerdings nicht benennt. Verweigert der Besteller die Abnahme hingegen unter Berufung auf nicht vorhandene oder unwesentliche Mängel, so greift die Abnahmefiktion nicht, ohne dass dies im Gesetz ausdrücklich erwähnt wäre. In der Gesetzesbegründung wird dies damit begründet, dass die Parteien angehalten werden sollen, sich im Falle der Abnahmeverweigerung über die Gründe dafür auszutauschen. Der Unternehmer soll zeitnah die Möglichkeit haben, tatsächlich bestehende Mängel zu beseitigen. Es ist zweifelhaft, ob diese beabsichtigte „Disziplinierung“ gelingen wird.

Weiterhin neu ist, dass der Unternehmer dem Besteller erst nach Vollendung des Werks eine angemessene Frist zur Erklärung der Abnahme setzen kann. Dadurch soll ein missbräuchlicher Einsatz des Instruments der fiktiven Abnahme verhindert werden. Von einer Fertigstellung ist nach der Gesetzesbegründung dann auszugehen, wenn die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet bzw. erbracht sind, und zwar unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht. Dies führt dazu, dass sich der Begriff der Fertigstellung in § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. von dem Begriff der vollständigen Fertigstellung in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nummer 2 Makler- und Bauträgerverordnung - MaBV (der voraussetzt, dass sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben worden sind und damit Abnahmereife der Werkleistung voraussetzt) unterscheidet.

3.3 Kündigung aus wichtigem Grund, § 648 a BGB n.F.

§ 648 a BGB n.F. lautet wie folgt:

„§ 648 a. Kündigung aus wichtigem Grund.

- (1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.*
- (2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.*
- (3) § 314 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.*
- (4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandsfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fern bleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.*
- (5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.*
- (6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“*

Bisherige Regelung

Eine Kündigung aus wichtigem Grund sah das Werkvertragsrecht des BGB bisher nicht vor. Ziel des Gesetzes ist nach der Gesetzesbegründung, die außerordentliche Kündigung bei Werkverträgen gesetzlich zu regeln, um für die Praxis mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

Neu

Absatz 1 legt fest, dass beide Vertragsparteien das Recht haben, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach Satz 2 vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrags bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann. Nach der Gesetzesbegründung wurde bewusst davon abgesehen, einzelne Kündigungstatbestände (wie z.B. in §§ 8 und 9 VOB/B) zu normieren. Vielmehr wurde eine allgemeine Formulierung (angelehnt an § 314 BGB) gewählt, um besondere Einzelfälle berücksichtigen zu können.

Erwähnenswert ist, dass das Gesetz davon absieht, dem Besteller bei Insolvenz des Unternehmers ausdrücklich ein Kündigungsrecht zuzubilligen. Und das obwohl in der Gesetzesbegründung ausführlich erläutert wird, dass sich der Unternehmer mit der Insolvenz als nicht leistungsfähig und unzuverlässig erweise und obwohl die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht den Vorschlag unterbreitete, dem Besteller bei Insolvenz des Unternehmers ausdrücklich ein Kündigungsrecht zuzubilligen.

Absatz 2 sieht die Möglichkeit einer Teilkündigung für einen nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung vor. Das Gesetz weicht bewusst von dem Abgrenzungskriterium der Teilkündigung in § 8 Abs. 3 VOB/B ab, in welchem der Begriff des "in sich abgeschlossenen Teils der Leistung" verwendet wird. Zur Begründung dieser Abweichung führt die Gesetzesbegründung aus, dass mit dem in der VOB/B verwendeten Begriff eine unnötig hohe Hürde für die Vertragspartner geschaffen werde. Entscheidend sei, dass die Vertragspartner eine klare Abgrenzung der von der Teilkündigung erfassten und der danach noch von einem anderen Werkunternehmer zu erbringenden Leistungen vornehmen können. Die nunmehr vorgesehene Regelung ist deutlich praktikabler als diejenige in der VOB/B, und zwar insbesondere, weil der Bundesgerichtshof urteilte, dass Leistungsteile innerhalb eines Gewerks keine in sich abgeschlossenen Teile der Leistung darstellen würden und folglich eine vom Auftraggeber ausgesprochene Teilkündigung unzulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 212/07, in BauR 2009, 1736).

Absatz 3 verweist auf § 314 Abs. 2 und 3 BGB. § 314 Abs. 2 BGB enthält Regelungen dazu, wann vor einer Kündigung aus wichtigem Grund eine Fristsetzung zur Abhilfe erforderlich ist und wann diese entbehrlich ist. Aus der Verweisung auf § 314 Abs. 3 BGB ergibt sich, dass eine außerordentliche Kündigung eines Werkvertrages nur innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen kann, nachdem der Berechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

Absatz 4 sieht vor, dass beide Vertragsparteien nach der Kündigung zu einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes verpflichtet sind, wenn eine Vertragspartei dies verlangt.

Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass diese Feststellung allein der quantitativen Bewertung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen dient und keine der Abnahme vergleichbare Rechtsfolgen hat. Verweigert eine der Vertragsparteien die Mitwirkung an der Feststellung, trifft sie nach Satz 2 die Beweislast hinsichtlich des Leistungsstandes zum Zeitpunkt der Kündigung, es sei denn die betreffende Vertragspartei bleibt der Feststellung aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen fern und teilt dies der anderen Vertragspartei unverzüglich mit.

Absatz 5 begrenzt den Vergütungsanspruch des Unternehmers auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen und zwar selbst dann, wenn der Unternehmer aus wichtigem Grund kündigt. Die Gesetzesbegründung ist hierfür äußerst dürftig. Angesprochen wird der Umstand, dass der einer Kündigung zu Grunde liegende wichtige Grund nicht ausschließlich aus der Sphäre eines der Vertragspartner kommen muss.

Im Übrigen wird in Absatz 6 klargestellt, dass die außerordentliche Kündigung die Berechtigung, Schadenersatz zu verlangen, nicht berührt.

4. Die Änderungen hinsichtlich des Bauvertrags (Kapitel 2 - Der Bauvertrag)

Das Gesetz enthält in §§ 650 a bis g BGB n.F. Regelungen für ein gesondertes Bauvertragsrecht im BGB. Infolgedessen erfolgt zunächst eine Definition, was unter einem Bauvertrag zu verstehen ist (§ 650 a BGB n.F.). Erwähnenswert sind die Regelungen zur Änderung des Vertrages und dem Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650 b BGB n.F. sowie die sich daraus ergebende Vergütung (§ 650 c BGB n.F.). Systematisch wird in das Bauvertragsrecht die Sicherungshypothek und die Bauhandwerkersicherung übernommen. Neu sind die Regelungen zu § 650 f BGB n.F. zu einer obligatorischen Zustandsfeststellung nach Abnahmeverweigerung und die Schriftform der Kündigung in § 650 g BGB n.F.

4.1 Definition des Bauvertrags, § 650 a BGB n.F.

Das Gesetz definiert den Bauvertrag wie folgt:

„§ 650 a. Bauvertrag

- (1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, Wiederherstellung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.*
- (2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind.*

Nicht ganz nachvollziehbar ist, warum der Gesetzgeber nicht die Chance nutzte, übergreifend eine einheitliche Definition des Bauvertrages vorzunehmen. In der Gesetzesbegründung steht, dass hinsichtlich des Begriffs des Bauwerks, wie er bisher in § 634 Abs. 1 Nr. 2 BGB

verwendet wurde, an die Rechtsprechung angeknüpft werden könne. Gleichwohl ist erwähnenswert, dass die VOB/A ihrerseits den Begriff der Bauleistungen definiert, der im Widerspruch zum hiesigen Begriff des Bauvertrages stehen könnte, mit der Folge, dass der dem Vergaberegime unterworfenen öffentlichen Auftraggeber einer anderen Bauvertragsdefinition unterliegt als der Besteller nach BGB.

4.2 Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650 b BGB n.F.)

§ 650 b n.F. lautet wie folgt:

„§ 650 b. Änderungen des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

- 1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Abs. 2) oder*
- 2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,*

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650 c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) Erzielen die Parteien binnen dreißig Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Abs. 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, eine Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

Die Etablierung eines Anordnungsrechts des Bestellers ist die gravierendste Neuerung im BGB. Bisher ging das BGB vom sogenannten Konsensualprinzip aus und erlaubte einseitige Änderungen durch den Besteller nur, wenn diese nach Treu und Glauben unumgänglich waren, um den vereinbarten Werkerfolg sicherzustellen. Mit dieser Tradition „bricht“ das Gesetz und führt - wie dies die VOB/B auch vorsieht - ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers ein. Allerdings sind die Regelungen der VOB/B zum Anordnungsrecht nicht

übernommen und darüber hinaus gravierende Änderungen gegenüber dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht bzw. dem Referentenentwurf des BMV J vorgenommen worden.

Während die VOB/B die Anordnung in Bezug auf geänderte oder zusätzliche Leistungen statuiert, unterscheidet das Gesetz zwischen den Werkerfolg ändernden Leistungen (Absatz 1 Nr. 1) und zum Erreichen des Werkerfolgs notwendige Leistungen (Absatz 1 Nr. 2).

Es stellt sich natürlich unmittelbar die Frage, ob zwar unterschiedliche Begriffe aber gleiche Ziele oder ein anderer Regelungszweck verfolgt werden.

Als Beispiele führt die Gesetzesbegründung hinsichtlich einer Änderung des Werkerfolgs an, sie könne darauf zurückzuführen sein, dass die Vorstellungen des Bestellers sich geändert hätten oder er bei der Planung Umstände nicht berücksichtigt habe.

Im Gegensatz hierzu könnten Anordnungen nach Abs. 1 Nummer 2 aus verschiedenen Gründen veranlasst sein, etwa durch Änderungen der Rechtslage oder behördliche Vorgaben oder wenn die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Bestellers lücken- oder fehlerhaft ist und die Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde. Insbesondere die letzte Erwägung ist nicht neu. So ist bisher auch bereits von einer Anordnung des Bestellers ausgegangen worden, wenn er auf den Bedenkenhinweis des Unternehmers reagiert hat, um dessen Haftungsfreistellung nach § 13 Abs. 3 VOB/B zu verhindern.

Fraglich ist, ob zur Änderung des Werkerfolgs auch die Bauzeit gehört, der Besteller also Beschleunigungsmaßnahmen anordnen darf. Während im Referentenentwurf des BMV J die Anordnung zur Bauzeit noch geregelt war, schweigt sich das Gesetz hierzu aus. Es erscheint daher durchaus möglich, dass der Gesetzgeber ein uneingeschränktes Anordnungsrecht zur Bauzeit vorsieht, sofern die Anordnung gleichfalls dem Unternehmer zumutbar ist.

In der Gesetzesbegründung wird Wert darauf gelegt, dass das Gesetz das Ziel verfolge, möglichst auf ein Einvernehmen der Vertragsparteien hinzuwirken, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht.

Insofern soll nach Abs. 1 Satz 2 der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet sein, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, es sei denn, für den Unternehmer ist die Ausführung der Änderung unzumutbar. Die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung soll unterhalb der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) liegen. Im Gegensatz hierzu wird bei Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich sind (Abs. 1 Nummer 1), kein neues Zumutbarkeitskriterium eingefügt. Es gilt daher die Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB. Beweispflichtig für die Zumutbarkeit ist grundsätzlich der Besteller, es sei denn, der Unternehmer beruft sich auf betriebsinterne Vorgänge. In diesem Fall liegt die Beweislast beim Unternehmer. Eine weitere Ausnahme gilt für den Fall, dass der Besteller die Planungsverantwortung trägt. Dann ist der Unternehmer nach Abs. 1 Satz 4 nur dann zur

Erstellung eines Angebots verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.

Sollte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, bestimmt Abs. 2, dass der Besteller die Änderung anordnen kann. Bei einer Anordnung, die auf eine Änderung des Werkerfolgs gerichtet ist gilt die Ausnahme, dass der Unternehmer die Änderung nur dann ausführen muss, wenn sie ihm zumutbar ist.

Ein Bauverfügungsverfahren - angeregt durch die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht - wurde nicht aufgenommen, Pilotprojekte für außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren angekündigt.

4.3 Vergütungsanpassung bei Anordnung nach § 650 b Abs. 2 (§ 650 c BGB n.F.)

§ 650 c BGB n.F. lautet:

„§ 650 c. Vergütungsanpassung bei Änderungen nach § 650b.

- (1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650 b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650 c BGB n.F.*
- (2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.*
- (3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632 a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 % einer in einem Angebot nach § 650 b Abs. 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder eine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und § 289 Satz 1 BGB gelten entsprechend.*

Der Vergütungsanspruch des Unternehmers für die nach § 650 b BGB n.F. angeordneten Leistungen soll sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn richten.

Die Vergütung bemisst sich also weder nach den Grundsätzen der Preisermittlung gemäß § 2 Abs. 5 bzw. Abs. 6 VOB/B, noch nach den tatsächlichen Kosten (Ist-Kosten). Diskussionen zwischen Unternehmer und Besteller über diese Erforderlichkeit sind vorprogrammiert. So stellt sich zum Beispiel die Frage, ob der Unternehmer, der für die Erbringung der angeordneten Leistungen eine Nachunternehmer beauftragt, eine Vergütung für diesen Nachunternehmer auch dann verlangen kann, wenn der Unternehmer einen günstigeren Nachunternehmer für die gleiche Leistung hätte beauftragen können. Das Ziel der Einführung dieses Berechnungsmodells, nämlich den Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden, wird evtl. nicht erreicht.

Nach der Gesetzesbegründung soll der Unternehmer an den Preisen seiner Urkalkulation nicht festgehalten werden, wenn sie knappe oder nicht auskömmliche Waren oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt. Andererseits soll der Berechnungsmaßstab die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen. Es bleibt abzuwarten, ob dieser Spagat gelingt.

Berechnet werden soll der veränderte Aufwand über die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind.

Ein sogenannter Vertragspreisniveaufaktor (der bei der Ermittlung der Mehr- und Minderkosten nach § 2 Abs. 5 bzw. Abs. 6 VOB/B Anwendung findet) wird ausdrücklich abgelehnt. Vielmehr soll die im Wettbewerb für die Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne für die jeweilige Bezugsposition in ihrer ursprünglichen Höhe (d.h. als Absolutbetrag) erhalten bleiben und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden. Der ursprünglich kalkulierte Gewinn oder Verlust wird also nicht fortgeschrieben.

In Absatz 2 wird dem Unternehmer ein Wahlrecht eingeräumt, zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückzugreifen. Für diesen Fall wird vermutet, dass diese Ansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und die ausgewiesenen Zuschläge angemessen sind. Ansonsten kann der Unternehmer seine Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (Abs. 1) abrechnen. Nach der Gesetzesbegründung kann der Unternehmer das Wahlrecht für jeden Nachtrag nur insgesamt ausüben.

Ohne dass es zunächst auffällt, verwendet der Gesetzgeber in Abs. 2 den Begriff des Nachtrags, ohne diesen allerdings zu definieren.

Der Unternehmer wird sich also für jeden Nachtrag überlegen, nach welcher Methode er eine höhere Vergütung erzielen kann. Ob damit die Intention des Gesetzgebers, nämlich Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden, erreicht wird, ist sehr zweifelhaft.

Neu - auch gegenüber dem Referentenentwurf des BMJV - ist die sogenannte 80-Prozent-Regelung in Absatz 3, wonach der Unternehmer bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632 a BGB geschuldeten Abschlagszahlungen 80 % einer in einem Angebot nach § 650 b Abs. 1 Satz 2 n.F. genannten Mehrvergütung ansetzen kann, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder eine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Eine genaue Berechnung der Mehrvergütung erfolgt erst in der Schlussrechnung, daher ist die nach den Absätzen 1 und 2 berechnete Mehrvergütung erst nach Abnahme fällig. Bei Überzahlung ergibt sich ein Rückforderungsanspruch des Bestellers nebst Verzugszinsen. Mit der Regelung soll gewährleistet werden, dass dem Unternehmer Liquidität zugeführt wird. Zurückbehaltungs- oder Leistungsverweigerungsrechte dürften dem Besteller allerdings verbleiben.

Die ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehene Privilegierung der §§ 1 und 2 VOB/B, wenn die VOB/B gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet wird, ist entfallen.

4.4 Einstweilige Verfügung (§ 650 d BGB n.F.)

§ 650 d BGB n.F. lautet:

„Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gem. § 650 b BGB oder die Vergütungsanpassung gem. § 650 c BGB ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.“

Das Gesetz hat den einstweiligen Rechtsschutz hinsichtlich der Zumutbarkeit der Anordnung und der Vergütung dadurch erleichtert, dass nach Beginn der Bauausführung widerleglich vermutet wird, dass ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 ZPO gegeben ist.

4.5 Bauhandwerkersicherung (§ 650 f BGB n.F.)

Die Neufassung lautet auszugsweise:

„§ 650 f. Bauhandwerkersicherung

(6)Die Absätze 1-5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

- 1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder*
- 2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650 i oder um einen Bauträgervertrag nach § 650 u handelt.*

Satz 1 Nummer 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.“

Die im Referentenentwurf des BMJV vorgesehene Reduzierung des Sicherungsanspruchs auf 20 % der vereinbarten Vergütung ist gestrichen worden.

Die bisherige Regelung des § 648 a BGB ist weitgehend übernommen worden.

Neben hier nicht näher darzustellenden geringfügigen Änderungen ist auf das sogenannte Verbraucherprivileg hinzuweisen, welches angepasst wurde. Die Neufassung knüpft an die Definition des Verbraucherbauvertrags und des Bauträgervertrags in § 650 i BGB n.F. und § 650 u BGB n.F. an. Erweitert wird das Privileg auf Verträge eines Verbrauchers über den Bau eines Mehrfamilienhauses. Nicht in den Genuss des Privilegs kommen von Verbrauchern geschlossene Werkverträge, die keine Verbraucherbauverträge oder Bauträgerverträge sind.

4.6 Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Gefahrtragung (§ 650 g BGB n.F.)

§ 650 g BGB n.F. lautet auszugsweise:

„§ 650 g. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme

- (1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.*
- (2) Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.*
- (3) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.“*

Für Bauverträge wird die neue Regelung zur fiktiven Abnahme (§ 640 Absatz 2 BGB n.F.) durch § 650 g BGB n.F. ergänzt. Er enthält eine Regelung zur Zustandsfeststellung wenn die Abnahme verweigert wird und trifft eine ergänzende Regelung zur Gefahrtragung.

LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

Absatz 1 bestimmt, dass der Unternehmer vom Besteller die Mitwirkung an der Zustandsfeststellung verlangen kann, wenn der Besteller die Abnahme wegen Mängeln verweigert. Die Regelung ist im Zusammenhang mit § 640 Absatz 2 BGB n.F. zu sehen, der für das allgemeine Werkvertragsrecht gilt und die fiktive Abnahme behandelt. Die Zustandsfeststellung ist nur für den Bauvertrag vorgesehen.

Der Gesetzgeber stellt klar, dass es sich nicht um eine Abnahme handelt, sondern die Feststellung der Dokumentation dient.

Absatz 2 regelt den Fall der einseitigen Zustandsfeststellung durch den Unternehmer, wenn der Besteller einem vereinbarten Termin unentschuldigt fernbleibt. In der Gesetzesbegründung wird hervorgehoben, dass dies nicht der Fall ist, wenn bei Anwesenheit beider Vertragsparteien keine Einigung über die Zustandsfeststellung erzielt werden kann. Dann verbliebe die Möglichkeit der Zustandsfeststellung im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens.

Absatz 3 knüpft an die Zustandsfeststellung unter bestimmten Umständen die Vermutung, dass ein offenkundiger Mangel nach der Zustandsfeststellung entstanden und daher vom Besteller zu vertreten ist. Der Besteller muss also beweisen, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Zustandsfeststellung vorhanden war.

Als offenkundig bezeichnet die Gesetzesbegründung einen Mangel, der bei ordnungsgemäßer Zustandsfeststellung hätte entdeckt werden müssen, wobei die Fachkunde des Bestellers zu berücksichtigen sei.

4.7 Schriftform der Kündigung (§ 650 h BGB n.F.)

§ 650 h BGB n.F. lautet:

„§ 650 h. Schriftform der Kündigung

Die Kündigung des Bauvertrags bedarf der schriftlichen Form“

Das Schriftformerfordernis gilt für jede Art der Kündigung des Bauvertrags. Eine Textform (§ 126 b BGB) reicht nicht aus. Damit scheitert eine Kündigung durch E-Mail (ohne elektronische Signatur) am Schriftformerfordernis und ist unwirksam.

5. Zusammenfassung

Wenngleich es sicher sinnvoll ist, ein Bauvertragsrecht im BGB zu etablieren so sind die handwerklichen Fehler deutlich erkennbar, Korrekturbedarf wird bereits angemeldet (Kniffka/Retzlaff, in BauR 2017, Heft 10 a, S. 1750 f.). Letztlich wird es entscheidend auf die Gerichte und deren Auslegung des Gesetzes ankommen.