

RECHT DES BAUWESENS

September 2018 / Heft 3, Seiten 89–124 (7. Jahrgang)

Editorial

- 89 Es war einmal ...
Hermann Wenusch

Aufsätze

- 91 Die Verantwortlichkeit des gewerberechtl. Geschäftsführers unter Berücksichtigung der jüngsten OGH-Judikatur
Christoph Wiesinger
- 95 Das neue Deutsche Bauvertragsrecht und seine praktischen Folgen
Thomas Hildebrandt

Judikatur

- 103 Kostentragung für eine materiell erfolglose Klagsführung der BUAK infolge von Meldeverstößen
(Anmerkung von Christoph Wiesinger)
- 105 Wissenszurechnung der Kenntnis der für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist beim Anspruch auf Ersatz von Mangel- und Mangelfolgeschäden relevanten Umstände bei der Inkassoession
(Anmerkung von Diana Seeber-Grimm und Thomas Seeber)
- 109 § 1170b ABGB: Der Finanzierungsnachweis der finanzierenden Bank ersetzt die Sicherstellung nicht
- 115 Kostenvoranschlag oder Leistungsverzeichnis eines Einheitspreisvertrages?
(Anmerkung von Hermann Wenusch)

Praktisches (in der Blattmitte zum Herausnehmen)

- XIII Praktische Fragen zu Baubewilligungen (Teil 5)
- XV Die Klagearten
- XVI Brandlast und Feuerwiderstand von Bauteilen (1. Teil)

Herausgeber: Thomas Ratka, Alexander Schopper, Manfred Straube, Hermann Wenusch

Das neue Deutsche Bauvertragsrecht und seine praktischen Folgen

Eine umfassende Betrachtung aus anwaltlicher Perspektive

Mit dem neuen Bauvertragsrecht wurden zum 1.1.2018 nicht nur bereits lange geforderte Vorschriften zum Bauwerkvertrag in das BGB aufgenommen, sondern auch der Architekten- und Ingenieurvertrag sowie der Bauträgervertrag normiert und der Verbraucherschutz wurde im Rahmen bauvertraglicher Vereinbarungen gestärkt. Durch die Neuregelungen sollen wichtige Fragen zum Bauwerkvertragsrecht nunmehr praxistauglich geklärt werden können.

Deskriptoren: Deutsches Bauvertragsrecht, Reform; §§ 632a, 640, 648a, 650b, 650c, 650d, 650g, 650h BGB.

Von Thomas Hildebrandt

1. Einleitung

Am 1.1.2018 trat das neue Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren (BauVG) in Kraft. Das Gesetz gilt nach Art 10 BauVG für alle Verträge, die ab dem 1.1.2018 geschlossen werden. Bisher wurde der Bauwerkvertrag gesetzlich allein im Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) dargestellt. Das Bauwerkvertragsrecht entwickelte sich mit der Zeit jedoch zu einer komplexen Spezialmaterie, deren Anforderungen das bisherige Werkvertragsrecht nicht mehr erfüllen konnte. Wesentliche Fragen des Bauwerkvertragsrechts waren bislang gesetzlich nicht geregelt, sondern richteten sich überwiegend nach der Rechtsprechung und der Vertragspraxis. Diesen Umstand nahm der Gesetzgeber zum Anlass, eine komplett neue Gesetzssystematik zu schaffen.

2. Überblick über die neue Gesetzssystematik und das Übergangsrecht

2.1. Allgemein

Das Werkvertragsrecht ist im zweiten Buch des BGB¹ „Recht der Schuldverhältnisse“ und dort im achten Ab-

schnitt „Einzelne Schuldverhältnisse“ unter Titel 9 „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ geregelt. Mit Inkrafttreten des neuen Bauwerkvertragsrechts besteht der Titel 9 nunmehr aus den vier Untertiteln „Werkvertrag“, „Architekten- und Ingenieurvertrag“, „Bauträgervertrag“ und „Reisevertrag“. Der Untertitel 1 „Werkvertrag“ ist wiederum in vier Kapitel untergliedert: „Allgemeine Vorschriften“, „Bauvertrag“, „Verbraucherbauvertrag“ und „Unabdingbarkeit“. Die gewählte Systematik macht deutlich, dass der Bauvertrag seinem Vertragstyp nach ein Werkvertrag ist². Der Architekten- und Ingenieurvertrag und der Bauträgervertrag stehen als selbstständige Vertragstypen neben dem Werkvertrag.

Daraus ergibt sich folgende Systematik im Werkvertragsrecht (Titel 9 des BGB):

- Recht der Schuldverhältnisse
 - [...]
 - 8. Abschnitt: Einzelne Schuldverhältnisse
 - [...]
 - 9. Titel: Werkvertrag und ähnliche Verträge
 - 1. Untertitel: Werkvertrag
 - 1. Kapitel: Allgemeine Vorschriften
 - 2. Kapitel: Bauvertrag
 - 3. Kapitel: Verbraucherbauvertrag
 - 4. Kapitel: Unabdingbarkeit

2.2. Werkvertragsrecht (Allgemeine Vorschriften)

In das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches wurden spezielle Regelungen für den Bauvertrag und für den Verbraucherbauvertrag eingefügt. Zudem wurden neue Vorschriften eingefügt und alte Vorschriften vereinfacht oder effektiver ausgestaltet.

1 Dem Pandektensystem entsprechend neben „Allgemeiner Teil“, „Sachenrecht“, „Familienrecht“ und „Erbrecht“.

2 Kniffka/Retzlaff, Das neue Recht nach dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaf-

tung und zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes (BauVG), BauR 2017, 1747 (1748).

2.2.1. § 632a BGB nF – Abschlagszahlungen

Die bisherigen Regelungen für Abschlagszahlungen im BGB haben sich als wenig tauglich erwiesen. Kritisiert wurde insbesondere, dass Abschlagszahlungen nur für in sich abgeschlossene Teilleistungen vorgesehen waren oder auf den Wertzuwachs beim Besteller³ abzustellen war, wenn bei der Behauptung eines wesentlichen Mangels die Abschlagszahlungen verweigert werden konnten.⁴ Die neue Vorschrift des § 632a BGB entkoppelt die Abschlagszahlung von Begriffen aus dem Recht der Abnahme.⁵ Einbehalte des Bestellers sind nach wie vor zulässig, aufgrund des Verweises auf § 641 Abs 3 BGB in der Regel aber nur in der Höhe des Doppelten der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten. Auf die Wesentlichkeit vorliegender Mängel oder einen tatsächlichen Wertzuwachs kommt es nicht mehr an. Der Anspruch auf Abschlagszahlung richtet sich jetzt nur nach dem vom Unternehmer zu beweisenden Wert der von ihm erbrachten Leistungen und damit nach dem Vertragspreis.⁶ Ferner sieht § 632a Abs 1 Satz 5 BGB nF vor, dass der Unternehmer die abzurechnenden Leistungen durch eine Aufstellung nachzuweisen hat, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Diese Anlehnung an § 16 Abs 1 Nr 1 VOB/B führt nunmehr auch im BGB-Bauvertrag dazu, dass eine prüfbarere Rechnung eine Fälligkeitsvoraussetzung für Abschlagszahlungen darstellt.

2.2.2. § 640 BGB nF – Abnahme

Die Abnahme bleibt der Dreh- und Angelpunkt des Werkvertrages.⁷ Die Reform hat auch nichts daran geändert, dass die Abnahme eine Hauptpflicht des Bestellers bleibt. Allerdings wurde die fiktive Abnahme in § 640 Abs 1 Satz 3 BGB aF in § 640 Abs 2 BGB nF neu gestaltet. Danach gilt ein Werk als abgenommen, „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 mindestens eines Mangels verweigert hat.“

Auf die Wesentlichkeit mindestens eines vom Besteller zu behauptenden Mangels kommt es nicht an. Maßgebend ist, dass der Besteller überhaupt einen Mangel

rügt, der dann die Abnahme verhindert. Die Folgen daraus, werden unten zu § 650g BGB nF erläutert.

Bei der Fertigstellung des Werkes nach § 640 Abs 2 Satz 1 nF ist Voraussetzung, dass die Herstellung soweit abgeschlossen ist, dass in objektiver Hinsicht keine wesentlichen Mängel vorhanden sind.⁸

2.2.3. § 648a BGB nF – Kündigung aus wichtigem Grund

Erstmals wird im Werkvertragsrecht die Möglichkeit normiert, dass beide Vertragsparteien den bestehenden Vertrag aus wichtigem Grund kündigen können. Durch die Verweisung in § 648a Abs 3 BGB nF soll ein Werkvertrag wegen einer Pflichtverletzung aus wichtigem Grund erst gekündigt werden können, wenn zuvor eine Abhilfeaufforderung unter Fristsetzung erfolgte, die gemäß § 323 Abs 2 Nr 1 und 2 BGB entbehrlich sein kann.⁹ Auch eine Teilkündigung ist möglich.¹⁰

Maßgebend ist, dass nach § 648a Abs 4 BGB nF jede Partei von der anderen deren Mitwirkung an der gemeinsamen Leistungsfeststellung nach der Kündigung verlangen kann. Verweigert eine Partei die Mitwirkung, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung, es sei denn, dass sie die unterbliebene Mitwirkung nicht zu vertreten hat und sich dazu unverzüglich erklärt. Der Unternehmer erhält eine Vergütung für Leistungen, die er bis zum Zeitpunkt der Kündigung bereits erbracht hat. Hinsichtlich des nicht erbrachten Teils hat der Unternehmer Anspruch auf Schadensersatz.

2.3. Der Bauvertrag (Untertitel 1, Kapitel 2)

In den §§ 650a – 650h BGB nF ist nunmehr das gesetzlich neu verankerte deutsche Bauwerkvertragsrecht geregelt. Der Bauwerkvertrag bleibt somit zwar systematisch Teil des Werkvertragsrechts. Es kommen jedoch ergänzende Regelungen hinzu, die der Komplexität eines Bauvertrages Rechnung tragen.¹¹ Unter Anknüpfung an bekannte Begrifflichkeiten aus den §§ 634a Abs 1, 2 BGB, §§ 648 Abs 1 und 648a BGB aF werden das Bauwerk, eine Außenanlage oder Teile davon zum Ausgangspunkt der Definition des § 650a BGB nF; dazu zählen auch die unterschiedlichen Tätigkeiten, die zu

3 Vgl Messerschmidt in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht³ (2018) § 632a Rn 3 mwN.

4 Sprau in Palandt, BGB⁷⁶ (2017) § 632a Rn 7.

5 Leinemann, Das neue Bauvertragsrecht und seine praktischen Folgen, NJW 2017, 3113 ff, mit dessen freundlicher Genehmigung Teile seines Beitrags hier übernommen werden konnten.

6 Leinemann, aaO.

7 Hildebrandt, Die Abnahme von Bauleistungen² (2012), 3.

8 Das Merkmal der Fertigstellung des Werkes wurde aufgenommen, um einen Missbrauch der Fiktion zu verhindern. Ein vorzeitiges

Andienen der Leistung beim Besteller soll verhindert werden, vgl BT-Drucks 18/8486, 49; Langen, Änderung des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts, NZ-Bau 2015, 658 (659 Rn 2).

9 OLG Stuttgart, NJW-RR 2016, 470; Leinemann, aaO, 3114.

10 Vgl hierzu Leinemann, aaO.

11 BT-Drucks 18/8486, 26.

einem Bauwerk, einer Außenanlage oder Teilen davon führen könnten, so die *Herstellung*, die *Wiederherstellung* oder der *Umbau* eines Bauwerks oder einer Außenanlage. Nach § 650a Abs 2 BGB nF ist auch ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks als Bauvertrag anzusehen, jedoch nur dann, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.¹²

2.3.1. § 650b BGB nF – Änderung des Vertrages/ Anordnungsrecht des Bestellers

Den Kernpunkt des neuen deutschen Bauvertragsrechts bilden sicherlich die Vorschriften über die Änderung des Vertrages und das damit einhergehende Anordnungsrecht des Bestellers. Mit § 650b BGB nF im Zusammenspiel mit dem neuen § 650c BGB wird erstmals im Gesetz ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers einer Bauleistung geregelt. Nunmehr ist gesetzlich kodifiziert, dass der Besteller im Verlaufe der Vertragsabwicklung Modifikationen an dem von ihm bestellten und zu bezahlenden Bauwerk fordern kann. Für den damit einhergehenden Mehraufwand soll der Unternehmer eine Vergütung erhalten. Bislang enthielt das BGB keine Regelung für derartige einseitige Eingriffe in den Vertrag durch den Besteller, während die VOB/B in §§ 1 und 2 Abs 5 und 6 die Anordnungsbefugnisse und Vergütungsfolgen vorsahen.

2.3.1.1. Einigungsmodell

Dem Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b Abs 1 – Abs 3 BGB nF ist das sogenannte Einigungsmodell vorgeschaltet. Begehrt der Besteller eine Änderung, sind die Parteien zunächst verpflichtet, ein Einvernehmen hierüber anzustreben und zwar sowohl hinsichtlich der Änderung als auch hinsichtlich der daraus resultierenden Vergütung. Der Unternehmer wird infolge des Begehrens des Bestellers verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Wird eine Einigung zwischen den Parteien über die Änderung und deren Vergütungsfolgen nicht binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens erzielt, entsteht das Recht des Bestellers zur einseitigen Anordnung seiner Änderung.¹³

2.3.1.2. Anordnungsrecht des Bestellers

Nach § 650b Abs 1 BGB nF kann der Besteller entweder eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges anordnen oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten

Werkerfolges notwendig ist. Eine Änderung, die zu Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist, kann erforderlich werden, wenn eine Lücke zwischen dem vertraglich bepreisten Leistungsumfang und dem etwa darüber hinaus geschuldeten Erfolg besteht. Beim Anordnungsrecht zur Änderung des vereinbarten Werkerfolges kann der Besteller nach § 650 Abs 1 Nr 1 BGB nF sogar etwas völlig anderes als das ursprünglich Vereinbarte verlangen. Anders als bei dem Änderungsrecht im Rahmen des ursprünglichen Werkerfolges wird dieses Leistungsänderungsrecht daher von der zusätzlichen Anspruchsvoraussetzung der Zumutbarkeit abhängig gemacht.

2.3.1.3. Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist (Nr 2)

In einem Bauvertrag ist zwischen dem geschuldeten Erfolg und dem bepreisten Leistungsumfang zu unterscheiden. Damit wird der unklaren Rechtslage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen dem Unternehmer aufgrund von Änderungen der Leistung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zusteht, durch § 650b Abs 1, Nr 2 BGB nF dadurch Rechnung getragen, dass der Besteller Änderungen anordnen darf, um den vereinbarten Werkerfolg sicherzustellen. Der daraus folgende Vergütungsanspruch des Unternehmers ergibt sich aus § 650c BGB nF.

Schuldet der Unternehmer nicht nur die Ausführung, sondern auch die Planung des Bauwerks, ist er auch zur Erstellung einer mangelfreien Planung verpflichtet. Anordnungen zur Beseitigung von Planungsmängeln sind dann kein Grund zur Vergütungsanpassung, weil Planung und Ausführung eines mangelfreien Werkes ohnehin Gegenstand seiner vertraglichen Verpflichtung sind. Wenn aber der Besteller die Planungsverantwortung trägt, ist der Unternehmer zur Abgabe eines Angebots nur dann verpflichtet, wenn der Besteller zuvor eine Planung für die Änderung zur Verfügung stellt.

2.3.1.4. Änderung des vereinbarten Werkerfolges – Zumutbarkeit

Sofern der vereinbarte Werkerfolg geändert werden soll, besteht nur dann eine Verpflichtung des Unternehmers der Änderung nachzukommen, wenn ihm die Änderungen auch zumutbar sind. Hier unterscheidet § 650b Abs 1, Satz 3 BGB nF zwischen betriebsinternen Unzumutbarkeitsgründen und anderen Gründen. Für eine behauptete betriebsinterne Unzumutbarkeit trägt der Unternehmer die Beweislast. Das können ua Personaldispositionen sein. Bei anderen Unzumutbarkeitsgrün-

¹² Leinemann, aaO.

¹³ Leinemann, aaO.

den muss im Umkehrschluss der Besteller darlegen und beweisen, dass diese nicht bestehen.

Ist die Anordnung des Bestellers unzumutbar, steht dem Unternehmer künftig ein Leistungsverweigerungsrecht jedenfalls in Bezug auf die geänderte Leistung zu. Die Zumutbarkeit soll nach Abwägung beider Parteien beurteilt werden.¹⁴ Dazu gehören die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und die Qualifikation des Unternehmers neben „den betriebsinternen Vorgängen“. Maßgebend ist ferner, ob der Unternehmer durch die Anordnung zu einer Leistung verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprach. Die Schwelle für die Unzumutbarkeit soll unterhalb derjenigen des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit gemäß § 275 Abs 2 und Abs 3 BGB liegen.¹⁵ Es dürfte somit nicht auf ein „grobes Missverhältnis“ ankommen, sondern jedes Missverhältnis genügt, um die Ausführung der Anordnung unzumutbar werden zu lassen.¹⁶

2.3.1.5. Textform

Die Anordnung des Bestellers muss schließlich in Textform nach § 126b BGB erfolgen. Damit ist nicht das Schriftformerfordernis gemeint. Ausreichend ist jede lesbare Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger, die die Person des Erklärenden erkennen lässt. Eine bloß mündliche Anordnung wäre gem § 125 BGB nicht ausreichend,¹⁷ wenn die Parteien nicht zuvor auf die Textform verzichtet haben.

2.3.2. § 650c BGB nF – Vergütungsanpassung

Notwendige Folge des Anordnungsrechts des Bestellers ist ein in § 650c BGB nF normierter Vergütungsanspruch des Unternehmers. Während nach § 2 Abs 5 und Abs 6 VOB/B ein neuer Preis für geänderte oder zusätzliche Leistungen durch die Fortschreibung der Preiselemente in der Urkalkulation zu bilden war,¹⁸ gilt das für § 650c BGB nF nicht in dieser Form. Vielmehr sind dem Unternehmer für die aufgrund einer Änderungsanordnung zu erbringende Leistung grundsätzlich die „tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“ zu vergüten.

Durch die Anknüpfung an tatsächliche Kosten soll eine mögliche Potenzierung von Gewinnen und Verlusten,

die aus der bisherigen Urkalkulation abgeleitet werden könnten, vermieden werden.¹⁹

2.3.2.1. Berechnung der anzupassenden Vergütung

Der Unternehmer erhält nach § 650c BGB nF ein Wahlrecht zur Bildung des Preises für die Mehrvergütung. Entweder legt er seiner Preisforderung tatsächliche Kosten zugrunde, für deren Entstehen er darlegungs- und beweislaster ist oder er greift auf seine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurück. Entscheidet sich der Unternehmer für die Preisbildung nach der Urkalkulation, wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die darin hinterlegten Preise im Sinne des § 650c Abs 1 BGB nF die tatsächlich erforderlichen Kosten widerspiegeln. Dadurch entsteht zu Gunsten des Unternehmers eine Beweislastumkehr. Der Besteller muss darlegen und beweisen, wenn seines Erachtens niedrigere Kosten anfallen, als sie sich aus der Urkalkulation ergeben. Damit gilt vorrangig die Ermittlung der Vergütung anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich der Zuschlagsätze nach § 650c Abs 1 BGB nF. Das gesetzgeberische Ziel war, Fälle krasser Fehlkalkulationen oder spekulativer Preise zu korrigieren. Die Lösung von der Urkalkulation soll zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse führen.²⁰

2.3.2.2. Vorläufige Pauschalierung – 80% – Regelung

Die Regelung des § 650c Abs 3 BGB nF soll Streit über die Höhe von Mehrkosten aus zusätzlichen oder geänderten Leistungen leichter klären und Leistungsverweigerungsrechte vermeiden. Sofern Abschlagszahlungen gemäß § 650c Abs 3 BGB nF vereinbart oder gemäß § 632a BGB nF möglich sind, kann der Unternehmer 80% des Preises des gemäß § 650b Abs 1, Satz 2 BGB nF von ihm vorgelegten Nachtragsangebots als Zahlung nach Leistungserbringung fordern. Damit soll er schnell und auf einem einfachen Weg einen Mehrvergütungsanspruch zumindest in Höhe von 80% seiner ursprünglich angebotenen Nachtragspreise erhalten. Sofern der Besteller diesen Preis für überhöht hält, hat er die Möglichkeit, die überhöhte Vergütung per einstweiliger Verfügung herabsetzen zu lassen, wenn die Verhandlungen dazu ohne Ergebnis bleiben.²¹ Eine solche einstweilige Verfügung wird durch § 650d BGB nF erleichtert. Verweigert der Besteller die Zahlung auf eine Abschlags-

14 BT-Drucks 18/8486, 54.

15 BT-Drucks 18/8486, 54.

16 Vgl hierzu *Leinemann*, aaO.

17 BT-Drucks 18/11437, 47.

18 Vgl hierzu BGH 14.3.2013 – VII ZR 142/12, BGHZ 197, 52; *Franz/Kues*, Guter Preis bleibt guter Preis – Rechtfertigt die Faustformel Korbions ein Vertragspreisniveau?, *BauR* 2010, 678.

19 BT-Drucks 18/8486, 56.

20 BT-Drucks 18/8486, 56.

21 BT-Drucks 18/8486, 57.

rechnung, mit der nach Ausführung 80% des Angebotspreises berechnet werden, steht dem Unternehmer auch ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 273 BGB zu. Alternativ kann er per einstweiliger Verfügung einen Zahlungstitel zu erlangen versuchen.²²

2.3.2.3. Die tatsächlich erforderlichen Kosten

Der deutsche Gesetzgeber wollte sich bei der Ermittlung der Mehr- und Minderkosten gemäß § 650c BGB nF von der VOB/B-gemäßen Fortschreibung der Urkalkulation ebenso lösen wie von anderen, unpraktikableren Methoden, wie eines wie auch immer gearteten „Vertragspreinsniveaus“ oder „üblichen Vergütung“ im Sinne von § 632 BGB. Der konkrete Vorgang der Preisermittlung wird in der Begründung des Gesetzentwurfes wie folgt beschrieben:

„Mehr- oder Minderleistungen werden nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn abgerechnet. Bei der Ermittlung des veränderten Aufwands nach den tatsächlichen Kosten ist 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, zu bilden. Die Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.“²³

Allerdings ist dieses Berechnungsmodell weniger präzise als noch die Begründung des Referentenentwurfs.²⁴ Insofern kann zukünftig so vorgegangen werden, dass der ursprüngliche Vertragspreis als Ausgangsgröße gewählt wird. Davon sind sodann die Mehr- oder Minderkosten hinzu zu addieren oder abzusetzen. Sie werden auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich der Zuschläge ermittelt, wenn sich der Unternehmer nicht alternativ für eine Abrechnung nach der Urkalkulation entscheidet, was ihm nach freier Wahl überlassen bleibt.²⁵ Bei der Darlegung der tatsächlich erforderlichen Kosten wird zu erwarten sein, dass der Unternehmer für sämtliche Einzelkosten der veränderten Teilleistungen jeweils die Mengen darlegt und jeweils die einzelnen Kosten begründet. Schwieriger ist es, tatsächlich erforderliche Kosten für nicht angefallene Leistungen zu berechnen. Während es bei Mehrleistungen möglich ist,

beispielsweise Nachweise von Nachunternehmern und/oder Zulieferern vorzulegen, scheidet dies bei Minderleistungen oft aus. Selbst ein Rückgriff auf kalkulierte Preise ist nicht immer möglich, weil die Mengenreduzierung nicht einkalkulierte Einflüsse auf diese Preise haben kann. Faktisch werden hier (fiktive) Preise für die Einzelleistung zu bilden sein. Oft werden aber auch die Kosten der Teilkündigungen von Subunternehmern für entfallene Leistungen dem ursprünglichen Vertragspreis gegenüberzustellen sein, sodass analog zu einer Teilkündigung des Vertrages abgerechnet werden kann.²⁶ Leider findet sich in der Gesetzesbegründung keine Erklärung, was in Bezug auf die anerkanntermaßen zu berücksichtigenden Zuschlagssätze als angemessen anzusehen ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Kalkulation der Preise – zu denen auch Zuschläge gehören – im Ermessen des Unternehmers stehen.²⁷

2.3.3. § 650d BGB nF – Einstweilige Verfügung wegen Anordnungsrecht und Vergütungsanpassung

Neu ist die im Werk- bzw Bauvertragsrecht nunmehr eingeführte Möglichkeit eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Maßgebend ist, dass nach § 650d BGB nF es für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b BGB nF oder die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB nF nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich ist, dass der Verfügungsgrund – also die Eilbedürftigkeit – glaubhaft gemacht wird. Daran scheiterten früher die meisten Anträge in Bausachen, sodass es solche Verfügungen kaum gab. Jetzt kann einstweiliger Rechtsschutz zur Abwehr oder Durchsetzung einer Anordnung ebenso erlangt werden wie zur Abwehr oder Durchsetzung eines Vergütungsanspruchs nach einer Anordnung gemäß § 650b BGB nF. Der Gesetzgeber hat nunmehr die Möglichkeit eines schnellen Rechtsschutzes vorgesehen, wenn nach ergebnislosem Ablauf der nach § 650b Abs 1 BGB nF vorgeschalteten 30-tägigen Einigungsphase ein Baustillstand bzw Liquiditätsengpässe vermieden werden sollen. Das kann dazu führen, dass zukünftig in Bausachen vielfach einstweilige Verfügungen möglich werden, allerdings nicht vor Baubeginn. Ziel ist es, dass der Unternehmer schnell einen Titel über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch oder die erforderliche erhöhte Sicherheit

22 Leinemann, aaO, 3117.

23 BT-Drucks 18/8486, 56.

24 Vgl BT-Drucks 18/8486, 59.

25 Vgl zu allem Leinemann, aaO, 3117.

26 Leinemann, aaO.

27 Grundsatz der Kalkulationsfreiheit vgl Leinemann in Leinemann VOB/B – Kommentar⁶(2016) § 2 Rz 142; vgl zur Zulässigkeit von

Kalkulationsvorgaben des Auftraggebers BGH 1.8.2006 – X ZR 115/04, NZBau 2006, 797; OLG München 24.5.2006 – Verg 10/06, NJOZ 2006, 2326; OLG Koblenz 2.1.2006 – 1 Verg 6/05, Vergaberecht 2006, 233 (234).

erlangen kann. Andererseits soll der Besteller den Unternehmer verpflichten lassen können, eine für unzumutbar erklärte Anordnung zu befolgen oder eine erhobene, für zu hoch befundene Abschlagsforderung des Unternehmers per einstweiliger Verfügung herabzusetzen. Aufgrund dessen sind als wichtiges organisatorisches Instrument der Justiz ab dem 1.1.2018 mit Inkrafttreten der §§ 71, 72, 72a und 119a GVG bei allen deutschen Landgerichten Baukammern einzurichten.

2.3.4. § 650g BGB nF

2.3.4.1. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme

Sofern der Besteller eine verlangte Abnahme des Unternehmers nach § 640 BGB nF verweigerte, kann der Unternehmer nach § 650g BGB nF eine Zustandsfeststellung des Werkes verlangen. Diese Zustandsfeststellung führt in Bezug auf offenkundige Mängel zu einer Vermutung dahingehend, dass diese, wenn das Werk dem Besteller verschafft und die offenkundigen Mängel nicht in der Zustandsfeststellung erfasst wurden, als später entstanden und vom Besteller zu vertreten anzusehen sind. Die Vermutungsregelung soll lediglich nur dann nicht gelten, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann. Die Teilnahme an der gemeinsamen Zustandsfeststellung ist eine Obliegenheit des Bestellers. Nimmt der Besteller schuldhaft nicht teil, steht es dem Unternehmer frei, die Zustandsfeststellung allein durchzuführen. Hat der Besteller das Fernbleiben von der gemeinsamen Zustandsfeststellung nicht zu vertreten, muss er dies dem Unternehmer unverzüglich anzeigen.

Eine Zustandsfeststellung nach § 650g BGB nF kann nach dem Gesetzeswortlaut nur dann verlangt werden, wenn der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert. Insofern hängt § 650g BGB nF mit § 640 Abs 2 BGB nF zusammen.²⁸

2.3.4.2. Prüffähige Schlussrechnung

Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, neben der Abnahme eine weitere Fälligkeitsvoraussetzung für die Vergütung des Unternehmers in das Bauvertragsrecht zu implementieren. Durch § 650g Abs 4 BGB nF wird für Bauverträge nun die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung zur Fälligkeitsvoraussetzung gemacht. Den Einwand der fehlenden Prüfbarkeit kann der Besteller

nur innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung gegenüber dem Unternehmer erheben. Hier erfolgte eine Angleichung an § 16 Abs 3 VOB/B. Die Rechnung wird in Ermangelung des Einwands der Prüffähigkeit nur dann fällig, kann aber inhaltlich noch angegriffen werden.²⁹ Prüfbar gemäß § 650g Abs 4 BGB nF ist eine Schlussrechnung, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung aller erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Im Wesentlichen kann hier auf die zu § 14 VOB/B entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.³⁰

2.3.5. § 650h BGB nF – Schriftform der Kündigung

In § 650h BGB nF ist geregelt, dass die Kündigung eines Bauvertrages grundsätzlich der Schriftform bedarf. Sie war bislang formfrei möglich, unabhängig davon, ob es sich um eine freie Kündigung nach § 649 BGB oder um eine Kündigung aus wichtigem Grund handelte. Im VOB/B-Vertrag ist nach § 8 Abs 5 VOB/B für alle Arten der Kündigung schon immer die Schriftform vorgesehen. Sinn und Zweck des neu aufkommenden Schriftformerfordernisses soll die Rechtssicherheit und die Beweissicherung sein. Überdies soll die kündigende Partei vor einer Übereilung bewahrt werden.³¹ Da es sich um eine gesetzliche Schriftform gemäß § 126 BGB handelt, kann sie gemäß § 126a BGB nur durch die elektronische Form, nicht aber gemäß § 126b BGB durch die Textform ersetzt werden. Zukünftig kann eine Kündigung von Bauverträgen also nicht per E-Mail erfolgen.

2.4. Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrages

Der neu eingeführte Untertitel 2 enthält Sonderregelungen für den Architektenvertrag und den Ingenieurvertrag.

2.4.1. Vertragstyp und anzuwendende Vorschriften

Für den Architekten- und Ingenieurvertrag gelten nach § 650q Abs 1 BGB nF die Vorschriften des Kapitels 1, des Unterabschnitts 1 sowie §§ 650b, 650e und 650h BGB nF entsprechend. Damit ist der Architekten- und Ingenieurvertrag ausdrücklich nicht als Werkvertrag qualifiziert, sondern als eigener Vertragstyp. Dies soll der Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnen, den Architekten- und Ingenieurvertrag losgelöst von sonstiger Judikatur zum Werkvertragsrecht zu behandeln und so einige Besonderheiten zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat ferner auf

²⁸ Vgl oben 2.2.2.

²⁹ Locher in Ingenstau/Korbion, VOB²⁰ (2017), § 16 Abs 3 VOB/B Rn 17; Leinemann, aaO, 3118.

³⁰ BT-Drucks 18/11437, 49.

³¹ BT-Drucks 18/8486, 62.

eine Bezugnahme auf die HOAI verzichtet. Damit bleibt die HOAI reines Preisrecht und erlangt keine vertragsrechtliche Bedeutung. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH³² und wurde in der Gesetzesbegründung zu § 650p BGB nF ausdrücklich bestätigt.³³

Maßgebend ist jedoch, dass das Architekten- und Ingenieurvertragsrecht im Wesentlichen den Vorschriften des Werk- und Bauvertragsrechts unterworfen bleibt. Durch § 650p BGB nF werden erstmals vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen gesetzlich definiert. Dabei unterstreicht der Gesetzgeber die stufenweise zu erbringenden Leistungen des Architekten und Ingenieurs. In der ersten Leistungsphase sind gemäß § 650p Abs 2 BGB nF die Planungsziele zu definieren, welcher Art das zu beschaffende Bauwerk sein soll, für das er den werkvertraglichen Erfolg schuldet. Schon diese erste Planungsphase ist aber vergütungspflichtig. So wird der umstrittene Bereich der unentgeltlichen Akquise verringert.

2.4.2. Einseitiges Anordnungs- und Sonderkündigungsrecht, Teilabnahmen und Haftungserleichterungen

Da im Architekten- und Ingenieurvertrag künftig auch die Vorschriften der §§ 632 – 650 BGB nF sowie der §§ 650b, 650e – 650h BGB nF entsprechend gelten, besteht auch hier ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB nF. Allerdings soll für die der Anordnung folgende Vergütungsanpassung nach § 650q Abs 2 BGB nF in erster Linie nicht § 650c BGB nF, sondern das Preisrecht der HOAI Anwendung finden. Sofern die HOAI nicht gilt, ist § 650c BGB nF maßgebend.

Mit § 650r BGB ist ein sogenanntes Sonderkündigungsrecht, sowohl für den Besteller (Abs 1) als auch für den Unternehmer (Abs 2) eingeführt worden. Nach der Vorlage von erstellten Unterlagen durch den Planer gemäß § 650p Abs 2 BGB nF kann der Besteller den Vertrag kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn er in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet wurde. Der Planer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650p Abs 2 Satz 2 BGB nF setzen. Er kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung verweigert oder innerhalb der Frist nach § 650p Abs 2 Satz 2 BGB nF keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt. Damit soll den Parteien möglichst früh die Möglichkeit gege-

ben werden, sich wieder vom Vertrag zu lösen, und zwar ohne, dass dem Unternehmer für die noch nicht erbrachten Leistungen ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zusteht (§ 650r Abs 3 BGB nF).³⁴

Mit § 650s BGB nF wird auch für den Architekten und Ingenieur das Recht auf eine Teilabnahme eingeführt, wenn die letzte Leistung des ausführenden Unternehmens abgenommen ist. Damit wird den stark auseinanderfallenden Verjährungsfristen zwischen bauausführenden Unternehmen, Architekten und Ingenieuren, die auch mit der Objektbetreuung betraut sind, entgegen gewirkt. Eine Folge hieraus kann sein, dass der Gesamtschuldnerausgleich mit dem bauausführenden Unternehmen bereits verjährt sein kann, wenn der Architekt wegen eines Überwachungsmangels in Anspruch genommen wird.

Mit der Neuregelung des § 650t BGB wird schließlich die vermeintlich überproportionale Belastung der Architekten und Ingenieure durch die gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer reduziert. Danach kann der Planer seine Inanspruchnahme verweigern, wenn der Besteller nicht zuvor den Bauunternehmer zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung aufgefordert hat. Bisher konnte der Besteller den Haftungspartner hier frei wählen; künftig soll zunächst der Bauunternehmer haften.³⁵

2.4.3. Besondere Regelung bei Bauverträgen mit Verbrauchern

Mit den §§ 650i bis 650n BGB nF werden erstmals eigenständige Regelungen für den sogenannten Verbraucherbaupvertrag in das Gesetz aufgenommen.³⁶ Gegenüber Verbrauchern muss nach § 650j BGB nF vom Unternehmer eine Baubeschreibung erstellt werden, deren Angaben zum Vertragsinhalt werden. Auslegungszweifel gehen nach § 650k Abs 2 BGB nF zu Lasten des Unternehmers. Ferner muss ein Fertigstellungszeitpunkt oder mindestens die Ausführungsdauer benannt werden. Der Verbraucher kann bei nicht notariell beurkundeten Bauverträgen nach § 650l BGB nF seine Vertragserklärung widerrufen. Er muss eine Widerrufsbelehrung erhalten, um die Widerrufsfrist nach § 355 BGB in Lauf zu setzen. Dafür wird ein gesetzliches Muster als Anlage 10 zu Art 249 § 3 EGBGB geschaffen, dessen unveränderte Verwendung sich dringend empfiehlt. Nach § 650m BGB nF darf der Unternehmer durch Abschlagsrechnungen nur 90 % der Gesamtver-

32 Vgl nur BGH 24.6.2004 – VII ZR 259/02, BGHZ 159, 376.

33 BT-Drucks 18/11437, BT-Drucks 18/8486, 77.

34 Vgl zu allem *Leinemann*, aaO, 3119.

35 *Leinemann*, aaO.

36 Mit den Neuregelungen werden die Vorgaben der RL 2011/83/EU vom 25.10.2011 (ABl 2011 L 304) umgesetzt.

gütung berechnen. Er muss dem Verbraucher eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung stellen. Dem Unternehmer steht nach § 650n BGB nF kein Zurückbehaltungsrecht an von ihm erstellten Planungsunterlagen zu, die der Verbraucher zur Vorlage bei Behörden benötigt. Von den §§ 640 Abs 2 Satz 2, 650i – l, 650n BGB nF kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, so § 650o BGB nF.³⁷

2.5. Bauträgervertrag (Untertitel 3)

Das Bauträgervertragsrecht ist in den §§ 650u – 650v BGB nF geregelt.

Durch das neue Bauvertragsrecht gibt es keine grundlegende Neuordnung des Bauträgervertragsrechts. Vielmehr gibt es durch die Gesetzesreform lediglich notwendige Klarstellungen und Anpassungen des Bauträgervertragsrechts an das geänderte Recht des Bauvertrags und des Verbrauchervertrags.³⁸

In § 650u Abs 1 BGB nF wird die bisher in § 632a Abs 2 BGB aF zu findende Definition des Bauträgervertrags übernommen und ergänzend geregelt, dass hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus die Vorschriften des Werkvertragsrechts (Untertitel 1) Anwendung finden.

§ 650u Abs 2 BGB nF bestimmt, welche Vorschriften des Werkvertragsrechts keine Anwendung auf den Bauträgervertrag finden. Nicht anzuwenden sind beispielsweise die Kündigungsrechte nach den §§ 648 f BGB nF oder die Anordnungsrechte nach den §§ 650b – 650d BGB nF.

2.6. Das Übergangsrecht

Art 229 § 39 EGBGB ist zentrale Übergangsvorschrift des BauVG und regelt, dass auf ein Schuldverhältnis, das vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, die Vorschriften dieses Gesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung Anwendung finden.

Daraus folgt, dass das neue Bauvertragsrecht nur auf solche Bauverträge anwendbar ist, die nach dem 1.1.2018 geschlossen wurden. Auf Bauverträge, die vor dem 1.1.2018 geschlossen wurden, findet weiterhin das alte Recht Anwendung.

2.7. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes

Durch das BauVG wurde zum 1.1.2018 auch das Gerichtsverfassungsgesetz geändert.

In § 71 Abs 2 GVG wird der Katalog von Verfahren, für die das Landesgericht unabhängig vom Streitwert zuständig ist, in Nr 5 um Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB bzw um die Höhe der Mehr- oder Mindervergütung nach § 650c BGB erweitert. Zudem sind die Landgerichte fortan verpflichtet, gemäß § 72a Nr 2 GVG je nach Größe eine oder mehrere Zivilkammern für Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen zu bilden, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen. Dies gilt sinngemäß auch für die Oberlandesgerichte nach § 119a Nr 2 GVG, mit dem Unterschied, dass keine Zivilkammern, sondern spezielle Zivilsenate gebildet werden.

Zusammenfassung

Mit der Neuregelung des Deutschen Bauvertragsrechts werden sich viele in der Praxis wichtige Aspekte für ab 2018 abgeschlossene Verträge verändern. Zwar rückt das Deutsche Bauvertragsrecht näher an die Bestimmungen der VOB/B heran. Teilweise werden sie jedoch nur modifiziert oder gänzlich konterkariert. Ein Besteller kann künftig nicht nur einfach Änderungen anordnen, er wird mit seinem Vertragspartner 30 Tage lang eine Einigung anstreben müssen, eine Planung vorlegen und sich mit einem darauf basierenden Angebot des Unternehmers befassen müssen. Unternehmer wiederum müssen ihre Nachtragsangebote sorgfältig kalkulieren,

weil sie nur aus diesem Angebot später im Streitfall eine Abschlagsforderung von 80 % beanspruchen können. Zwar können beide Parteien künftig ihre Meinungsverschiedenheiten per einstweiliger Verfügung klären lassen. Ob dies eine gangbare Variante zu kooperativen Abwicklung eines Bauvertrages ist, bleibt jedoch offen. Abgesehen davon setzen dann die Gerichte im einstweiligen Rechtsschutz die Preise fest und/oder bestätigen Zahlungsansprüche.

Korrespondenz:

RA Dr. Thomas Hildebrandt,
thomas.hildebrandt@leinemann-partner.de

37 Leinemann, aaO.

38 BT-Drucks 18/8486, 27.