

Das neue Bauvertragsrecht 2018

B a c h e l o r a r b e i t

**an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),
Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen
zum Erwerb des Hochschulgrades
Bachelor of Laws (LL.B.)**

**vorgelegt von
Kerstin Weißgerber
aus Pockau-Lengefeld**

Meißen, 25.03.2019

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	III
1 Einleitung	1
2 Ausgangslage und Reformziele	2
3 Systematik im BGB.....	5
4 Bauvertrag.....	6
4.1 Definition des Bauvertrags, § 650a BGB	6
4.2 Analyse der einzelnen Regelungen	7
4.2.1 Änderungen und Anordnungsrecht, § 650b BGB.....	7
4.2.2 Vergütungsanpassung, § 650c BGB.....	10
4.2.3 Einstweilige Verfügung, § 650d BGB.....	12
4.2.4 Zustandsfeststellung und Schlussrechnung, § 650g BGB.....	13
4.2.5 Schriftform der Kündigung, § 650h BGB.....	15
4.3 Allgemeine Regelungen des Werkvertragsrechts	16
4.3.1 Abschlagzahlungen, § 632a BGB.....	16
4.3.2 Abnahmefiktion, § 640 Abs. 2 BGB	17
5 Verbraucherbauvertrag.....	18
5.1 Definition des Verbraucherbauvertrags, § 650i BGB.....	19
5.1.1 Baubeschreibung, § 650j BGB	21
5.1.2 Inhalt des Vertrages, § 650k BGB	21
5.1.3 Widerrufsrecht, § 650l BGB	23
5.1.4 Abschlagszahlungen, Absicherung des Vergütungsanspruchs § 650m BGB...	24
5.1.5 Erstellung und Herausgabe von Unterlagen, § 650n BGB	25
5.2 Unabdingbarkeit, § 650o BGB	27
6 Bewertung der Reform	28
6.1 Betrachtung der Ziele	28
6.2 Betrachtung einzelner Regelungen.....	29
6.2.1 Kritik zur Neuregelung der Abnahmefiktion.....	29
6.2.2 Überlegungen zum Änderungsbegehren	30
6.2.3 Einwände zum Berechnungsmodus der Vergütungsanpassung	32
6.2.4 Beurteilung der Möglichkeit einer Einstweiligen Verfügung.....	33
6.2.5 Einschränkungen beim Verbraucherschutz	34
6.2.6 Auffälligkeiten beim Widerrufsrecht	35
6.2.7 Erläuterung zur Herausgabepflicht von Bauplanungsunterlagen	36
6.3 Ausblick zu Auswirkungen auf die VOB/B.....	37
Thesen	41
Anhang	V
Literaturverzeichnis.....	XX
Rechtsprechungsverzeichnis	XXII
Rechtsquellenverzeichnis	XXII
Eidesstattliche Versicherung.....	XXIII

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Erläuterung
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ARGE Baurecht	Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht
Az.	Aktenzeichen
BauVG	Bauvertragsgesetz - Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BT	Bundestag
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsschluss für Bauleistungen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HAA	Hauptausschuss Allgemeines
i.S.v. / i.S.d.	im Sinne von / im Sinne des/der
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Rn.	Randnummer
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/B	Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
ZPO	Zivilprozessordnung

1 Einleitung

Erstmalig wird das Bauvertragsrecht als eigenes Rechtsgebiet normiert: Der Bundestag hat am 28. April 2017 das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts¹ verabschiedet. Mit der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 4. Mai 2017 wurde es verkündet.² Am 1. Januar 2018 trat das Gesetz in Kraft, Art. 10 BauVG, und findet Anwendung auf alle Schuldverhältnisse, die ab diesem Zeitpunkt geschlossen werden, Art 2 Nr. 1 BauVG.³

In der vorliegenden Arbeit werden zu Anfang die Gründe der Gesetzesreform dargelegt und die Zielsetzung der Reform aufgezeigt.

Anschließend werden die neu eingeführten Vorschriften des Bauvertragsrechts vorgestellt. Auf eine Darstellung der übrigen Regelungen des Reformgesetzes, insbesondere zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung sowie zum Grundbuch- oder Schiffsregisterverfahren wird verzichtet. Das Gesetz enthält zudem Vorschriften zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes, die in der vorliegenden Arbeit ebenfalls nicht thematisiert werden.

Im ersten Teil der vorliegenden Arbeit wird die grundlegende neue Vertragsform des Bauvertrags erläutert. Anschließend werden die ihr zugehörigen Regelungen analysiert. Verzichtet wird dabei auf die Regelungen zur Sicherungshypothek des Bauunternehmers und zur Bauhandwerksicherung, da diese Vorschriften bereits weitgehend bestanden, in Folge der Reform aber systematisch ins Kapitel des Baurechts eingegliedert wurden. Es folgen Ausführungen zu den Bestimmungen der Abschlagszahlung und der Abnahmefiktion, die Bestandteil des allgemeinen Werkvertragsrechts sind. Sie stehen in engem Zusammenhang zum Bauvertragsrecht und haben diesbezüglich relevante Änderungen erfahren. Danach werden die Vorschriften zum Verbraucherbauvertrag betrachtet, der ebenfalls eine neue Vertragsform begründet.

Als ein Resultat der Arbeit konnten zwei Handreichungen erstellt werden, die sich im Anhang befinden. Zum einen ein Überblick zum Verbraucherbauvertrag im Anhang 7 und zum anderen eine Zusammenfassung des Bauvertragsrechts, inklusive der Besonderheiten des Verbraucherbauvertrages, in Form einer 10-Punkte-Übersicht im Anhang 11.

¹ Vollständiger Titel: Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren. Zur Vereinfachung als Bauvertragsgesetz, abgekürzt BauVG, oder als Bauvertragsrecht bezeichnet.

² BGBl. I 2017, S.969 ff.

³ Das bedeutet beispielsweise für einen Bauvertrag, der im Dezember 2017 geschlossen wird, gilt das bisherige Recht, auch wenn er erst im Jahr 2018 erfüllt wird. Für Bauverträge, die ab 1. Januar 2018 geschlossen werden, gilt das neue Recht.

Nicht eingegangen wird auf die neuen Vertragsformen des Architekten- und Ingenieurvertrages. Ebenso ist der Bauträgervertrag kein Bestandteil der vorliegenden Arbeit. Für dessen Regelungen wird zukünftig eine weitere grundlegende Reform erhofft.⁴

Der zweite Teil der Arbeit befasst sich mit der Bewertung der Reform hinsichtlich der Zielerreichung und der kritischen Auseinandersetzung mit einzelnen neuen Vorschriften des Werkvertragsrecht, des Bauvertragsrecht und des Verbraucherbauvertragsrecht.

Schlussendlich wird ein Ausblick gegeben, welche Auswirkungen die gesetzliche Reform möglicherweise auf die VOB/B hat. Dazu lassen sich zum Zeitpunkt der Arbeit nur Vermutungen anstellen, dennoch ist es ein bereits jetzt hochumstrittenes Thema in der Fachwelt. Nicht zuletzt wie sich die, Recht und Gesetz verpflichtete, öffentliche Bauverwaltung verhalten soll, wirft Fragen auf.

2 Ausgangslage und Reformziele

Die Relevanz einer Reform zum Bauvertragsrecht begründet sich in der Tatsache, dass die Baubranche einer der größten Wirtschaftszweige der Bundesrepublik Deutschland ist.⁵

Im Jahr 2017 gab es in Deutschland rund 75.000 Betriebe des Bauhauptgewerbes, von denen sich neben Tiefbau, Straßenbau sowie Brücken- und Tunnelbau rund 19.000 Betriebe hauptsächlich mit dem Bau von Gebäuden beschäftigen.⁶ In den 10 Jahren zwischen 2007 und 2017 sind die Baugenehmigungen bundesweit im Bereich des Fertigteilbaus als Neubau von rund 13.000 auf ca. 21.000 gestiegen.⁷ Korrespondierend dazu war die Anzahl privater Haushalte als Bauherren von Wohngebäuden 2007 noch bei rund 11.000, im Jahr 2017 hingegen schon bei etwa 18.000.⁸ Diese statistischen Daten zeigen beispielhaft die Bedeutung der Baubranche in der Bundesrepublik Deutschland und das Wachstum privater Wohnbauaufträge.

Neben der Größe dieses Wirtschaftszweigs, entwickelt sich auch die Bautechnik stetig weiter. Das Baurecht ist eine komplexe, schwer zu überblickende Spezialmaterie ge-

⁴ Kniffka in Kniffka, Rolf; Retzlaff, Björn: Das neue Recht nach dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung und zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes (BauVG), „baurecht“ (BauR), Heft 10a, 48. Jahrgang, Oktober 2017, S. 1747 – 1900, S. 1749.

⁵ Bundestag: Drucksache 18/8486 Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, 18. Mai 2016, S. 1.

⁶ Statistisches Bundesamt: Statistik 44231 Ergänzungserhebung im Bauhauptgewerbe, Statistik 44231-0001 Betriebe, 2017, Wiesbaden.

⁷ Statistisches Bundesamt : Tabellenaufbau 31111-0005 Baugenehmigungen im Fertigteilbau (Neubau), 2017, Wiesbaden.

⁸ Ebd.

worden. Resultierend aus der fehlenden spezialgesetzlichen Grundlage, ist dies auch an der umfangreich ergangenen Rechtsprechung zum Thema ersichtlich.⁹

Bislang war der Bauvertrag gesetzlich allein mit den Regelungen des Werkvertragsrechts des BGB erfasst. Das bisherige Werkvertragsrecht ist allerdings sehr allgemein gehalten. Es regelt sämtliche Werkleistungen auf die gleiche Weise, unabhängig davon, ob diese in einem längeren Prozess und komplexeren Umfeld herzustellen sind oder ob eine einfache Werkleistung im punktuellen Leistungsaustausch erbracht wird. So umfasste es Verträge, die die Leistung einer Schuhreparatur oder eines Haarschnitts schulden, genauso wie Verträge über weit umfangreichere Leistungen, wie beispielsweise die Errichtung eines schlüsselfertigen Hochhauses.¹⁰

Im Gegensatz zum allgemeinen Werkvertrag wird der Bauvertrag jedoch als Langzeitvertrag mit beiderseitigen Kooperationspflichten angesehen.¹¹ „Für die komplexen, auf eine längere Vertragslaufzeit angelegten Bauverträge sind die Regelungen des bisherigen Werkvertragsrechts häufig nicht detailliert genug. [Bisher waren] wesentliche Fragen des Bauvertragsrechts [...] nicht gesetzlich geregelt, sondern der Vereinbarung der Parteien und der Rechtsprechung überlassen.“¹²

Das Recht des Bauvertrages ist heute weitgehend durch die Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) bestimmt. Teil B der VOB¹³ enthält Regelungen, die das Baugeschehen detailliert abbilden. Für den öffentlichen Auftraggeber ist die VOB als Dienstanweisung anzusehen und verpflichtend anzuwenden. Sie ist jedoch weder ein Gesetz noch eine Rechtsverordnung, sondern eine privat geschaffene Vergabe und Vertragsordnung, die ihrer Rechtsnatur nach als Allgemeine Geschäftsbedingung einzuordnen ist.¹⁴ Ihre Anwendung unterliegt, außerhalb der öffentlichen Hand, gemäß der Privatautonomie der Freiwilligkeit.¹⁵ Die häufige Verwendung der VOB begründet sich in der Tatsache, dass das BGB-Bauvertragsrecht in Form des Werkvertragsrechts a. F. gerade „für viele praktische wichtige Fragen des Bauvertrages, die sich im Zusammenhang mit der Erstellung des Werkes und nachträglichen Leistungsänderungen sowie bei Mängeln und Verzögerungen während laufender Arbeiten stellen, [...] keine vollständig befriedigenden Lösungen vor[hält]“. ¹⁶ Die Vereinbarungen der VOB können dazu Abhilfe leisten.

⁹ BT Drucksache 18/8486, S. 1.

¹⁰ Lenkeit in Dammert, Bernd; Lenkeit, Olaf; Oberhauser, Iris; Pause, Hans-Egon; Stretz, Anna: Das neue Bauvertragsrecht. München, Verlag C.H.Beck oHG, 2017, § 1 Rn. 12.

¹¹ BGH Urt. v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94, Rn. 10.

¹² BT Drucksache 18/8486, S. 1.

¹³ Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.

¹⁴ BGH Urt. v. 22.1.2004 Akz.: VII ZR 419/02.

¹⁵ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Säcker, Franz Jürgen et al. (Hrsg.), 7. Auflage, Band 5/1 Schuldrecht – Besonderer Teil III/1; Bearbeiter Busche, Jan; München, Verlag C.H. Beck oHG, 2018, § 650a Rn. 22.

¹⁶ MüKoBGB / Busche § 650a Rn. 22.

Die Vertragsparteien kommen in der Praxis mit den Instrumentarien, die VOB zur Vertragsgrundlage zu machen oder umfangreiche Vertragswerke abzuschließen, zwar grundsätzlich zurecht, es fehlt aber an einem definierten gesetzlichen Leitbild des Bauvertrages, vor allem für die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle der vertraglichen Regelungen.¹⁷

Dem Bauvertrag liegt der besondere Charakter zugrunde, dass der Leistungsaustausch über einen längeren Zeitraum erfolgt und die Leistung außerdem einen erheblichen monetären Wert aufweist. Dies bewirkt auf Unternehmenseite eine belastende Vorleistungspflicht mit dem Interesse daran, dass der Besteller Sicherheiten für erbrachte Leistungen gewährt. Andererseits ergibt sich auf Seiten des Bestellers, resultierend aus der zeitlichen Dimension des Bauvertrages, häufig der Wunsch, den ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang durch nachträgliche Änderungen abzuändern.¹⁸ Diese Möglichkeiten bestanden nach den alten Regelungen nicht, werden aber durch das neue Bauvertragsrecht realisiert.

Ziel ist es durch klare gesetzliche Vorgaben eine „interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen“¹⁹ zu ermöglichen. Dabei soll die Sicherheit und Transparenz hinsichtlich Vorbereitung, Planung und Durchführung für die Bauherren als auch für die Bauunternehmen gestärkt werden.

Für Bauverträge fehlten bisher besondere Verbraucherschutzvorschriften, wie es sie in anderen Rechtsgebieten²⁰ gibt. Mit der Reform wird nunmehr auf die besondere Situation von privaten Bauherren eingegangen, bei denen die Durchführung eines Bauvorhabens weiteren Risiken unterliegt. So wird häufig ein wesentlicher Teil der wirtschaftlichen Ressourcen aufgewendet um sich den „Traum vom Haus“ zu erfüllen. „Unerwartete Mehrkosten durch eine nicht rechtzeitige Fertigstellung des Baus oder die Insolvenz des beauftragten Bauunternehmens haben für den Verbraucher gravierende Auswirkungen.“²¹

Um den gesamten oben genannten Besonderheiten des Bauvertragsrechts zu begegnen und eine Lösung der beschriebenen Probleme zu erreichen, wurden mit der Gesetzesreform spezielle Regelungen für den Bauvertrag, den Verbraucherbauvertrag, den Architekten- und Ingenieurvertrag sowie den Bauträgervertrag in das Werkvertragsrecht des BGB eingefügt.²²

¹⁷ Lenkeit in Dammert et al. 2017, § 1 Rn. 12.

¹⁸ MüKoBGB / Busche § 650a Rn. 3.

¹⁹ BT Drucksache 18/8486, S. 1.

²⁰ Bsp.: Regelungen zu unbestellter Leistung, § 241a BGB, Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB, Verbraucherdarlehensverträge, §§ 491 ff. BGB.

²¹ BT Drucksache 18/8486, S. 1.

²² BT Drucksache 18/8486, S. 2.

Insbesondere folgende Regelungen berücksichtigen den auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag: Die Einführung eines Anordnungsrechts des Bestellers einschließlich Vorgaben zur Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen, die Änderung und Ergänzung der Regelungen zur Abnahme sowie die Normierung einer Kündigung aus wichtigem Grund.²³

Speziell für Bauverträge von Verbrauchern werden darüber hinaus folgende Bestimmungen festgelegt: Die Baubeschreibungspflicht des Unternehmers, die Pflicht eine verbindliche Vereinbarung über die Bauzeit zu treffen, das Recht des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags und die Einführung einer Obergrenze für Abschlagszahlungen.²⁴

3 Systematik im BGB

„Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Bauvertragsrecht eine grundlegende Novellierung und Ergänzung der werkvertraglichen Vorschriften vorgenommen und die allgemeinen, weiterhin geltenden Vorschriften des Werkvertragsrechts um spezielle Regelungen ergänzt.“²⁵

Gesetzestechisch wurde wie folgt vorgegangen: Titel 9 des 8. Teils des 2. Buchs des BGB mit der Bezeichnung „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ bestand bisher nur aus den beiden Untertiteln „Werkvertrag“ und „Reisevertrag“²⁶. Nunmehr besteht er aus vier Untertiteln, wobei der Untertitel 1 „Werkvertrag“ wiederum vier Kapitel enthält.

Das neue Bauvertragsrecht hat spezielle Regelungen für den Bauvertrag, den Verbraucherbauvertrag, den Architekten- und Ingenieurvertrag sowie den Bauträgervertrag in das Werkvertragsrecht des BGB aufgenommen. Aus der Systematik wird deutlich, dass das Gesetz Werkverträge im Sinne des § 631 BGB, den Bauvertrag und den Verbraucherbauvertrag als Werkverträge behandelt. Wohingegen Architekten- und Ingenieurverträge sowie der Bauträgervertrag als eigenständige Vertragstypen neben dem Werkvertrag stehen und es sich um Werkvertrag ähnliche Verträge handelt.²⁷

Der Bauvertrag und auch der Verbraucherbauvertrag erfahren zwar eine systematische Verselbstständigung im „Kapitel 2 – Bauvertrag“ und „Kapitel 3 – Verbraucherbauvertrag“, dennoch wird durch die Verklammerung mit den allgemeinen Vorschriften des Kapitels 1 im „Untertitel 1 –Werkvertrag“ die rechtliche Einordnung beider Vertragstypen als Erscheinungsform des Werkvertrags unterstrichen. Das kommt auch im Wort-

²³ BT Bundesdrucksache 18/8486, S. 2.

²⁴ Ebd.

²⁵ Hebel, Johann Peter: Das neue BGB-Bauvertragsrecht – Textausgabe mit Einführung, Gesetzesmaterialien und Erläuterungen zu den wichtigsten Neuerungen. Köln, Bundesanzeiger Verlag GmbH, 2018, S. 5.

²⁶ Ein „werkähnlicher Vertrag“ war damit bisher lediglich der Reisevertrag.

²⁷ Kniffka in „baurecht“ 2017, S. 1748.

laut von § 650a Abs. 1 S. 2 BGB sowie § 650i Abs. 3 BGB zum Ausdruck, wenn es dort heißt, dass auf den Bauvertrag sowie den Verbraucherbauvertrag „ergänzend“ die Vorschriften des jeweiligen Kapitels anzuwenden seien.²⁸

Im Anhang 1 findet sich ein Überblick zum Inhalt des Titels 9 und Anhang 2 zeigt eine Darstellung zum systematischen Aufbau des Titels 9.

4 Bauvertrag

„Im [neuen] ‚Kapitel 2 [Bauvertrag]‘ werden die bisher in Untertitel 1, den Regelungen zum Werkvertrag, verstreuten Vorschriften zum Bauvertrag zusammengefasst und um weitere Vorschriften ergänzt.“²⁹ Neu in das Kapitel aufgenommen werden eine Definition des Bauvertrags (§ 650a BGB), Regelungen zum Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB), sowie Vorgaben für die Preisberechnung bei Mehr oder Minderleistung (§ 650c BGB). Die Vorschriften der bisherigen §§ 648 Abs. 1, 648a BGB a.F. zur Sicherungshypothek des Bauhandwerkers und zur Bauhandwerksicherung werden weitgehend unverändert in den §§ 650d, 650e BGB übernommen. In § 650f BGB werden Regelungen über die Zustandsfeststellung in dem Fall, dass die Abnahme verweigert wird, getroffen. In § 650h BGB wird zudem ein generelles Schriftformerfordernis für die Kündigung von Bauverträgen eingeführt.³⁰

4.1 Definition des Bauvertrags, § 650a BGB

Die Neuregelung enthält eine Legaldefinition für den Bauvertrag. Diese erfolgt, entsprechend der Gesetzesbegründung, aufbauend auf der bisherigen Rechtsprechung.³¹ Unter den Begriff des Bauvertrages fällt nach § 650a Abs. 1 S. 1 BGB ein „Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teils davon.“

Angeknüpft wird an den Begriff des „Bauwerkes“, wie er im § 634a Absatz 1 Nr. 2 BGB verwendet wird und zu dessen Auslegung die ergangene Rechtsprechung zu dieser Norm bzw. der Vorgängernorm § 638 BGB a.F. herangezogen werden kann.³² Ein Bauwerk ist danach „eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“³³, wobei „auf und unter der Erdoberfläche errichtete Werke“³⁴, d.h. Hoch- und Tiefbau, erfasst werden. Unbeweglich ist die Sache, wenn sie, sei es auch lediglich wegen Größe und Gewicht, nur mit grö-

²⁸ MüKoBGB / Busche § 650a Rn. 5.

²⁹ BT Drucksache 18/8486, S. 52.

³⁰ Ebd.

³¹ Ebd.

³² BT Drucksache 18/8486, S. 53.

³³ BGH Urt. v. 16.9.1971 – VII ZR 5/70.

³⁴ Ebd.

ßerem Aufwand vom Grundstück getrennt werden kann.³⁵ Die sachenrechtliche Einordnung gemäß §§ 93 ff. BGB ist dabei nicht entscheidend.³⁶

Eine Außenanlage wird durch grundstücksbezogene Arbeiten gestaltet. Hierunter fallen Erdarbeiten, Pflanzarbeiten, Rasenarbeiten, landschaftsgärtnerische Entwässerungs- und vegetationstechnische Arbeiten durch Unternehmer des Garten-, Landschafts- und Sportplatzbaues.³⁷

Die mit der Definition umfassten Tätigkeiten betreffen die Herstellung, d.h. eine vollständige Neuerrichtung, die Wiederherstellung, d.h. Maßnahmen von wesentlicher Bedeutung, die das Bauwerk wieder in einen zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand versetzen, die Beseitigung, d.h. der vollständige Abriss eines Bauwerkes und der Umbau, d.h. die Umgestaltung unter wesentlichem Eingriff in die Konstruktion und/oder den Bestand.³⁸ Diese Leistungen beziehen sich ebenso auf Teilarbeiten an Bauwerk oder Außenanlage.

Bei Vorliegen eines Bauwerkes, nicht jedoch einer Außenanlage, finden die Vorschriften des Bauvertrages auch bei der Leistung der Instandhaltung Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 350a Abs. 2 BGB vorliegen. Unter Instandhaltung fallen alle objektbezogenen Maßnahmen, die der Erhaltung eines zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands des Objektes dienen. Es handelt sich um Reparatur- und Erneuerungsmaßnahmen.³⁹

Die Abbildung im Anhang 3 fasst die in der Definition enthaltenen Kernbegriffe und deren Anwendungsbereich in Abgrenzung zum Werkvertrag nach §§ 631 ff BGB zusammen.

4.2 Analyse der einzelnen Regelungen

4.2.1 Änderungen und Anordnungsrecht, § 650b BGB

§ 650b BGB regelt die Änderung des Leistungsinhaltes eines Bauvertrages und stellt damit eine zentrale Norm des neuen Rechts dar. Bei dem auf längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag mit komplexem Baugeschehen können während der Ausführung des Baus Veränderungen eintreten.⁴⁰ Es kann nach Vertragsabschluss eine Anpassung der ursprünglich vorgesehenen Leistungen an veränderte Umstände erforderlich werden.⁴¹

³⁵ Palandt: Beck'sche Kurzkommentare Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Neubearbeitete Auflage, München, Verlag C.H.Beck oHG, 2019, Bearbeiter: Sprau, Hartwig § 350a Rn. 3.

³⁶ BGH Ur. v. 20.05.2003 – X ZR 57/02.

³⁷ Palandt / Sprau BGB § 350a Rn. 7.

³⁸ Palandt / Sprau BGB § 350a Rn. 4.

³⁹ Palandt / Sprau BGB § 350a Rn. 9.

⁴⁰ BT Drucksache 18/8486, S. 53.

⁴¹ Palandt / Sprau BGB § 350b Rn. 2.

Bisher gab es für die Umsetzung einer einseitigen Leistungsänderung im BGB-Werkvertragsrecht keine gesetzliche Regelung. Im Rahmen der VOB/B hingegen stehen mit § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B die Möglichkeit des Bestellers nach Vertragsabschluss einseitig den Vertragsinhalt zu verändern und mit § 2 Abs. 5, 6, 7 VOB/B Regelungen zu den vergütungsrechtlichen Folgen einer derartigen Änderung zur Verfügung.⁴² Das Bauvertragsrecht schafft mit § 650b BGB nun eine gesetzlich geregelte Grundlage.

Die Norm unterteilt sich zunächst, an der Wortwahl ersichtlich, in das Begehren einer Änderung durch den Besteller, Absatz 1, und das einseitige Anordnungsrecht der Änderung durch den Besteller, Absatz 2. Des Weiteren werden im Absatz 1 zwei Formen der Vertragsänderung unterschieden: Nr. 1 die Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (so genannte „gewillkürte Änderung“⁴³) und Nr. 2 die Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (so genannte „notwendige Änderung“⁴⁴).⁴⁵

Bei beiden Änderungen ist es das Ziel des Gesetzgebers auf die Einigung, d.h. auf das Einvernehmen der Vertragsparteien hinzuwirken, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Dies ist im Interesse beider Parteien, um die weitere Zusammenarbeit nicht durch Streit zu belasten. Wesentlicher Bestandteil einer einvernehmlichen Lösung muss es auch sein, dass sich die Parteien über die aus dem Veränderungswunsch resultierende Vergütungsänderung einigen. Um dies zu erreichen, ist der Unternehmer verpflichtet ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, § 650b Abs. 1 S. 2 BGB.⁴⁶

Für die Verhandlung über Inhalt und Umfang der Leistungsänderung wird eine zeitliche Grenze von 30 Tagen (gemeint sind Kalendertage⁴⁷, die Berechnung erfolgt nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1 BGB⁴⁸) festgelegt. Um den Fortgang des Baugeschehens nicht zu verzögern, beginnt die Frist mit Zugang des Änderungsbegehrens des Bestellers und nicht mit Zugang des Angebots des Unternehmers über Mehr- oder Mindervergütung.⁴⁹ Erzielen die Parteien innerhalb der Frist keine Einigung oder steht vorher für beide Parteien fest, dass ein Einvernehmen nicht zu erreichen sein wird⁵⁰, kann der Besteller, die von ihm gewünschte Änderung einseitig anordnen, § 350b Abs. 2 S. 1 BGB.

⁴² Hebel 2018, S. 129.

⁴³ Retzlaff 2017, S. 1784.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ Wenkebach, Stefan: Das neue Bauvertragsrecht – Schnelleinstieg, Heidelberg/München, rehm, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2017, S. 66.

⁴⁶ BT Drucksache 18/8486, S. 53.

⁴⁷ Hebel 2018, S.130.

⁴⁸ Palandt / Sprau BGB § 650b Rn. 10.

⁴⁹ Wenkebach 2017, S. 66.

⁵⁰ Hebel 2018, S. 130; Retzlaff 2017, S. 1790.

Für das Anordnungsrecht ist die Textform (§ 126b BGB) vorgeschrieben, folglich sind Telefax oder E-Mail ausreichend. „Das Textformerfordernis hat klarstellende Funktion und dient der Beweisbarkeit der Anordnung.“⁵¹ Bei Nichteinhaltung liegt Nichtigkeit gemäß § 125 BGB vor.

Der Unternehmer ist verpflichtet der Anordnung nachzukommen, § 650b Abs. 2 S. 2 1. HS BGB. Sowohl bei der Pflicht des Unternehmers ein Angebot über Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, als auch bezüglich der Verpflichtung der Anordnung Folge zu leisten besteht allerdings eine Einschränkung bei den so genannten gewillkürten Änderungen (Änderung des Werkerfolges gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB): die (Un-)Zumutbarkeit. Wann die Änderungsausführung die Zumutbarkeitsgrenze des Unternehmers überschreitet, wird im Einzelfall zu entscheiden sein.⁵² Zumutbarkeitskriterien sind beispielsweise technische Möglichkeiten, Qualifikation und betriebsinterne Vorgänge des Bauunternehmers. Abzuwägen ist zwischen dem Interesse des Bestellers an der geänderten Leistung gerade durch den Unternehmer, an den er in diesem Stadium der Abwicklung des Bauvertrags gebunden ist und den Interessen des Unternehmers, nur die bereits beauftragte Leistung ausführen zu müssen.⁵³

Der Einwand der Unzumutbarkeit steht dem Unternehmer nicht zur Verfügung, wenn es sich um notwendige Änderungen nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB handelt. In einem solchen Fall besteht die Leistungspflicht ohnehin vor dem Hintergrund des funktionalen Mangelbegriffs, denn ein Unternehmer ist aufgrund des geschlossenen Werkvertrages zur Herstellung eines funktionstauglichen und zweckentsprechenden Bauwerks verpflichtet. Dies gilt auch, wenn sich die Funktionstauglichkeit mit der im Vertrag vereinbarten Ausführungsart nicht erreichen lässt und daher weitere oder geänderte Leistungen erforderlich sind.⁵⁴

„Kommt der Unternehmer der für ihn zumutbaren Anordnung nicht nach, ist seine Werkleistung bereits aus diesem Grund mangelhaft, da sie dann nicht die vereinbarte Beschaffenheit besitzt.“⁵⁵ Dies folgt aus der Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts, § 633 Abs. 2 BGB.

Zusammenfassend lässt sich folgendes festhalten: Durch die mit den Änderungsverhandlungen verbundene Verzögerungen des Bauablaufes entstehen unter Umständen für Besteller und Unternehmer hohe Folgekosten und ein erheblicher Mehraufwand. Die §§ 650b bis 650d wollen deshalb eine rasche Einigung der Parteien fördern, indem ein bestimmter Ablauf vorgegeben wird: Änderungsbegehren – Planung – Angebot –

⁵¹ Wenkebach 2017, S. 66.

⁵² Hebel 2018, S. 129.

⁵³ BT Drucksache 18/8486, S. 54.

⁵⁴ BGH Urteil v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98.

⁵⁵ Hebel 2018, S. 130.

Einigungsversuch – Anordnungsrecht.⁵⁶ Im Folgenden werden die mit dem Anordnungsrecht des § 650b BGB in Verbindung stehenden § 650c BGB, zur Vergütungsanpassung, und § 650d BGB, zur Einstweiligen Verfügung, erläutert.

4.2.2 Vergütungsanpassung, § 650c BGB

„Ausgangspunkt für die Bestimmung der Mehr- oder Mindervergütung im Einzelfall ist der in §§ 631, 632 BGB verankerte Grundsatz, dass der vereinbarte Werklohn für die vereinbarte Leistung fest ist.“⁵⁷ § 650c BGB enthält Regelungen bezüglich der vergütungsrechtlichen Folgen, wenn es eine Änderung im Sinne des § 650b Abs. 1 S. 1 BGB gegeben hat oder der Besteller von seinem Anordnungsrecht nach § 650b Abs. 2 BGB Gebrauch gemacht hat. Die Vorschrift setzt die Wirksamkeit der Änderungsanordnung gemäß § 650b Abs. 2 BGB voraus, wobei sich die Parteien aber auch vertraglich auf eine Anwendung des § 650c BGB einigen können.⁵⁸

Davon ausgenommen gibt es einen Fall, der regelt, dass dem Unternehmer keine Vergütung für einen vermehrten Aufwand zusteht. Diese Konstellation liegt gemäß § 650c Abs. 1 S. 2 BGB dann vor, wenn die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung umfasst⁵⁹ und durch den Besteller eine notwendige Anordnung ausgesprochen wurde um den Werkerfolg zu erreichen (Anordnung nach § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB). „Dem Unternehmer steht kein Mehrvergütungsanspruch zu, wenn er seine mangelhafte Planung ändern muss, damit die Ausführung eines mangelfreien Werkes möglich ist.“⁶⁰ Die Regelung korrespondiert mit § 650b Abs. 1 S. 5 BGB, der besagt, dass in den genannten Fällen des Mehraufwands bei Planungsleistungen die Parteien nur Einvernehmen über die geänderte oder zusätzliche Leistung herbeiführen müssen, nicht aber über eine Vergütungsänderung.

Wenn dem Unternehmer in allen anderen Fällen aufgrund der Anordnung ein vermehrter oder verminderter Aufwand entsteht, kann er diesen nach zwei alternativen Möglichkeiten berechnen.⁶¹ Er hat ein Wahlrecht, ob er seine Nachträge nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (Abs. 1) oder auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation (Urkalkulation, Abs. 2) ermitteln will. Die für die unveränderten Vertragsleistungen vereinbarten Preise bleiben dabei unberührt. Die gesetzgeberische Zielstellung für die Vorgabe eines Berechnungsmodells ist es, „Spekulationen einzudämmen und den Streit der Parteien über die Preisanpassung weitgehend zu vermeiden“.⁶²

⁵⁶ Palandt / Sprau BGB § 650b Rn. 2.

⁵⁷ Hebel 2018, S. 140.

⁵⁸ Palandt / Sprau BGB § 650b Rn. 1.

⁵⁹ Wie typischerweise bei Vertragsgestaltung mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung.

⁶⁰ Wenkebach 2017, S. 69.

⁶¹ Wenkebach 2017, S. 68.

⁶² BT Drucksache 18/8486, S. 55.

Die erste Berechnungsvariante ist im Absatz 1 beschrieben und in der Begründung zum Gesetzentwurf wie folgt erläutert: Bei der Ermittlung des veränderten Aufwands nach den tatsächlichen Kosten einschließlich angemessener Zuschläge muss zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, unterschieden werden. Die Differenz ist die Grundlage für die Vergütung des geänderten Aufwands. Bei Anwendung dieser Berechnungsmethode scheidet ein Rückgriff auf die hinterlegte Urkalkulation aus. Durch die Berechnung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten soll verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragsabschluss angeordnete Mehrleistungen nach den Preisen der Urkalkulation erbringen muss. Diese kann etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp bemessen gewesen sein oder sie berücksichtigt inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht bzw. können sich die allgemeinen Geschäftskosten erhöht haben.⁶³

Der Gesetzgeber sieht eine zweite Berechnungsmethode gerade auf Grundlage der Urkalkulation im Absatz 2 aber dennoch aus Gründen der Praktikabilität vor. Es muss dafür keine Neuberechnung vorgenommen werden, sondern es kann auf die Urkalkulation zurückgegriffen werden. Diese „enthält in der Regel Löhne, Material-, Stück- und Mengenkosten, Erschwernis-, Minder- und Mehrmengenzuschläge und Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten und Wagnisse und Gewinn“.⁶⁴ Einen Nebeneffekt dieser Regelung sieht der Gesetzgeber im Anreiz für den Unternehmer, die Kalkulation nachvollziehbar zu gestalten um sie für die Berechnung der Ist-Kosten heranziehen zu können, gestützt auf die gesetzliche Vermutung dies entspräche den tatsächlich erforderlichen Kosten sowie der Angemessenheit hinsichtlich der Zuschläge.⁶⁵ Bei dieser Regelung ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz eine Vereinbarung zur Hinterlegung der Urkalkulation voraussetzt.

Einigen sich die Parteien auf eine geänderte Vergütung gelten für die Abschlagzahlungen entweder die vereinbarten oder die geschuldeten Zahlungen nach § 632a BGB.⁶⁶ Besteht zwischen den Parteien Uneinigkeit über die geschuldete Mehrleistung oder gibt es keine anderweitige gerichtliche Entscheidung (gemeint ist dabei eine einstweilige Verfügung i.S.d. § 650d BGB⁶⁷) ergibt sich für den vorleistungspflichtigen Unternehmer das Risiko, dass die Mehrvergütung erst im Zusammenhang mit der Abschlussrechnung erfolgen kann. Um zu gewährleisten, dass jedenfalls ein Teil der geschuldeten Mehrvergütung im Rahmen von Abschlagszahlungen berücksichtigt wird,

⁶³ BT Drucksache 18/8486, S. 55f.

⁶⁴ Wenkebach 2017, S. 69.

⁶⁵ BT Drucksache 18/8486, S. 56.

⁶⁶ Palandt / Sprau BGB § 650c Rn. 9.

⁶⁷ Hebel 2018, S. 142.

sieht Absatz 3 eine vorläufige Pauschalierung vor, die dem Unternehmer Liquidität verschafft. Danach kann der Unternehmer bei der Berechnung der Abschlagszahlungen maximal 80 Prozent (kumuliert) des im Rahmen des Einigungsversuchs gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 BGB erstellten Mehrvergütungsangebots⁶⁸ ansetzen. Dies verschafft dem Unternehmer während der Bauausführung einen leicht zu begründenden vorläufigen Mehrvergütungsanspruch⁶⁹, wobei dieser keine eigene Anspruchsgrundlage darstellt, sondern die Berechnung der Abschlagzahlungshöhe und deren Nachweis beeinflusst.⁷⁰ Gleichzeitig wird das Risiko des Bestellers reduziert möglicherweise zu hohe Abschläge zahlen zu müssen. Die restlichen 20 Prozent kann der Unternehmer erst nach Abnahme des Werkes verlangen. Damit „findet eine Abkehr von dem Grundsatz aus § 632a BGB statt, wonach Abschlagszahlungen in Abhängigkeit vom Wert der erbrachter Leistungen gefordert werden können“.⁷¹ Sollte es schlussendlich zu Überzahlungen kommen, besteht gemäß § 650c Abs. 3 S. 3 BGB ein gesetzlicher Rückzahlungsanspruch.

Für den Baufortgang von Bedeutung ist folgendes: Wenn der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht (also kein Einvernehmen erzielt wurde), kann die dann erforderliche Änderung der Vergütung später erfolgen. Dadurch wird eine zeitnahe Fortführung der Arbeit ermöglicht, ohne dass zuvor über die Höhe der Vergütung Einigung erzielt werden muss. Die Liquidität des Unternehmens wird durch die erhöhten, einfach zu berechnende Abschlagszahlungen (§ 650c Abs. 3 BGB) gesichert.⁷²

4.2.3 Einstweilige Verfügung, § 650d BGB

Die einstweilige Verfügung ist eine vorläufige Entscheidung eines Gerichts im Eilverfahren. Sie wird im anschließenden Hauptsacheverfahren überprüft und gegebenenfalls korrigiert. Bei dem speziell für den Bauvertrag eingeführten § 650d BGB wird in der Literatur häufig von der so genannten neuen „Bauverfügung“ gesprochen.

Diese stellt ein Instrumentarium für eine schnelle und kompetente Beilegung von Auseinandersetzungen aufgrund von Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB und aufgrund von Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB dar. Im Anhang 4 sind beispielhaft die wahrscheinlich häufigsten Sachverhalte aufgeführt, die den Erlass einer einstweiligen Verfügung aus Besteller- und Unternehmersicht notwendig machen.

⁶⁸ Da der Wert der angeordneten Mehrleistung des Unternehmens mangels Einigung nicht feststeht, greift § 650c Abs. 3 S. 1 BGB als Ausgangspunkt auf das Angebot des Unternehmers (§ 650b Abs. 1 S. 2 BGB) und die dort geforderte Mehrvergütung für die ansatzfähigen Leistungen zurück. Vgl. Palandt / Sprau § 650c Rn. 11.

⁶⁹ BT Drucksache 18/84846, S. 57.

⁷⁰ Palandt / Sprau BGB § 650c Rn. 9.

⁷¹ Wenkebach 2017, S. 70.

⁷² Palandt / Sprau BGB § 650b Rn. 2.

Das Ziel der Gesetzgebung eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Abwicklung von Bauverträgen zu ermöglichen, hängt wesentlich von der Effektivität des zur Sicherung der Ansprüche zur Verfügung stehenden Eilverfahrens ab.⁷³ So müssen die Parteien nach einer Anordnung schnell die Möglichkeit erhalten Rechtschutz zu erlangen, um Baustillstände und Liquiditätsengpässe so gut wie möglich zu vermeiden.⁷⁴ Der beispielhafte Ablauf einer solchen Bauverfügung wird im Anhang 5 dargestellt.

Anwendung finden die allgemeinen Regeln über das einstweilige Verfügungsverfahren, wonach grundsätzlich ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund bestehen müssen. Der Erlass nach § 650d BGB wird jedoch in der Form erleichtert, dass ein Verfügungsgrund⁷⁵ im Sinne der §§ 935, 940 ZPO nicht explizit glaubhaft gemacht werden muss. Dessen Vorliegen wird gesetzlich vermutet, wenn die einstweilige Verfügung nach Beginn der Bauausführung beantragt wird.⁷⁶ Die Parteien müssen lediglich den so genannten Verfügungsanspruch⁷⁷ glaubhaft machen, wofür die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen der Vorschriften §§ 650b und 650c dazulegen sind.

Die Streitigkeiten werden ausschließlich Spezialspruchkörpern zugewiesen, d.h. bei den Landgerichten sind Baukammern einzurichten⁷⁸, deren Zuständigkeit sich auf die einstweiligen Verfügungen erstreckt (§ 71 Abs. 2 Nr. 5, § 72a S. 1 Nr. 2 GVG). Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen, § 938 ZPO, darf aber über den gestellten Antrag nicht hinausgehen.

4.2.4 Zustandsfeststellung und Schlussrechnung, § 650g BGB

Mit Blick auf die Bauverträge wurde die Regelung zur Abnahmefiktion gemäß § 640 Abs. 2 BGB neu gefasst. Erläuterungen zur geänderten Abnahmefiktion werden im Kapitel 4.3.2 gegeben. Ergänzt wird die Regelung desweiteren speziell für Bauverträge durch § 650g BGB.

Dieser enthält die Vorgabe zur Zustandsfeststellung für den Fall, dass die Abnahme unter Nennung eines Mangels verweigert wird und trifft zudem eine Aussage zur Gefahrübertragung. Wenn es aufgrund des Streits über die Abnahmereife (Mangelfreiheit) oder aufgrund von Einigkeit über eine Nichtabnahmereife wegen bestimmter Mängel zu keiner Abnahme kommt, liegt es im Interesse beider Parteien den Zustand des Werkes zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens zu dokumentieren, um die Sachaufklärung

⁷³ Hebel 2018, S.143.

⁷⁴ BT Drucksache 18/11437, S. 42.

⁷⁵ Der Verfügungsgrund ist die Notwendigkeit glaubhaft zu machen, dass eine Eilbedürftigkeit vorliegt und dass es einer gerichtlichen Regelung bedarf zur Sicherung eines Anspruchs oder zur einstweiligen Regelung der Rechtsbeziehung der Parteien. Vgl. Palandt / Sprau § 650d Rn. 2.

⁷⁶ MüKoBGB / Busche § 650e Rn. 2.

⁷⁷ Der Verfügungsanspruch ist die Glaubhaftmachung eines zu sichernden materiell-rechtlichen Anspruchs.

⁷⁸ Desweiteren sind bei den Oberlandesgerichten Bausenate einzurichten, § 119a S. 1 Nr. 2 GVG.

zukünftiger Auseinandersetzungen zu erleichtern. Die Zustandsfeststellung ersetzt die Abnahme dabei nicht, sondern stellt lediglich die Dokumentation des Zustands des Werkes dar und ist die Grundlage für eine modifizierte Gefahrtragung.⁷⁹

In der Regel sollen die Parteien den Zustand des Werkes gemeinsam feststellen, § 650g Abs. 1 BGB. Die Zustandsfeststellung ist von beiden Parteien zu unterschreiben und mit dem Datum der Anfertigung zu versehen, § 650g Abs. 1 S. 2 BGB.

Bei Nichterscheinen des Bestellers zum vereinbarten Termin kann gemäß § 650g Abs. 2 S. 1 BGB der Bauunternehmer eine einseitige Zustandsfeststellung vornehmen. Diese ist von ihm zu unterschreiben, mit dem Anfertigungsdatum zu versehen und eine Abschrift dem Besteller zur Verfügung zu stellen. Wenn der Besteller dem Termin allerdings aufgrund eines Umstandes fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat⁸⁰ und dies dem Unternehmer unverzüglich mitteilt (beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen), gilt Satz 1 nicht. Es muss ein neuer Termin vereinbart werden. Die Voraussetzungen einer einseitigen Zustandsfeststellung liegen ebenfalls nicht vor, wenn sich beide Vertragsparteien einfinden, aber keine Einigung über den festzustellenden Zustand erlangen können.⁸¹

In der Praxis kommt es oft vor, dass das Werk trotz verweigerter Abnahme in den Einflussbereich des Bestellers übergeht und von ihm in Benutzung bzw. Gebrauch genommen wird. Wegen der fehlenden Abnahme trägt der Unternehmer allerdings weiter die Leistungsgefahr (§ 644 Abs. 1 BGB) und damit das Risiko der Beschädigung des Werkes.⁸² Der Gesetzgeber modifiziert die Regelung zur Gefahrtragung in § 650g Abs. 3 S. 1, indem er den Unternehmer davon entlastet auch für Mängel des Werkes eintreten zu müssen, die wahrscheinlich nicht von ihm verursacht sind. Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und hat eine Zustandsfeststellung stattgefunden, gilt die Vermutung, dass ein offenkundiger Mangel, der nicht in der Zustandsfeststellung angegeben wurde, nach dieser entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt gemäß Satz 2 nur dann nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann, wie beispielsweise Materialfehler, Fehler aufgrund von Planabweichungen oder handwerkliche Ausführungsfehler.⁸³ Wenn es dem Besteller nicht gelingt, die Vermutung aus § 650g Abs. 3 BGB zu widerlegen, werden ihm auch solche Schäden zugerechnet, die von Dritten z. B. anderen Gewerker, verursacht wurden.

⁷⁹ BT Drucksache 18/8486, S. 59.

⁸⁰ Zu vertreten sind Fahrlässigkeit und Vorsatz gemäß §§ 276 bis 278 BGB.

⁸¹ BT Drucksache 18/8486, S. 59.

⁸² Hebel 2018, S. 154.

⁸³ BT Drucksache 18/8486, S. 60.

Die Regelung des Absatzes 4 BGB hat keinen Bezug zur Zustandsfeststellung im Sinne der Absätze 1 bis 3. Vielmehr geht es um die Fälligkeitsvoraussetzungen des Vergütungsanspruches seitens des Unternehmers. Neben die Abnahme, als Regelung aus dem allgemeinen Werkvertragsrecht, soll eine weitere Voraussetzung treten: die prüffähige Schlussrechnung. Dies war im Regierungsentwurf nicht enthalten, sondern geht auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verbraucherschutz des Bundestages zurück.⁸⁴

Das Erfordernis der Prüffähigkeit der Schlussrechnung wurde bewusst nicht durch detaillierte Regelungen untersetzt, da die Anforderungen an die Prüffähigkeit je nach Art und Komplexität des Auftrages sehr unterschiedlich ausfallen können.⁸⁵ Gemäß § 650g Abs. 4 S. 2 BGB ist die Schlussrechnung prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist.

Innerhalb einer überschaubaren Frist von 30 Tagen⁸⁶ kann der Besteller begründete, nicht nur pauschale, Einwände gegen die Prüffähigkeit erheben.⁸⁷ Anschließend findet die sachliche Prüfung statt, d.h. gegen die inhaltliche Richtigkeit der Rechnung kann der Besteller auch noch später Beanstandungen geltend machen.⁸⁸

4.2.5 Schriftform der Kündigung, § 650h BGB

Die Kündigung eines Bauvertrages⁸⁹ nach § 648 BGB sowie die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB hat in Schriftform zu erfolgen, um Rechtssicherheit und Beweissicherung zu gewährleisten. Außerdem dient sie dem Schutz beider Parteien vor übereilten Handlungen, die gerade wegen des Umfangs von Bauverträgen mit erheblichen negativen Folgen verbunden sein können. Die Verwendung der Textform würde den angestrebten Schutzzweck nicht erreichen.⁹⁰ Die Schriftform ist nach § 126 BGB gewahrt, wenn das Dokument vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. „Damit scheidet Kündigungen durch E-Mail oder Fax-Schreiben zukünftig ebenso aus wie konkludente Kündigungen durch schlüssiges Verhalten.“⁹¹

⁸⁴ Hebel 2018, S. 155.

⁸⁵ BT Drucksache 18/11437, S. 43.

⁸⁶ So soll eine längere Unsicherheit zwischen den Parteien vermieden werden, ob die vorgelegte Schlussrechnung die Voraussetzungen der Prüffähigkeit erfüllt.

⁸⁷ BT Drucksache 18/11437, S. 43.

⁸⁸ Oberhauser in Dammert et al. 2017, § 2 Rn. 158.

⁸⁹ Sachlich gilt § 650h BGB für den Bauvertrag (§ 650a BGB) sowie auch für den Verbraucherbauvertrag (§ 650i BGB) und den Architekten- und Ingenieursvertrag (§ 650q Abs. 1 BGB). Vgl. Palandt / Sprau § 650h Rn. 1.

⁹⁰ BT Drucksache 18/84846, S. 61.

⁹¹ Hebel 2018, S.157.

4.3 Allgemeine Regelungen des Werkvertragsrechts

Neben der neu geschaffenen Struktur für den Werkvertrag erfahren auch die Allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts Neuerungen. Im Zuge der Gesetzesreform wurden daher im ersten Kapitel des Untertitels Werkvertrag die Regelungen über die Erbringung von Abschlagszahlungen (§ 632a BGB) und die Vorschrift zur Abnahmefiktion (§ 640 Abs. 2 BGB) neu gefasst. Diese dürften ihre praktische Anwendung überwiegend im Bereich des Bauvertragsrechts finden.⁹² Sie werden im Folgenden erläutert.

4.3.1 Abschlagszahlungen, § 632a BGB

Die Möglichkeit des Unternehmers während des Bauverlaufs Abschlagszahlungen vom Besteller verlangen zu können, dient dazu die Vorleistungspflicht des Unternehmers zu verringern. Gleichzeitig wird die Höhe dieser Zahlungen gesetzlich begrenzt, um den Besteller vor versteckten Vorauszahlungen zu schützen.⁹³

Die Regelung des § 632a BGB bedurfte einer Modifikation damit der Unternehmer die Berechnung der Abschlagshöhe unkompliziert ermitteln kann und der Besteller gleichzeitig eine einfachere Möglichkeit zur Überprüfung der Berechnung erhält. Grundlage der Berechnung soll künftig der Wert der erbrachten Leistung sein, der sich anhand des Angebots des Unternehmers leicht ermitteln und überprüfen lässt. Damit wird ein weitgehender Gleichlauf der Vorschrift mit den Regelungen der VOB/B hergestellt. Ist der Besteller Verbraucher wird eine Begrenzung des Gesamtbetrags der Abschlagszahlungen im neu eingeführten § 650m BGB⁹⁴ geregelt.

Der Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlungen besteht gemäß § 632a Abs. 1 S. 5 BGB nur, wenn der Unternehmer eine Aufstellung vorlegt, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglicht. Der Unternehmer muss nachweisen für welche vertraglich geschuldeten Leistungen der Abschlag verlangt wird und den hierauf entfallenden Teil der Vergütung darstellen.⁹⁵

Bisher konnte der Besteller eine Abschlagzahlung in Gänze verweigern, wenn ein wesentlicher Mangel bestand. Neben dem Problem in der Praxis wesentliche von unwesentlichen Mängeln zu differenzieren, steht dies im Widerspruch zum Grundgedanken des Werkvertragsrechts, dass der Unternehmer erst zum Zeitpunkt der Abnahme verpflichtet ist ein mangelfreies Werk zu übergeben. „Vor Abnahme liegen [...] begrifflich noch keine Mängel vor, da sich das Werk noch im Erfüllungsstadium befindet.“⁹⁶

⁹² Hödl, Markus: Das neue Bauvertragsrecht. München, Verlag C.H. Beck oHG, 2018, S. 8.

⁹³ BT Drucksache 18/8486, S. 46.

⁹⁴ Bisher war dies im § 632a Abs. 3 BGB a. F. festgelegt gewesen.

⁹⁵ Palandt / Sprau BGB § 632a Rn. 8.

⁹⁶ Wenkebach 2017, S. 54.

§ 632a Abs. 1 S. 2 BGB nutzt nun den Begriff der „nicht vertragsgemäßen Leistung“. Liegt demnach eine Abweichung vom vertragsgemäßen Zustand vor, unabhängig ob wesentlich oder nicht, kann der Besteller die Abschlagszahlung nicht gänzlich, sondern zu einem angemessenen Teil verweigern. Angemessen ist dabei, gemäß § 641 Abs. 3 BGB, in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Kosten für die Beseitigung des nicht vertragsgemäßen Zustands. Praktikabilität wird dadurch erlangt, dass sich bei der Bemessung des Einbehalts an den jeweiligen Ansätzen der Leistung in der Kalkulation orientiert werden kann.⁹⁷

Hinsichtlich der Erleichterung zur Berechnung der Höhe der Abschläge und des Verzichts auf die nicht sachgerechte Differenzierung zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Mängeln ist die Neuregelung zu begrüßen.⁹⁸

Durch die Reform wird die Regelung des § 632a Abs. 1 BGB außerdem in den Katalog der Klauselverbote des § 309 BGB in Form der neuen Nr. 15 aufgenommen. Infolgedessen ist eine in den AGB getroffene abweichende Regelung ohne Wertungsmöglichkeit unwirksam.

4.3.2 Abnahmefiktion, § 640 Abs. 2 BGB

§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB a. F. fingierte die Abnahme wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnahm, obwohl er dazu verpflichtet war. Die Wirkung trat demnach ein, wenn ein abnahmereifes Werk (d.h. frei von wesentlichen Mängeln) vorlag und die angemessene Frist zur Abnahme verstrichen war. Diese Regelung hat in der Praxis Schwächen gezeigt. Häufig konnte erst nach langen Gerichtsverfahren geklärt werden, ob das Werk zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens Mängel aufwies, die zu einer Verweigerung der Abnahme berechtigt hätten, oder ob der Besteller zur Abnahme verpflichtet gewesen wäre.

Die Regelung einer fiktiven Abnahme soll erhalten bleiben, denn sie stellt ein wichtiges Instrument zum Herbeiführen einer Abnahmewirkung bei unberechtigter Abnahmeverweigerung des Bestellers dar. Aber sie soll in so fern effektiver gestaltet werden, dass der Besteller die Abnahme zukünftig unter Angabe mindestens eines Mangels verweigern muss, um der Abnahmefiktion entgegenzuwirken. Dabei kommt es nicht auf die Wesentlichkeit des Mangels an, da die Abgrenzung schwierig ist und häufig erst gerichtlich geklärt werden kann. Außerdem sind die Mängel nicht im Detail darzulegen. Es reicht aus sie so zu benennen, dass es dem Unternehmer möglich ist den Vorwurf zu prüfen und bestehende Mängel zu beseitigen.⁹⁹ Die Fiktionswirkung tritt mithin nur

⁹⁷ BT Drucksache 18/8486, S. 47.

⁹⁸ Oberhauser in Dammert et al. 2017, § 3 Rn. 9.

⁹⁹ BT Drucksache 18/8486, S. 48f.

ein, wenn sich der Besteller innerhalb der Frist gar nicht äußert oder die Abnahmeverweigerung ohne Angabe eines Mangels erklärt.¹⁰⁰ Durch den neu gefassten § 640 Abs. 2 BGB entsteht „frühzeitig Klarheit darüber, ob die Wirkungen der Abnahme durch die Abnahmefiktion eingetreten seien oder nicht.“¹⁰¹

Für den Eintritt der Abnahmefiktion ist die Voraussetzung der Fertigstellung des Werkes ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen worden. Dass die Frist erst nach Fertigstellung gesetzt werden darf, soll vermeiden, dass der Unternehmer den Besteller vorzeitig zur Abnahme auffordert und dadurch das Instrument der fiktiven Abnahme rechtsmissbräuchlich verwendet. Fertiggestellt ist das Werk, wenn die im Vertrag genannten Leistungen erbracht sind, unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht.¹⁰²

Ist der Besteller ein Verbraucher soll er gemäß § 640 Abs. 2 S. 2 BGB vom Unternehmer über die Möglichkeit der fiktiven Abnahme bzw. über die Rechtsfolgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme in Textform informiert werden. Andernfalls tritt die Fiktionswirkung nicht ein.¹⁰³

Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Abnahmefiktion in alter sowie neuer Fassung werden im Anhang 6 im Überblick dargestellt.

5 Verbraucherbaupertrag

Verbraucher schließen zumeist nur einmal im Leben einen Baupertrag in der Größenordnung ab, dass ein Eigenheim entsteht. Private Bauherren setzen für das Bauvorhaben eines eigenen Hauses einen hohen finanziellen Aufwand ein. Vielfach werden die gesamten Ersparnisse zur Finanzierung des Bauprojekts aufgewendet und zusätzlich wird sich regelmäßig über viele Jahre finanziell an ein Kreditinstitut gebunden.

„Um dem besonderen Schutzbedürfnis der Verbraucher beim Abschluss größerer Bauperträge Rechnung zu tragen, wird [infolge der Reform] ein eigenes Kapitel „Verbraucherbaupertrag“ eingefügt, in dem eine Reihe von Schutzvorschriften zusammengefasst sind.“¹⁰⁴

Im Folgenden werden die einzelnen Vorschriften näher erläutert. Einen zusammenfassenden Überblick zum Verbraucherbaupertrag enthält Anhang 7.

¹⁰⁰ Oberhauser in Dammert et al. 2017, § 3 Rn. 14f.

¹⁰¹ Oberhauser in Dammert et al. 2017, § 3 Rn. 11.

¹⁰² BT Drucksache 18/8486, S. 49.

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ BT Drucksache 18/8486, S. 61.

5.1 Definition des Verbraucherbauvertrags, § 650i BGB

Verbraucher ist gemäß § 13 BGB „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.“ Handelt eine natürliche Person rechtsgeschäftlich, so ist dies grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen.¹⁰⁵ Die Unternehmereigenschaft regelt § 14 BGB.

„Ein Verbraucherbauvertrag ist nicht jeder Bauvertrag, den ein Verbraucher abschließt, sondern nur ein Bauvertrag durch den sich der Unternehmer gegenüber einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet.“¹⁰⁶ Neben der Eingrenzung der Vertragsparteien wird also auch eine enge Einschränkung der Vertragsgegenstände vorgenommen.

Unter dem Bau eines neuen Gebäudes ist eine Maßnahme zu verstehen, die das Grundstück durch Errichtung eines zuvor nicht existenten Gebäudes wesentlich umgestaltet. Regelmäßig ist dies die Errichtung eines Einfamilienhauses sowie die Errichtung von Garagen- und Hof- bzw. Wirtschaftsgebäuden. Eine, für das Grundstück, untergeordnete Funktion hat der Bau von Carports und Gartenlauben, die daher auch nicht erfasst sind, unabhängig davon, ob sie freistehend oder als Anbau an ein bestehendes Gebäude errichtet werden. Schon begrifflich sind Sanierungs- und Erweiterungsmaßnahmen an bestehenden Gebäuden hier nicht zuzuordnen.¹⁰⁷

Erhebliche Umbaumaßnahmen sind solche, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, beispielsweise Baumaßnahmen, bei denen nur die Fassade des ursprünglichen Gebäudes erhalten bleibt. Maßgeblich hierfür sind der Umfang und die Komplexität des Eingriffs sowie das Ausmaß des Eingriffs in die bauliche Substanz des Gebäudes. Verträge zur Errichtung von Anbauten sowie zur Instandsetzung oder Renovierung von Gebäuden sind auch diesem Begriff nicht zuzuordnen.¹⁰⁸

Die Begriffsbestimmung des Verbraucherbauvertrags hat einen europarechtlichen Hintergrund. Es wird die Definition herangezogen, mit der in § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB a. F. der Anwendungsbereich der europarechtlich vorgegeben Verbraucherschutzvorschriften der §§ 312 – 312k BGB begrenzt wurde. Denn schon vor Inkrafttreten der Reform war der Verbraucher bei Abschluss von Verträgen über Bauleistungen durch Verbraucherschutzvorschriften wie die §§ 312 ff BGB, die ABG-rechtliche Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB sowie wenn es um Abschlagszahlungen geht nach 632a Abs. 3

¹⁰⁵ Hebel 2018, S. 161.

¹⁰⁶ BT Drucksache 18/11437, S. 43.

¹⁰⁷ MüKoBGB / Busche § 650i Rn. 6.

¹⁰⁸ BT Drucksache 18/8486 S. 61.

BGB a. F. geschützt. Es bestand jedoch bezüglich der vorvertraglichen Informationspflichten ein unakzeptables Ungleichgewicht. Zurückzuführen ist dies auf die EU-Verbraucherrichtlinie vom 25. Oktober 2011, laut welcher die Verbraucherschutzpflichten für kleinere Bauverträge zwar greifen, der Verbraucherschutz aber gerade für die wirtschaftlich besonders bedeutsamen Vorgänge der Verbraucher eingeschränkt wurde: Verträge über den Bau neuer Gebäude oder erheblicher Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden waren, in Umsetzung der Richtlinie, im Rahmen der Vorschrift des § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB a. F. ausgenommen von wesentlichen Verbraucherschutzvorschriften. Das heißt für größere mit einem höheren Risiko für den Verbraucher verbundene Verträge bestehen keine entsprechenden Pflichten zum Verbraucherschutz.¹⁰⁹ „Für die von der Richtlinie [somit] nicht erfassten Bauverträge werden daher spezielle vorvertragliche Informationspflichten sowie weitere Schutzvorschriften eingeführt.“¹¹⁰

Die beiden Rechtsgebiete des Verbraucherschutzes zum Verbrauchervertrag nach §§ 312-312k BGB und zum neu eingeführten Verbraucher**bau**vertrag nach §§ 650i-650n BGB sollen aneinander anschließen. Dies wird noch dadurch unterstrichen, dass die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Verbraucherschutzvorschriften im § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine neue Fassung erhält: Die Einschränkung gilt fortan für „Verbraucher**bau**verträge nach § 650i Abs. 1 BGB“. Das heißt bei Verbraucherverträgen gelten nach wie vor die Schutzvorschriften der §§ 312ff und bei Verbraucher**bau**verträgen gelten anstelle dieser nun die §§ 650i – 650n BGB.¹¹¹

Lässt der Verbraucher das Vorhaben allerdings durch mehrere Unternehmer in Einzelgewerken ausführen, fallen diese nicht unter § 650i BGB. Nur das Bauen „aus einer Hand“, so genannte Generalunternehmer- und Generalübernehmerverträge, werden vom Anwendungsbereich abgedeckt.¹¹²

Bauverträge in Größenordnung der vorgenannten Definition werden schon in der heutigen Praxis regelmäßig in Schrift- oder Textform abgeschlossen. Mit Blick auf die wirtschaftliche Bedeutung solcher Verträge für den Verbraucher wird die Textform in § 650i Abs. 2 BGB gesetzlich festgeschrieben, um Beweisschwierigkeiten über den Vertragsinhalt vorzubeugen.¹¹³

Die Abbildung im Anhang 8 verdeutlicht die Kernbegriffe der Definitionen des Verbraucher**bau**vertrages und des Bauvertrages sowie deren Abgrenzung voneinander.

¹⁰⁹ Hödl 2018, S. 81.

¹¹⁰ BT Drucksache 18/8486, S. 61.

¹¹¹ Hödl 2018, S.81.

¹¹² Palandt / Sprau BGB § 650i Rn. 4.

¹¹³ BT Drucksache 18/11437, S. 43.

5.1.1 Baubeschreibung, § 650j BGB

Bei der Baubeschreibungspflicht handelt es sich um eine (vor-)vertragliche Nebenpflicht i.S.v. § 311 Abs. 2 BGB, in Form der Informationspflicht des Unternehmers.¹¹⁴

Festgelegt wird, dass dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen ist. Es handelt sich dabei um eine präzise Leistungsbeschreibung, in der die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werkes in klarer und verständlicher Weise darzustellen sind und die eine verbindliche Angabe zum Fertigstellungszeitpunkt, hilfsweise die Dauer der Bauausführung¹¹⁵, zu enthalten hat.¹¹⁶ Der Mindestinhalt, der dem Verbraucher zu überlassenden Baubeschreibung, ist in Art. 249 EGBGB geregelt.

Ziel des Angebots der umfassenden Leistungsbeschreibung ist es zunächst die während der Vertragsverhandlungen entstandenen und gerechtfertigten Erwartungen des Bestellers zu schützen. Des Weiteren soll der Verbraucher mit der Baubeschreibung die angebotene Leistung überprüfen können, ggf. durch einen sachverständigen Dritten. Und nicht zuletzt ist dem Verbraucher damit ein Preis-Leistungs-Vergleich mit anderen Angeboten möglich, was der Markttransparenz dienen und den Wettbewerb fördern soll.¹¹⁷

Die verbindliche Angabe einer Bauzeit soll dem Verbraucher eine möglichst frühzeitige, verlässlich Planung ermöglichen, da speziell bei größeren Baumaßnahmen, wie sie die Definition des Verbraucherbauvertrags erfasst¹¹⁸, der Fertigstellungszeitpunkt laut Gesetzgeber besonders schutzwürdig ist. Er nennt hierzu als Begründung u. a. die Finanzierung des Bauprojekts, die Kündigung eines bisherigen Mietvertrags und die Planung des Umzugs.¹¹⁹

5.1.2 Inhalt des Vertrages, § 650k BGB

Führt das Angebot des Unternehmers und die an den Verbraucher übergebene Baubeschreibung zu einem Vertragsabschluss, so wird die Baubeschreibung Inhalt des

¹¹⁴ Pause, Hans-Egon: Verbraucherbaurecht und Bauträgerrecht – zugleich ein Ausblick auf weitere Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren. Fachzeitschrift „baurecht“ (BauR), Heft 2a, 48. Jahrgang, März 2017, S. 430 – 442, S. 432.

¹¹⁵ Der Fertigstellungszeitpunkt kann dann nicht angegeben werden, wenn der Zeitpunkt des Baubeginns unbekannt ist. Dann die Dauer des Baugeschehens verbindlich festzulegen kann auch Schwierigkeiten bereiten, denn die Bauzeit ist unterschiedlich lang abhängig vom jahreszeitlichen Beginn der Arbeiten. Bei nicht eingehaltener Vereinbarung zur Angabe der Bauzeit gelten die Regelungen des Schuldnerverzugs. Vgl. Pause in „baurecht“ 2017, S. 435.

¹¹⁶ Art. 249 EGBGB; BT Drucksache 18/8486, S. 62.

¹¹⁷ BT Drucksache 18/8486, S. 62.

¹¹⁸ Nur neue Gebäude und nur erhebliche Umbaumaßnahmen.

¹¹⁹ BT Drucksache 18/8486, S. 62.

Vertrages, § 650k Abs. 1 BGB. Nur dadurch kann die angestrebte Verbraucherschutzfunktion der Baubeschreibung des § 650i BGB erfüllt werden.¹²⁰

Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn die Parteien ausdrücklich etwas anderes vereinbaren. Das heißt wenn und soweit von der Baubeschreibung abgewichen werden soll, muss dies deutlich im Vertrag benannt werden.

Absatz 2 regelt die Rechtsfolgen bei einer den Anforderungen nicht genügenden Baubeschreibung. Der Vertrag ist dann unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände verbraucherfreundlich auszulegen, vor allem nach Komfort- und Qualitätsstandards der übrigen Leistungsbeschreibung. Unklarheiten sollen damit bereinigt und Lücken so gefüllt werden, wie es dem Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen entspricht. Ziel des Gesetzgebers war es den Vertrag trotz Mängel in der Baubeschreibung aufrechterhalten zu können.¹²¹ Bleiben bei der Auslegung Zweifel über das vom Unternehmen geschuldete Leistungsoll, so gehen diese gemäß § 650k Abs. 2 S. 2 BGB zu Lasten des Unternehmers.

Sollte keine Leistungsbeschreibung vorliegen, der Verbraucher aber dennoch einen Auftrag i.S.d. Verbraucherbauvertrages erteilen, kann trotzdem ein wirksamer Vertrag vorliegen. „Durch Auslegung wird das Leistungsoll zu ermitteln sein“¹²² und bei Unklarheiten wieder § 650k Abs. 2 S. 2 zur Anwendung kommen.

Gemäß § 650k Abs. 3 S. 1 BGB muss ebenfalls der Verbraucherbauvertrag selbst (neben der Baubeschreibung) eine verbindliche Angabe zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werkes oder zur Dauer der Bauausführung enthalten. Soweit der Verbraucherbauvertrag zum konkreten Fertigstellungszeitpunkt keine Angaben enthält, werden die Angaben aus der vorvertraglich übermittelten Baubeschreibung zum Inhalt des später abgeschlossenen Vertrages, § 650k Abs. 3 S. 2 BGB.

Als Rechtsfolgen einer nicht eingehaltenen Vereinbarung zum Fertigungszeitpunkt oder zur Dauer der Bauausführung gelten die allgemeinen Regelungen des Schuldnerverzugs. Da das Rücktrittsrecht allerdings keine für den Bauvertrag geeignete Lösung darstellt, steht dem Besteller zusätzlich ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 648a Abs. 1 BGB zu.¹²³

Aufgrund der systematischen Stellung des § 650k Abs. 3 BGB im „Kapitel 3 - Verbraucherbauvertrag“ als auch aufgrund der Gesetzesbegründung zur Regelung¹²⁴, ist davon auszugehen, dass die Formulierung „Bauvertrag“ im Satz 1 des Absatzes 3 ein

¹²⁰ BT Drucksache 18/84846, S. 62.

¹²¹ BT Drucksache 18/84846, S. 63.

¹²² Hebel 2018, S. 167.

¹²³ BT Drucksache 18/84846, S. 63.

¹²⁴ BT Drucksache 18/8486, S. 62.

redaktionelles Versehen des Gesetzgebers ist. Die Angabe eines Fertigstellungszeitpunktes soll nicht für sämtliche Bauverträge i.S.v. § 650a BGB statuiert werden, sondern lediglich für den *Verbraucherbauvertrag* i.S.d. § 650i BGB.¹²⁵

5.1.3 Widerrufsrecht, § 650i BGB

Das Widerrufsrecht ist ein zentrales Element des Verbraucherschutzes. Angestrebter Zweck ist es dem Verbraucher, der sich vorschnell zum Abschluss eines Bauvertrags entschlossen hat, während einer kurzen Bedenkzeit eine unkomplizierte Lösung vom Vertrag zu ermöglichen.¹²⁶

Grundsätzlich ist jeder Verbraucherbauvertrag i. S. d. § 650i Abs. 1 BGB widerruflich. Ausgenommen sind lediglich notariell beurkundete Bauverträge, da der Gesetzgeber dabei davon ausgeht, dass es durch die Belehrungspflichten des Notars und die vorgesehene Zeit für die Prüfung des Vertragsentwurfs¹²⁷ der angestrebten Bedenkzeit nicht bedarf.¹²⁸

Zur Ausgestaltung des Widerrufsrechts gelten § 355 BGB sowie ergänzend die neu eingefügten §§ 356e BGB und 357d BGB, die Regelungen zum Lauf der Widerrufsfrist und zu den besonderen Rechtsfolgen des Widerrufs von Verbraucherbauverträgen enthalten.¹²⁹ Der Verbraucher kann ohne Angabe von Gründen innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsschluss durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer den Verbrauchervertrag widerrufen, § 355 Abs. 1,2 BGB. Der Widerruf kann zwar mündlich oder fernmündlich erfolgen, da die Beweislast für Inhalt und Zugang des Widerrufs allerdings beim Verbraucher liegt, empfiehlt sich zumindest die Verwendung der Textform.¹³⁰

Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu belehren. Art. 249 § 3 EGBGB regelt die zeitlichen und formalen Anforderungen an die Widerrufsbelehrung näher und sieht vor, dass der Unternehmer bei Verwendung der als Anlage 10 hinzugefügten Musterwiderrufsbelehrung seiner gesetzlichen Belehrungspflicht genügt. Das Unterlassen der Belehrung hat keinen Einfluss auf das prinzipielle Bestehen des Widerrufsrechts. Kommt der Unternehmer seiner Pflicht nicht oder nur unvollständig nach, kann der Verbraucher den Vertrag dennoch widerrufen, dann sogar mit verlängerter Frist des § 356e BGB von 12 Monaten und 14 Tagen.

Durch den Widerruf wandelt sich der zunächst wirksame Vertrag in ein Rückabwicklungsverhältnis um, § 355 Abs. 3 BGB.

¹²⁵ Stretz in Dammert et al. 2017, § 5 Rn. 144.

¹²⁶ BT Drucksache 18/8486, S. 63.

¹²⁷ Im Regelfall zwei Wochen.

¹²⁸ BT Drucksache 18/8486, S. 63.

¹²⁹ Ebd.

¹³⁰ Hebel 2018, S. 169.

5.1.4 Abschlagszahlungen, Absicherung des Vergütungsanspruchs § 650m BGB

Neu sind die Regelungen der Absätze 1 und 4 des § 650m BGB. Die Absätze 2 und 3 entsprechen weitgehend den ehemaligen Absätzen 3 und 4 des § 632a BGB.

Mit Absatz 1 wird eine neue Schutzvorschrift für Verbraucher eingeführt, die zum Einsatz kommt, wenn der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a BGB verlangt.¹³¹ Für Verbraucherbauverträge wird geregelt, dass die vom Unternehmer verlangten Abschlagszahlungen eine Obergrenze von 90 Prozent der vereinbarten Vergütung nicht übersteigen darf. Der Maximalbetrag errechnet sich aus der vertraglich vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für etwaige Nachträge. Zweck der Regelung ist es, dem Risiko versteckter Vorleistungen in Form von überhöhten Abschlagszahlungen zu begegnen. Der Restbetrag der Vergütung wird nach § 641 Abs. 1 BGB mit der Abnahme fällig. Damit kann der Verbraucher künftig auch effektiver von der Möglichkeit des § 641 Abs. 3 BGB Gebrauch machen. Diese Vorschrift gibt dem Besteller das Recht, nach Fälligkeit einen Teil der Vergütung zurückzubehalten, wenn er die Beseitigung eines Mangels am Werk verlangen kann.¹³²

Dem Verbraucher ist, gemäß Absatz 2, bei der ersten Abschlagzahlung eine Sicherheit in Höhe von 5 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten. Die Sicherheit wird geleistet für den Fall, dass der Unternehmer das Werk nicht abnahmereif oder nicht rechtzeitig herstellt. Für Mängelansprüche nach der Abnahme, Gewährleistungsansprüche und sonstige vertragliche Ansprüche steht sie allerdings nicht zur Verfügung. Der Unternehmer hat die Sicherheit auch ohne entsprechende Aufforderung oder Verlangen des Verbrauchers zu erbringen. Wird die Sicherung nicht geleistet, steht dem Verbraucher ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Abschlagzahlung bis zur Höhe der geschuldeten Sicherheit zu.¹³³

Neu in die Vorschrift aufgenommen wurde in Absatz 2 Satz 2 der Fall, dass sich der Vergütungsanspruch durch eine Anordnung des Bestellers nach den §§ 650b BGB und 650c BGB um mehr als 10 Prozent erhöht. Dem Verbraucher steht dann eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 Prozent des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu.¹³⁴

Die beiden Schutzvorschriften nach Absatz 1 und Absatz 2 gelten nebeneinander. Wird die in Absatz 2 vorgeschriebene Sicherheit durch Einbehalt erbracht, erhält der Unternehmer demnach zunächst lediglich 90 Prozent der Vergütung abzüglich der als Sicherheit einbehaltenen 5 Prozent.¹³⁵

¹³¹ Intension des § 632a bzw. der Abschlagszahlungen siehe Kapitel 4.3.1.

¹³² BT Drucksache 18/8486, S. 64.

¹³³ Palandt / Sprau BGB § 650m Rn. 3.

¹³⁴ BT Drucksache 18/8486, S. 64.

¹³⁵ Ebd.

Abweichende Individualvereinbarungen von den Regelungen des § 650m BGB sind möglich.¹³⁶ Damit die dem Schutz des Bestellers dienenden Bestimmungen jedoch nicht durch AGB zum Nachteil des Verbrauchers ausgeschlossen werden können, wurde in § 309 Nr. 15 BGB ergänzend ein entsprechendes Klauselverbot aufgenommen für die Höhe der Abschlagszahlungen und die Höhe der Sicherungsleistung des Unternehmers.

„Der Verbraucher ist – im Gegensatz zum sonstigen Besteller – nicht gesetzlich verpflichtet, dem Unternehmer auf dessen Anforderung eine Absicherung zu stellen (Bauhandwerkersicherung nach § 650f Abs. 1-5 BGB). Dieses Verbraucherprivileg bei der Absicherungspflicht wird beibehalten. Da in Verträgen mit privaten Bauherren jedoch zunehmend vereinbart wird, dass der Verbraucher eine Sicherheit zu stellen hat und entsprechende Klauseln in AGB nach einem Urteil des BGH vom 27. Mai 2010 (Az.: VII ZR 165/09) auch nicht gemäß § 307 BGB unwirksam sind, besteht das Bedürfnis, zum Schutz des Verbrauchers gesetzliche Rahmenbedingungen für solche Vereinbarungen festzulegen.“¹³⁷

Daher darf eine Sicherheitsleistung des Verbrauchers maximal bis zur Höhe des jeweils bestehenden Vorleistungsrisikos des Unternehmers vereinbart werden. Bei Verträgen, nach denen ein Unternehmer in vollem Umfang vorzuleisten hat, ist demnach auch eine Absicherung bis zur Höhe der gesamten Auftragssumme möglich. Leistet der Besteller dagegen Abschlagszahlungen, beschränkt sich das Risiko des Unternehmers und damit sein Absicherungsbedürfnis auf den Betrag der nächsten Abschlagszahlung. Es kann dann auch nur eine Absicherung in Höhe der nächsten Ratenzahlung vereinbart werden, § 650m Abs. 4 BGB. Aus Gründen der Praktikabilität besteht alternativ die Möglichkeit eine Absicherungspflicht des Verbrauchers von pauschal 20 Prozent der Auftragssumme zu vereinbaren.¹³⁸

5.1.5 Erstellung und Herausgabe von Unterlagen, § 650n BGB

Ob und welche Pläne und sonstige Unterlagen über das Bauwerk vom Unternehmer an den Besteller zu übergeben sind, ist bisher eine konfliktträchtige Frage, zu der es keine gesetzliche Regelung und keine einheitliche Rechtsprechung gibt.¹³⁹

Bei Verbraucherbauverträgen, wie dem Schlüsselfertigbau, bei dem auch die Planung dem Unternehmer obliegt, wird häufig keine vertragliche Regelung über die Herausgabe der relevanten Unterlagen an den Besteller getroffen. In der Regel besteht keine Verpflichtung des Unternehmers Planunterlagen, Berechnungen und Zeichnungen an

¹³⁶ Da § 650m BGB nicht im § 650o BGB genannt ist.

¹³⁷ BT Drucksache 18/8486, S. 64.

¹³⁸ BT Drucksache 18/8486, S. 65.

¹³⁹ Hebel 2018, S. 176.

den Besteller herauszugeben, da diese vom Unternehmer lediglich als Mittel zur Herstellung eines mangelfreien Werkes erstellt werden. Das Fehlen von Unterlagen wird von der Rechtsprechung daher nicht als Verletzung einer Hauptpflicht angesehen, so dass der Verbraucher darauf grundsätzlich keine Abnahmeverweigerung stützen kann. Angesichts der immer komplexeren und anspruchsvolleren Bauvorhaben ist ein Bauherr aber darauf angewiesen, genaue Kenntnisse über die der Konstruktion zugrundeliegende Planung und die Art und Weise, in der diese ausgeführt wurde, zu erhalten.¹⁴⁰ Die neue Regelung des § 650n BGB über die Pflichten des Unternehmers zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen über das Bauwerk soll diese Problemstellung klären.

Der Unternehmer ist nach Absatz 1 und 2 „rechtzeitig vor Beginn der Ausführung“ und zusätzlich „spätestens mit Fertigstellung des Werkes“ verpflichtet „erstellte (Planungs-) Unterlagen“ zu übergeben. Beschränkt ist dies in beiden Fällen jedoch auf die Übergabe öffentlich-rechtlich relevanter Unterlagen. Maßstab für das Vorliegen des Herausgabeanspruchs wird zudem dem Wortlaut des § 650 BGB nach sein, ob der Unternehmer die jeweiligen Unterlagen selbst zu erstellen hat.¹⁴¹

Die vor Beginn der Ausführung erstellten Planungsunterlagen nach Absatz 1 werden beispielsweise zur Beantragung der Baugenehmigung bei der Behörde benötigt. Der etwas weiter gefasste Begriff der erstellten Unterlagen zur ordnungsgemäßen Ausführung der Bauleistung nach Absatz 2 wird benötigt, da sich für den Bauherren auch nach Vertragsdurchführung die Notwendigkeit ergeben kann, die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften nachzuweisen.¹⁴²

Zum anderen, so der Gesetzgeber, benötigt der Besteller die Unterlagen für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks oder für einen etwaigen Umbau.¹⁴³ Deshalb soll die Regelung des Absatzes 2 sicherstellen, dass der Verbraucher bei seiner Abnahmeentscheidung auf die Unterlagen über die Errichtung zurückgreifen kann. Dass die Erreichung dieser Zielstellung fraglich ist, wird im Kapitel 6.2.7 erläutert.

Beispiele für die zu übergebenden Unterlagen nach Absatz 1 und 2 sind im Anhang 9 aufgeführt.

Die Vorschrift des Absatzes 3 soll den Verbraucher, der seine Bauvorhaben (teilweise) über einen Darlehens- oder Fördermittelgeber finanziert, in die Lage versetzen, die erforderlichen Nachweise für die Gewährung eines Kredits und für die Einhaltung von Förderbedingungen zu erbringen. Die Absätze 1 und 2 gelten somit auch für Unterla-

¹⁴⁰ BT Drucksache 18/8486, S. 65.

¹⁴¹ Hebel 2018, S.177.

¹⁴² BT Drucksache 18/8486, S. 65.

¹⁴³ Ebd.

gen, die der Besteller gegenüber Kreditinstituten benötigt, sofern dem Unternehmer bei Vertragsabschluss die Absicht zur Finanzierung bekannt war¹⁴⁴ oder er selbst die berechtigten Erwartungen des Bestellers geweckt hat, bestimmte Förderbedingungen einzuhalten. Letzteres erfolgt beispielweise dadurch, dass der Unternehmer für sein Bauprojekt mit dem Hinweis auf die Fördermöglichkeit durch die KfW warb.¹⁴⁵

Verstößt der Unternehmer gegen die Pflicht zur Herausgabe der Bauunterlagen, handelt es sich um eine Verletzung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB. Dem Besteller stehen dann entsprechende Mängelansprüche zu. Er kann die Herausgabe der Unterlagen gerichtlich geltend machen (klagbarer Erfüllungsanspruch) sowie daneben ein Leistungsverweigerungsrecht ausüben. Bei entsprechender Wesentlichkeit der Pflichtverletzung kann auch die Verweigerung der Abnahme gerechtfertigt sein.¹⁴⁶

5.2 Unabdingbarkeit, § 650o BGB

Die Regelungen über den Verbraucherbauvertrag und § 640 BGB sind zum Schutz des Verbrauchers zwingend. Zum Nachteil des Verbrauchers abweichende Vereinbarungen sind nichtig, § 650o S. 1 BGB i. V. m. § 134 BGB.¹⁴⁷ Abweichende Vereinbarungen, welche die Rechte des Verbrauchers erweitern, bspw. Verlängerung der Widerspruchsfrist, sind hingegen möglich.¹⁴⁸

Die Regelungen dürfen auch nicht durch anderweitige Gestaltungen¹⁴⁹ umgangen werden, was bedeutet, dass gegen den Sinn und Zweck der Vorschrift verstoßen wird. Die Umgehung muss dabei nur objektiv vorliegen, eine Umgehungsabsicht ist nicht erforderlich.¹⁵⁰ Umgehende Gestaltungen bleiben unberücksichtigt, stattdessen finden die umgangenen Vorschriften Anwendung.

„Anderes gilt für die Regelungen in § 632a und § 650m, von denen durch Individualvereinbarungen abgewichen werden können soll.“¹⁵¹

Eine Übersicht zu zwingenden und nicht zwingenden Verbraucherschutzvorschriften enthält Anhang 10.

¹⁴⁴ Das heißt der Besteller hat den Unternehmer über die geplante Finanzierung bspw. bei der KfW informiert.

¹⁴⁵ BT Drucksache 18/8486, S. 65f.

¹⁴⁶ Stretz in Dammert et al. 2017, § 5 Rn. 338-345.

¹⁴⁷ MüKoBGB / Busche § 650o Rn. 1.

¹⁴⁸ Palandt / Sprau BGB § 650o Rn. 1.

¹⁴⁹ Bspw. durch anderslautende vertragliche Vereinbarungen oder AGB.

¹⁵⁰ Palandt / Sprau BGB § 650o Rn. 1.

¹⁵¹ BT Drucksache 18/8486, S. 66.

6 Bewertung der Reform

Es ist ein Meilenstein in der Entwicklung des Bauvertragsrechts: Mit der Reform wurden die §§ 631 ff. BGB grundlegend modernisiert und durch Änderung bzw. Einfügung zahlreicher Paragraphen an die Besonderheiten des privaten Baurechts und die Anforderungen des Verbraucherschutzes angepasst.

Bei der gesetzestechnischen Umsetzung des neuen Bauvertragsrechts hat der Gesetzgeber keine schwerfällig ausformulierten Regelungen erstellt, im Gegenteil die Sprache des Reformansatzes ist knapp und verständlich gehalten. Dort, wo unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, wird es Aufgabe der Praxis und Rechtsprechung sein für Klarheit zu sorgen.¹⁵²

6.1 Betrachtung der Ziele

Es war „das vorrangige Ziel, eine möglichst ausgewogene gesetzliche Regelung für einen volkswirtschaftlich bedeutsamen Vertragstyp zu schaffen“.¹⁵³ Statt sich mit einem allgemeinen Werksvertragsrecht von 1890 behelfen zu müssen, soll das Bauvertragsrecht genau den heutigen bauspezifischen Anforderungen gerecht werden. Das ist in weiten Teilen gelungen. Die Änderungen geben dem Baurecht eine neue Struktur und stärken vor allem die Verbraucherrechte.

Das Vorliegen eines gesetzlichen Leitbildes für den Bauvertrag sorgt „für deutlich klarere Verhältnisse [...] und [gleich] viele der bisherigen Defizite der Gesetzeslage nach BGB wirkungsvoll [aus]“.¹⁵⁴

Die Neuregelungen müssen sich natürlich noch in der Praxis bewähren. Es ist sehr wahrscheinlich, dass Baubeteiligte und Interessenverbände Nachbesserungs- und Ergänzungsbedarf anmelden werden, beispielsweise bei der Neuregelung zur Änderung des Vertrages und der zugehörigen Anpassung der Vergütung (§§ 650b, 650c BGB) sowie bei der Neuregelung zur einstweiligen Verfügung (§ 650d BGB). Der Gesetzgeber muss abwarten, wie sich die Beratungs- und Baupraxis auf die neuen Regelungen einstellt. „Denn trotz aller gesetzlicher Neuregelungen wird es vornehmlich Aufgabe der Rechtsprechung sein, [...] das neue Bauvertragsrecht zu konturieren und den Baubeteiligten durch nachvollziehbare und ebenso gut wie überzeugend begründete Entscheidungen den praktischen Umgang mit dem Gesetz zu erleichtern.“¹⁵⁵ Erhofft wird eine gesteigerte Rechtsqualität durch die Einrichtung von Spezialkammern bei den

¹⁵² Beck-shop.de Die Online-Fachbuchhandlung für Recht, Steuern, Wirtschaft (Hrsg.): Das neues Bauvertragsrecht: Schnellschuss oder gelungene Reform – Interview mit Harald Reiter, Richter am Bundesgerichtshof. München, Verlag C.H. Beck oHG, aktualisiert am 2. Juli 2018.

¹⁵³ ARGE Baurecht (Hrsg.): Neues Bauvertragsrecht: Reform gelungen? – Interview mit Rechtsanwalt Olaf Lenkeit. Berlin, 5. März 2017.

¹⁵⁴ ARGE Baurecht 2017: Interview mit Rechtsanwalt Olaf Lenkeit.

¹⁵⁵ Hebel 2018, S. 15.

Landgerichten und Spezialsenaten bei den Oberlandesgerichten, die sich ausschließlich mit Streitigkeiten aus Bauverträgen beschäftigen. Es wird interessant sein zu beobachten, ob die häufige Befassung mit einer bestimmten Rechtsmaterie dieses Ziel erreichen kann.¹⁵⁶

Allerdings hat „das Gesetz [...] einige dringende Probleme des Bauvertragsrechts nicht gelöst“.¹⁵⁷ Zu nennen sind beispielsweise eine Regelung zur Enthftung des Unternehmers bei Erfüllung seiner Bedenken- bzw. Hinweispflicht, eine Regelung zur Mängelhaftung vor der Abnahme sowie eine gesetzgeberische Leitlinie zur Behandlung der Problematik Bauzeit und Bauverzögerungen bzw. zu Anordnungen zur Bauzeit.¹⁵⁸ Der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium für Justiz enthält eine Vielzahl von weiteren Empfehlungen. Es ist also durchaus möglich, und von einigen Autoren¹⁵⁹ dringend erhofft, dass es weitere Reformen zum Baurecht geben wird.

Die mit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts begonnene Modernisierung des Werkvertragsrechts sollte zeitnah fortgeführt werden, denn das Ziel muss die Schaffung eines umfassenden BGB-Bauvertragsrechts sein. Mit der Reform ist lediglich ein guter Anfang gemacht worden. Die weitere Aufgabe des Gesetzgebers besteht nun darin, die Schwachpunkte des Reformgesetzes zu beheben und die noch offenen Fragen in Angriff zu nehmen. Am Ende soll eine Kodifikation stehen, die die Regelungen der VOB/B überflüssig macht.¹⁶⁰

6.2 Betrachtung einzelner Regelungen

6.2.1 Kritik zur Neuregelung der Abnahmefiktion

Das Ziel des Gesetzgebers bestand darin, die vorhandene Regelung zur Abnahmefiktion effektiver zu gestalten. Dabei sollen die Interessen, Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht verteilt werden. Außerdem soll eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme weitgehend ausgeschlossen werden.¹⁶¹

Aus Sicht des Unternehmers wird die neue Regelung des § 640 Abs. 2 BGB stark kritisiert und als ungeeignet zur gewünschten Effizienzsteigerung eingeschätzt. Der Besteller ist durch die Neuregelung besser gestellt als zuvor, da er der Abnahmefiktion sehr leicht entgegentreten kann durch Angabe nur eines Mangels, der weder tatsächlich vorhanden noch wesentlich sein muss. Es besteht eine große Gefahr unberechtigter

¹⁵⁶ Hebel 2018, S. 15.

¹⁵⁷ Lenkeit in Dammert et al. 2017, § 1 Rn. 11.

¹⁵⁸ Lenkeit in Dammert et al. 2017, § 1 Rn. 11.; Oberhauser in Dammert et al., § 2 Rn. 168.

¹⁵⁹ Bspw.: Kniffka in „baurecht“ 2017, S. 1752.; beck-shop.de 2018, Interview mit Harald Reiter.

¹⁶⁰ Beck-shop.de 2018, Interview mit Harald Reiter.

¹⁶¹ BT Drucksache 18/8486, S. 48.

Abnahmeverweigerungen. Zusätzlich kann der Besteller in der Verweigerung nicht benannte Mängel nachschieben. Dem Unternehmer ist jedenfalls zu empfehlen eine Zustandsfeststellung nach § 650g BGB zu verlangen, um die Rechtsfolgen dieser zur Anwendung kommen zu lassen.¹⁶²

Es stellt sich die Frage, wie ein Konsens mit der Regelung des § 640 Abs. 1 S. 2 BGB zu finden ist. Der Besteller kann den Eintritt der Abnahmefiktion durch Benennung eines unwesentlichen Mangels verhindern, obwohl ihn unwesentliche Mängel nach altem wie neuem Recht nicht zur Abnahmeverweigerung berechtigen.¹⁶³ Wie soll der Unternehmer die Abnahme herbeiführen, wenn sich der Besteller auf einen unwesentlichen Mangel beruft? Einerseits ist der Besteller in diesem Fall zur Abnahme verpflichtet, § 640 Abs. 1 S. 2 BGB, andererseits führt die Berufung auch auf einen unwesentlichen Mangel zur Verhinderung des Eintritts der Abnahmefiktion § 640 Abs. 2 S. 1 BGB. Das Problem der unberechtigten Abnahmeverweigerung ist nach den Grundsätzen des Schuldnerverzugs zu lösen. Stellt sich eine unberechtigte Abnahmeverweigerung heraus, kommt der Besteller in Abnahmeverzug und die Vergütungsgefahr geht auch ohne Abnahme auf den Besteller über.¹⁶⁴

Aber auch der Besteller sieht sich Nachteilen durch die Neuregelung gegenüber, da „eine Erklärungsobliegenheit gegen den Besteller herbeigeführt [wird], die für diesen einen Rechtsnachteil zur Folge hat, wenn er sich nicht rechtzeitig erklärt“.¹⁶⁵ Denn dann gilt das Werk als abgenommen mit allen rechtlichen Konsequenzen, unbeachtet dessen, ob tatsächlich (wesentliche) Mängel vorliegen.

Meiner Meinung nach ist es dem Besteller jedoch zumutbar sich rechtzeitig zur Abnahme des Bauwerkes zu äußern. Gerade bei einem Bauobjekt der genannten Größe beobachtet der Besteller kontinuierlich den Fortschritt und wird nur im seltensten Fall unvermittelt vor vollendete Tatsachen gestellt werden oder es gänzlich versäumen zur Abnahme zu erscheinen. Die Neuregelung der Mangelbenennung zur Verhinderung der Abnahmefiktion stärkt die Rolle des Bestellers eindeutig, wird aber wahrscheinlich aufgrund der oben genannten Argumente auch zukünftig zu Rechtsstreitigkeiten führen.

6.2.2 Überlegungen zum Änderungsbegehren

Dass das in der Praxis wichtige Thema der Vertragsänderung eine gesetzliche Regelung mit Leitbildfunktion erfährt, ist positiv hervorzuheben. Problematisch ist allerdings der komplizierte Ablauf der Umsetzung des Änderungsbegehrens, der zu Rechtsunsicherheiten

¹⁶² Oberhauser in Dammert et al. 2017, § 3 Rn. 20.

¹⁶³ Gemäß § 640 Abs. 1 S. 2 BGB.

¹⁶⁴ Gemäß § 644 Abs. 1 S. 2 BGB.

¹⁶⁵ Jacob 2018, S. 79.

cherheit führen wird, zumindest bis klärende Entscheidungen durch die Rechtsprechung vorliegen.¹⁶⁶

Durch das Anordnungsrecht des Bestellers werden Streitigkeiten darüber entstehen, ob überhaupt eine Leistungsänderung gemäß § 650b Abs. 1 BGB vorliegt und ob diese eine gewillkürte Änderung des Werkerfolges nach Nr. 1 oder eine notwendige Änderung des Werkerfolges nach Nr. 2 ist. Beispielhaft dazu werden die Mengenänderung bei Vereinbarung von Einheitspreisen und die Anordnung von zeitlichen Änderungen näher betrachtet.

Haben die Parteien die Vergütung anhand eines Leistungsverzeichnisses mit Einheitspreisen vereinbart, kann sich im Bauverlauf herausstellen, dass voraussichtlich angegebene Mengen deutlich über- oder unterschritten werden. Durch solche Mengenänderungen können sich die Kosten des Unternehmers gegenüber den Annahmen bei Vertragsschluss verändern. Typischerweise betrifft dies Größenvorteile, die sich bei nicht erwarteten Mehrmengen verstärken, bei Mindermengen kleiner als geplant ausfallen. Eine Partei wünscht sich die Preisanpassung, die andere möchte an den vereinbarten Preisen festhalten. Es handelt sich bei dieser Fallgestaltung weder um eine gewillkürte noch um eine notwendige Änderung gemäß § 650b Abs. 1 BGB, denn der Unternehmer baut in beauftragter Weise das, was beauftragt wurde. Lediglich die Mengenprognosen haben sich als falsch erwiesen.¹⁶⁷

Ein anderer Fall ist die Frage, ob die Anordnung des Bestellers zu zeitlichen Änderungen von § 650b Abs. 1 BGB umfasst ist. Die Fallgruppen der Modifikation von Zeitfenstern und die Anordnung von Beschleunigungsmaßnahmen müssen dabei differenziert werden. Nach neuem Recht könnte bezüglich der ersten Fallgruppe gelten, dass die Änderung der Bauzeit kein zulässiger Fall einer gewillkürten Änderung i.S.d. Nr. 1 ist, denn der Werkvertrag ist kein Fixvertrag. Durch den zugrundeliegenden Terminplan werden in der Regel zeitliche Pflichten nur für den Unternehmer begründet. Die Verschiebung des Zeitfensters erfüllt keine Änderung des inhaltlichen Leistungssolls, die Beschaffenheit des Werkes wird nicht modifiziert, nur der Herstellungsablauf. Allerdings kann die Änderung des Bauablaufs durchaus als notwendige Änderung i.S.d. Nr. 2 aufgefasst werden, vor allem wenn durch Störungen oder Verzug eines Vorgewerks keine Baufreiheit besteht und die Veränderung des Zeitfensters damit zur Erreichung des Werkerfolges notwendig ist. Auch die VOB/B bewertet die Bauzeitänderung überwiegend als Leistungsänderung. Die Fallgruppe der Anordnung von Beschleunigungsmaßnahmen, wie bspw. die Erhöhung des Personals, könnte eine gewillkürte

¹⁶⁶ Oberhauser in Dammert et al. 2017, § 2 Rn. 93.

¹⁶⁷ Retzlaff in „baurecht“ 2017, S. 1788.

Änderung darstellen i.S.d. Nr. 1. Dies wird aber zu klären bleiben. Zudem wird sich der Unternehmer im Einzelfall auf Unzumutbarkeit berufen können.¹⁶⁸

Zweifelsfrei ist es daher bei Änderungsbegehren die beste, sowie vom Gesetzgeber präferierte Variante, eine Einigung anzustreben. Vor allem als Hinweis an den Besteller gilt, unbedingt in erster Linie auf eine Einigung hinzuwirken, da sonst zunächst die 30 Tage der gesetzlichen Frist abgewartet werden müssen und anschließend die Anordnung vom Unternehmer ggf. wegen Unzumutbarkeit abgelehnt werden kann.¹⁶⁹

Daneben gibt es Bedenken, dass die gesetzliche Frist von 30 Tagen deutlich zu lang und zu unpraktikabel sei, gerade bei größeren Bauvorhaben oder bei Leistungen, die einem engen Zeitplan folgen. Die Vertragsparteien sind gut beraten, sich insoweit auf eine kürzere Frist zu verständigen, was jedenfalls individualvertraglich möglich ist.¹⁷⁰

6.2.3 Einwände zum Berechnungsmodus der Vergütungsanpassung

Ziel des Gesetzgebers zur Einführung der Neuregelung über die Berechnung von Mehr- oder Minderkosten bei Änderungsbegehren (§ 650c BGB) ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung zu vermeiden.¹⁷¹

Ob dies gelingen wird, bleibt abzuwarten. Die Neuregelung wird viele Ansatzpunkte für Meinungsverschiedenheiten geben. Die Berechnung des Preises aufgrund der Differenz zwischen den Kosten ohne Anordnung und Kosten mit Anordnung hört sich vergleichsweise einfach an, wird aber in der Praxis zu nennenswerten Schwierigkeiten führen. Der Besteller muss auf die, maßgeblich von innerbetrieblichen und damit nur bedingt prüfbareren Umständen abhängige, Kostenberechnung des Unternehmers vertrauen. Der Unternehmer hat beim Ermitteln der Ist-Kosten durch die Anordnung einen beträchtlichen Spielraum zur Verfügung um die Kostenberechnung in einer für seine Bedürfnisse und Interessen gewünschten Art und Weise ausfallen zu lassen. Empfehlenswert ist zumindest, dass der Besteller im Rahmen der Vertragsgestaltung für den Fall der Leistungsänderung Vorsorge trifft und den Unternehmer zu entsprechenden Angaben verpflichtet, so dass für die Ermittlung von geplanten Kosten relevante Informationen aus den Angebots- und Vertragsunterlagen abgeleitet werden können.¹⁷²

Zur 80-Prozent-Regelung des § 650c Abs. 3 BGB besteht bezüglich des Verbraucherschutzes „regelrechtes Entsetzen“.¹⁷³ Danach kann der Unternehmer nach Anordnung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung 80 Prozent seines Nachtragsangebots im

¹⁶⁸ Retzlaff in „baurecht“ 2017, S. 1788-1790.

¹⁶⁹ Wenkebach 2017, S. 67.

¹⁷⁰ Hebel 2018, S. 130.

¹⁷¹ BT Drucksache 18/8486, S. 55.

¹⁷² Hebel 2018, S. 140f.

¹⁷³ Beck-shop.de 2018, Interview mit Harald Reiter.

Wege der Abschlagszahlung verlangen (und ggf. im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB durchsetzen). „Jeder, der mit Bausachen befasst war/ist, weiß, dass Nachträge häufig weit davon entfernt sind, zu 80 Prozent gerechtfertigt zu sein. Schon gar nicht gibt es einen dahingehenden Erfahrungssatz. Die Regelung öffnet Manipulationen im Zusammenhang mit Nachträgen Tür und Tor, z. B. dann, wenn der Unternehmer der Versuchung nicht widersteht, die 80-Prozent-Grenze dadurch zu umgehen, dass er sein Nachtragsangebot (bewusst) zu hoch ansetzt, um letztlich im Wege der Abschlagszahlung bereits die volle Vergütung zu erhalten.“¹⁷⁴ Es stellt auch keine ausreichende Gegenmaßnahme dar, den Besteller auf einen fragwürdigen Rückzahlungsanspruch mit Verzinsungspflicht zu verweisen.¹⁷⁵

6.2.4 Beurteilung der Möglichkeit einer Einstweiligen Verfügung

Um gegenseitige Blockadehaltungen in Konfliktfällen des Anordnungsrechts aufzulösen, hat der Gesetzgeber ein neues Instrumentarium geschaffen: die „Bauverfügung“¹⁷⁶. Es ist sinnvoll Streitigkeiten über eine Leistungsänderung und deren Auswirkung auf die Vergütung schnell gerichtlich klären zu können. Das erleichterte Erlangen einer einstweiligen Verfügung ist zu begrüßen.¹⁷⁷

Zu beachten ist jedoch der begrenzte Anwendungsbereich des § 650d BGB. Nur Streitigkeiten aus §§ 650b, 650c BGB können im Wege der Einstweiligen Verfügung vorläufig geklärt werden. Andere, ebenfalls klärungsbedürftige Themen, wie etwa die Berechtigung einer Abschlagsrechnung für die vertraglich vereinbarte Leistung oder Streitigkeiten über offene Schlusszahlungsforderungen fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 650d BGB.

Es ist indes „nicht unproblematisch diese auch technisch und baubetrieblich diffizilen Fragestellungen [...] mit den Mitteln des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu bewältigen“.¹⁷⁸ Auch spezialisierte Baukammern an den Landgerichten werden diese Anliegen regelmäßig nur unter Hinzuziehung sachverständiger Hilfe beantworten können.¹⁷⁹ Mit Blick darauf scheint es unrealistisch, dass die jetzige Regelung des § 650d BGB geeignet ist eine vollständige Befriedung des Konflikts zu bewirken. Dies ist gleichwohl auch eine überhöhte Erwartung an § 650d BGB, der lediglich dem Baustillstand entgegenwirken und Liquiditätsengpässe beseitigen soll.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Beck-shop.de 2018, Interview mit Harald Reiter.

¹⁷⁵ Ebd.

¹⁷⁶ Der Begriff wird in verschiedener Literatur verwendet, u.a. bei Beiträgen der ARGE Baurecht.

¹⁷⁷ Oberhauser in Dammert et al 2017, § 2 Rn.140.

¹⁷⁸ Ebd.

¹⁷⁹ Beck-shop.de 2018, Interview mit Harald Reiter.

¹⁸⁰ Essig, Jennifer: Schnelle Leistung, schnelles Geld? Die „Bauverfügung“ nach § 650d BGB. Berlin, ARGE Baurecht (Hrsg.), 29.11.2017.

Ein positiver Nebeneffekt kann durchaus darin bestehen, „dass von Sachkunde getragene fundierte Entscheidungen im Schnellverfahren zwar zunächst einen höheren Arbeitsanfall verursachen, aber auf längere Sicht die Gerichte entlasten werden, weil nicht nur das aktuelle Rechtsschutzinteresse der Parteien befriedigt wird, sondern zugleich die Chance besteht, ein kostspieliges und langwieriges Hauptsacheverfahren zu vermeiden“.¹⁸¹

Ob die Gerichte die Neuregelung effizient umsetzen können, ist ein kritisches Thema. Das Gesetz geht den richtigen Weg, denn das Bauvertragsrecht ist derart komplex, dass es nur durch spezialisierte Richter bewältigt werden kann. Die Einrichtung auf Bausachen spezialisierter Zivilkammern und -senate bei den Land- und Oberlandesgerichten war überfällig. Die Präsidien der Gerichte und die Landesjustizverwaltung müssen allerdings entsprechende Kapazitäten zur Verfügung stellen. Eine personell ausreichend ausgestattete Baukammer sollte in der Lage sein, auch Großverfahren zügig abzuschließen und den anderen Prozessbeteiligten stets mindestens auf Augenhöhe gegenüber zu treten.¹⁸²

6.2.5 Einschränkungen beim Verbraucherschutz

Es ist besonders erfreulich, dass der Gesetzgeber auch die spezifischen Bedingungen berücksichtigt hat, denen ein Verbraucher beim Bau eines Hauses ausgesetzt ist. Die im Kapitel Verbraucherbaupvertrag geregelten Vorschriften sind zwingendes Recht, der Unternehmer kann sie also nicht durch die Vertragsgestaltung umgehen.

Aber aufgrund der Definition des Verbraucherbaupvertrages sind Bauverträge für Neubaupvorhaben bei einer Einzelvergabe sowie die meisten Sanierungen, Instandhaltungen und Instandsetzungen keine Verbraucher**baup**verträge, sondern Verbraucherverträge i.S.v. § 312 BGB. Die extra auf den Baubereich zugeschnittenen und weitergehenden Schutzvorschriften der §§ 650i ff. BGB finden damit keine Anwendung.¹⁸³ Beim Verbrauchervertrag gibt es lediglich Informationspflichten nach § 312d BGB (ohne bauspezifische Angaben), sowie ein Widerrufsrecht nach § 312g BGB.

Das bedeutet für Anbauten und Renovierungen ohne erhebliche Umbauten gelten die besonderen Verbraucherschutzvorschriften ebenso wenig wie bei Beauftragung mehrere Unternehmen mit verschiedenen Bauleistungen.

Die Einschränkungen bezeichnen sich demnach zum einen nur neue Gebäude und nur erhebliche Umbaumaßnahmen und zum anderen nur Bauleistungen „aus einer Hand“.

¹⁸¹ Beck-shop.de 2018, Interview mit Harald Reiter.

¹⁸² Ebd.

¹⁸³ Stretz in Dammert et al. 2017, § 5 Rn.10.

Für einen Verbraucher dürfte es inhaltlich aber keinen Unterschied machen, ob er bei der Errichtung seines Einfamilienhauses alle Gewerke an einen Generalunternehmer vergibt oder die Leistung im Wege der Einzelvergabe durch verschiedene Unternehmer ausführen lässt. Außerdem fallen Instandhaltungen und Instandsetzungen¹⁸⁴ aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherbauvertrages, und mögen sie auch noch so umfangreich und kostenaufwendig sein, heraus.¹⁸⁵ Dies verwundert insbesondere, da der Gesetzgeber die Vorschriften mit der Begründung der hohen wirtschaftlichen Belastung von Bauaufträgen für den Verbraucher begründet. Allerdings unterliegt er der Vorstellung, dass allein der Bauvertrag über die komplette Errichtung eines Einfamilienhauses wirtschaftlich bedeutsam für den Verbraucher sei. Der Gesetzgeber übersieht dabei, dass es gleich schwer wiegt, wenn das Eigenheim durch mehrerer Unternehmer errichtet wird (Einzelvergabe) oder es sich „nur“ um Sanierungsarbeiten handelt.

Durch die Abgrenzung in § 650i BGB wird eine große Anzahl an Verträgen über Bauleistungen mit Verbrauchern aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherbauvertrages ausgeblendet. Die Anwendungsschwelle des Verbraucherbauvertrages als eine Form des Bauvertrages ist somit relativ hoch.

Zweckmäßiger wäre es, wenn jeder Bauvertrag i.S.d. § 650a BGB mit einem Verbraucher auch ein Verbraucher**ba**uvertrag ist, weil seine Normen dem Verbraucher wegen der bauspezifischen Ausgestaltung der Pflichten einen besseren Schutz gewährleisten als die §§ 312 ff BGB. Außerdem wird der Verbraucherbauvertrag den Besonderheiten des Bauens, neben dem Verbraucherschutz auch in Bezug auf die Bauherren- und Unternehmerrechte, bspw. die §§ 650b und 650c betrachtend, weit besser gerecht als die Vorschriften des einfachen Verbrauchervertrages.¹⁸⁶

6.2.6 Auffälligkeiten beim Widerrufsrecht

Durch den Widerruf nach § 650i BGB wandelt sich der zunächst wirksame Vertrag in ein Rückabwicklungsverhältnis um. Bereits empfangene Leistungen sind unverzüglich dem anderen Vertragspartner zurückzugewähren. Eine Rückgewähr von bereits erbrachten Bauleistungen an den Unternehmer ist zumeist nicht möglich, so dass der Besteller Wertersatz zu leisten hat. Für die Ermittlung der Höhe des Wertersatzes wird hier nicht der Marktwert, sondern die vereinbarte Vergütung maßgeblich sein, § 357d BGB. Dies ist in so fern problematisch, da dabei konkret vorhandene Mängel und der

¹⁸⁴ Bspw. Einbau einer neuen Heizungsanlage, Neueindeckung des Daches.

¹⁸⁵ Pause in „baurecht“ 2017, S. 432.

¹⁸⁶ Pause in „baurecht“ 2017, S.432f.

Umstand, dass für die ausgeführte Leistung keine Mängelhaftung besteht, unberücksichtigt bleiben.¹⁸⁷

„Der Verbraucher läuft also Gefahr, dass der Unternehmer die bereits erbrachten Leistungen nach den Vertragspreisen abrechnet, obwohl er, der Verbraucher, durch den Widerruf seine Mängelrechte verliert und auf einem Bautorso sitzenbleibt, mit dem er nichts anfangen kann oder den er für teures Geld durch einen Drittunternehmer fertig stellen lassen muss.“¹⁸⁸ Dies könne jedoch dadurch ausgeglichen werden, dass der Verbraucher den Einwand einer unverhältnismäßig hohen Vergütung erhebt und damit den Preis einer Kontrolle unterziehen kann.¹⁸⁹

Auffällig verbraucherunfreundlich sind zudem die Bestimmungen, die im Gegensatz zur Regelung von Verbraucherverträgen nach § 357 Abs. 8 BGB bestehen: Beim Verbraucher**bau**vertrag kann ein Wertersatz auch dann verlangt werden, wenn der Verbraucher nicht ausdrücklich zur Leistungserbringung vor Ablauf der Widerrufsfrist aufgefordert hat. Auch die Voraussetzung, dass der Verbraucher über das Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt wurde, findet beim Verbraucher**bau**vertrag keinen Regelungsinhalt. Bei der Erbringung sonstiger Bauleistungen auf der Grundlage eines Verbrauchervertrages¹⁹⁰ ginge der Unternehmer ohne diese beiden Voraussetzungen leer aus.¹⁹¹

6.2.7 Erläuterung zur Herausgabepflicht von Bauplanungsunterlagen

„In der Vergangenheit haben diverse Unternehmer stets versucht, den Besteller durch Zurückhaltung wichtiger Unterlagen, die dieser zur Vorlage bei Behörden benötigt, zu Zugeständnissen, insbesondere zu Zahlungen zu bewegen. Dem hat das Gesetz nunmehr einen Riegel vorgeschoben.“¹⁹²

In Bezug auf die für die Behörde benötigten Unterlagen ist dies wohl gelungen. Aber die Beschränkung der Regelung auf die von der Behörde geforderten Unterlagen in § 650n BGB werden der Intention des Gesetzgebers, dem Verbraucher benötigte (Planung-)Unterlagen für die spätere Unterhaltung, Instandsetzung und für Umbauten des Bauwerks verfügbar zu machen, nicht gerecht.

Die vom Unternehmer erstellten Ausführungs- und Fachpläne der verschiedenen Gewerke (Verlegepläne der Sanitär-, Heizungs-, Lüftungs- und Elektroinstallationen) sowie Bestandspläne des Gebäudes (bspw. für bestimmte Bereiche der Technischen

¹⁸⁷ Wenkebach 2017, S. 85.

¹⁸⁸ Beck-shop.de 2018, Interview mit Harald Reiter.

¹⁸⁹ Pause in „baurecht“ 2017, S. 436.

¹⁹⁰ Gerade außerhalb des Anwendungsbereichs des Verbraucherbauvertrages.

¹⁹¹ Pause in „baurecht“ 2017, S. 436.

¹⁹² Jacob 2018, S. 78.

Ausrüstung) werden von der neuen Regelung gerade nicht erfasst. Denn diese werden für Nachweise gegenüber der Baubehörde nicht benötigt. Es wird immer darauf ankommen, ob der jeweilige Plan zum Nachweis der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften notwendig ist, da dem Wortlaut folgend lediglich Dokumentationspflichten zu behördlich geforderten Unterlagen geregelt werden. Und genau diese werden im Zuge der Liberalisierung des öffentlichen Baurechts, zumal bei kleineren Bauvorhaben, immer geringer. Sie bieten also keine Gewähr dafür, dass der Besteller die Unterlagen erhalten wird, die er für die Unterhaltung, Instandsetzung und etwaige spätere Änderung des Bauwerks tatsächlich benötigt.¹⁹³

„Vor diesem Hintergrund sind die Vertragsparteien nach wie vor gut beraten, wenn sie vertragliche Regelungen in Bezug auf die zu übergebenden Unterlagen treffen.“¹⁹⁴ Für den Bauherrn ist zu empfehlen mithilfe eines Bauherrenberaters schon im Rahmen des Vertragsschlusses eine Liste oder Aufstellung derjenigen Dokumente zu erstellen, die bei Baubeginn, während der Bauausführung und spätestens zur Abnahme benötigt werden.

6.3 Ausblick zu Auswirkungen auf die VOB/B

Die „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“ (VOB/B) sind entstanden, weil das BGB dahingehend bisher ein Regelungsdefizit aufwies. Aufgrund dessen hat es sich durchgesetzt bei komplexeren Bauvorhaben und v. a. im unternehmerischen Geschäftsverkehr die VOB/B zu vereinbaren. Ursprünglich nur für Bauvorhaben der öffentlichen Hand konzipiert, handelt es sich um ein seit vielen Jahren anerkanntes Regelwerk. Herausgegeben und aktualisiert wird es vom DVA.¹⁹⁵ Die Auslegung der VOB/B ist mittels der Rechtsprechung weit vorangeschritten und sorgt daher für Klarheit. BGB-Bauverträge hingegen waren in der Praxis sowie der Rechtsprechung bisher kaum anzutreffen.¹⁹⁶

Das neue Bauvertragsrecht greift an vielen Stellen Regelungen aus der VOB/B auf. Teilweise entwickelt das BGB allerdings neue und eigene Vorschriften, was Fragen zum Verhältnis zur VOB/B und zu ihrem zukünftigen Fortbestand aufwirft.

Einerseits wird die Ansicht vertreten, dass die Anwendung der VOB/B sinnvoll bleibt, da sie diverse Regelungen zu Rechten und Pflichten enthält, die mit dem Bauvertragsrecht und dem Verbraucherbauvertrag nicht abgedeckt wurden. Zu nennen sind bei-

¹⁹³ Pause in „baurecht“ 2017, S. 439.

¹⁹⁴ Hebel 2018, S. 177.

¹⁹⁵ Dem DVA gehören Vertreter aller wichtigen öffentlichen Auftraggeber sowie Spitzenorganisationen der Wirtschaft und Technik in paritätischer Zusammensetzung an.

¹⁹⁶ Jacob 2018, S. 81.

spielsweise das Recht des Auftraggebers vor Fertigstellung Mangelbeseitigung zu verlangen sowie Regelungen zu den Behinderungen der Bauausführung.¹⁹⁷

Eine andere Auffassung ist hingegen, dass mit Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts ein zwingendes Bedürfnis die VOB/B zu vereinbaren nicht mehr besteht. Vor allem da dieses nunmehr beispielsweise Rechte des Bauherrn zur Anordnung geänderter Leistungen beinhaltet.¹⁹⁸

Sollten sich die Vertragsparteien dafür entscheiden die VOB/B anzuwenden, so ist ihnen dringend zu raten diese unverändert als Ganzes zu vereinbaren.¹⁹⁹ Denn das BGB privilegiert die Regelungen der VOB/B, in dem Maß, dass wenn die VOB/B als Ganzes und ohne Änderungen vereinbart wird, keine Überprüfung der einzelnen Klauseln auf ihre Wirksamkeit stattfindet, § 310 Abs. 1 S. 3 BGB. Kommen nur einzelne VOB/B-Vorschriften zum Einsatz, muss nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Wirksamkeitskontrolle nach §§ 307 ff. BGB erfolgen. Die Regelungen dürfen dem gesetzlichen Leitbild des BGB nicht widersprechen, ansonsten sind sie unwirksam.²⁰⁰

Dies ist derzeit bei einigen Klauseln anzunehmen, denn die Änderungen des BGB, führen dazu, dass einige der derzeitigen Regelungen der VOB/B vom neuen gesetzlichen Leitbild abweichen.²⁰¹ So ist es außerordentlich fraglich, ob insbesondere die Regelungen der VOB/B zu den Leistungsänderungen und der entsprechenden Anpassung der Vergütung einer Inhaltkontrolle anhand des neuen Bauvertragsrechts noch standhalten und wirksam vereinbart werden können.²⁰²

Zwangsläufig wird es zu einer Anpassung der Regelungen der VOB/B kommen müssen. Der DVA hat mitgeteilt die VOB/B werde aktualisiert und unter Einbeziehung des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts praxisorientiert weiterentwickelt.²⁰³ Allerdings hat der für die VOB/B zuständige Hauptausschuss Allgemeines²⁰⁴ des DVA am 18. Januar 2018 mehrheitlich den Beschluss gefasst, die VOB/B zunächst unverändert zu lassen. Folgende Erwägungen wurden zugrunde gelegt: Der HAA präferiert eine

¹⁹⁷ Jacob 2018, S. 81.

¹⁹⁸ ARGE Baurecht 2018: 10-Punkte-Plan zum Bauvertragsrecht, 4. Vertragsbedingungen.

¹⁹⁹ Da es sich bei der VOB/B um keine gesetzliche Grundlage, sondern um AGB handelt, muss sie – anders als das BGB- immer ausdrücklich vereinbart werden um Vertragsgrundlage zu werden. Vgl. Jacob 2018, S. 82.

²⁰⁰ Herbst, Florian: Das neue Bauvertragsrecht in der Praxis – eine Einordnung. Berlin, ARGE Baurecht (Hrsg.), 29.05.2018.

²⁰¹ Aber auch schon vor der Einführung des neuen Bau- und Werkvertragsrechts wurden einige Regelungen der VOB/B als unangemessen und damit als unwirksam angesehen, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wurde. Hierzu gehören zum Beispiel die Abnahmefiktion des § 12 Abs. 5 VOB/B oder die Regelungen zum Schlusszahlungsvorbehalt in § 16 Abs. 3 VOB/B.

²⁰² Franz, Birgit vom Vorstand der ARGE Baurecht in ARGE Baurecht: 10-Punkte-Plan 2018, 4. Vertragsbedingungen.

²⁰³ Kniffka in „baurecht“ 2017, S. 1752.

²⁰⁴ Der HAA hat die VOB/B vor dem Hintergrund des am 01.01.2018 in Kraft getretenen gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auf ihren Aktualisierungsbedarf hin geprüft.

Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung zu beobachten. Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht: Die Praxis müsste sich zeitgleich zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auch auf eine veränderte VOB/B einstellen, die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen wäre mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags jedoch nicht gewährleistet. Die Entwicklung der Rechtsprechung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, insbesondere unter AGB-rechtlichen Aspekten, wird verfolgt werden und daraus werde ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B abgeleitet.²⁰⁵

Eine mit dem neuen Recht konforme Neufassung der VOB/B ist auf absehbare Zeit nicht zu erwarten. Deshalb werden sich die Gerichte in den kommenden Jahren (ggf. auch in einstweiligen Verfügungsverfahren nach § 650d BGB) mit der Rechtsfrage zu befassen haben, ob die abweichenden Regelungen der VOB/B wirksam sind.

Da es in der Praxis kaum Verträge gibt, welche die VOB/B in unveränderter Form beinhalten, wird dieser Zeitraum der Unsicherheit von Bauunternehmen bei Abschluss eines VOB-Vertrages durch ergänzende Vereinbarungen, die die neuen Regelungen im BGB aufgreifen, überbrückt werden müssen.²⁰⁶

Bauunternehmer haben bei öffentlichen Aufträgen das beschriebene Problem im Übrigen nicht. Öffentliche Auftraggeber sind zwar zur Verwendung der VOB/B verpflichtet. Da sie allerdings sogenannte AGB-Verwender der VOB/B sind, gehen etwaige nachteilige oder unwirksame Regelungen zu ihren Lasten, § 305c Abs. 2 BGB. Bei öffentlichen Aufträgen haben Bauunternehmer insofern keine rechtlichen Nachteile durch die Einbeziehung der VOB/B zu befürchten.²⁰⁷

Dementsprechend stellt sich aber speziell für die öffentlichen Auftraggeber, die die VOB/B auch seit Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts bei Bauaufträgen unverändert verwenden müssen, § 8a Abs. 1,2 Nr. 2 VOB/A, ebenso die Frage, ob die abweichenden Regelungen, insbesondere das Anordnungsrecht der VOB/B, wirksam vereinbart werden können. Die Frage ist heftig umstritten und man darf auf erste Erfahrungen gespannt sein. Außerdem unterliegt „schließlich [...] selbst die privilegierte VOB/B der Inhaltskontrolle dahingehend, ob sie aufgrund ihrer Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des neuen Bauvertragsrechts noch einen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der Interessen enthält. Der öffentliche Auftraggeber wird daher

²⁰⁵ DVA: Beschluss zur VOB/B. 18.01.2018.

²⁰⁶ Herbst 2018.

²⁰⁷ Herbst 2018.

durch § 8a VOB/A zur Vereinbarung von Klauseln gezwungen deren Wirksamkeit zumindest höchst unsicher ist“.²⁰⁸

Durch den Stillstand in der Fortentwicklung der VOB/B wird neben Rechtsunsicherheit in Bauprojekten der öffentlichen Hand auch der Fortbestand der in der Praxis weiterhin hoch angesehenen VOB/B riskiert.

²⁰⁸ Dreher, Meinrad; Fuchs, Heiko: Stillstand ist der Tod – Das VOB/B-Dilemma der öffentlichen Hand. Fachzeitschrift „NZBau“ Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, Heft 1, 20. Jahrgang, Verlag C.H. Beck oHG, Januar 2019, S. 1f., S. 2.

Thesen

1. Durch die Reform wird das Bauvertragsrecht erstmalig als eigenes Rechtsgebiet normiert.
2. Aus dem neuen Bauvertragsrecht folgt ein gesetzliches Leitbild für die Wirksamkeitskontrolle bzw. Inhaltskontrolle von AGB bei Bauverträgen.
3. Ein bedeutender Komplex ist die gesetzliche Neuregelung, die die Änderungen des Vertrages, in Form des Anordnungsrechts des Bestellers sowie die damit verbundene Vergütungsanpassung für den Unternehmer, festschreibt.
4. Die Verbraucherrechte werden durch die neuen Schutzvorschriften des Verbraucherbauvertrags gestärkt.
5. Die Definition des Verbraucherbauvertrags hat einen europarechtlichen Hintergrund und gilt nur für einen engen Anwendungsbereich.
6. Trotz gesetzlicher Neuregelungen wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein das neue Bauvertragsrecht zu konturieren und den Baubeteiligten durch nachvollziehbare und gut begründete Entscheidungen den praktischen Umgang mit dem Gesetz zu erleichtern.
7. Für das komplexe Thema des Bauvertragsrechts werden auf Bausachen spezialisierter Zivilkammern und -senate bei den Land- und Oberlandesgerichten eingerichtet.
8. Das neue Bauvertragsrecht greift an vielen Stellen Regelungen aus der VOB/B auf. Teilweise entwickelt das BGB allerdings neue und eigene Vorschriften, was Fragen zum Verhältnis zur VOB/B und zu ihrem zukünftigen Fortbestand aufwirft.

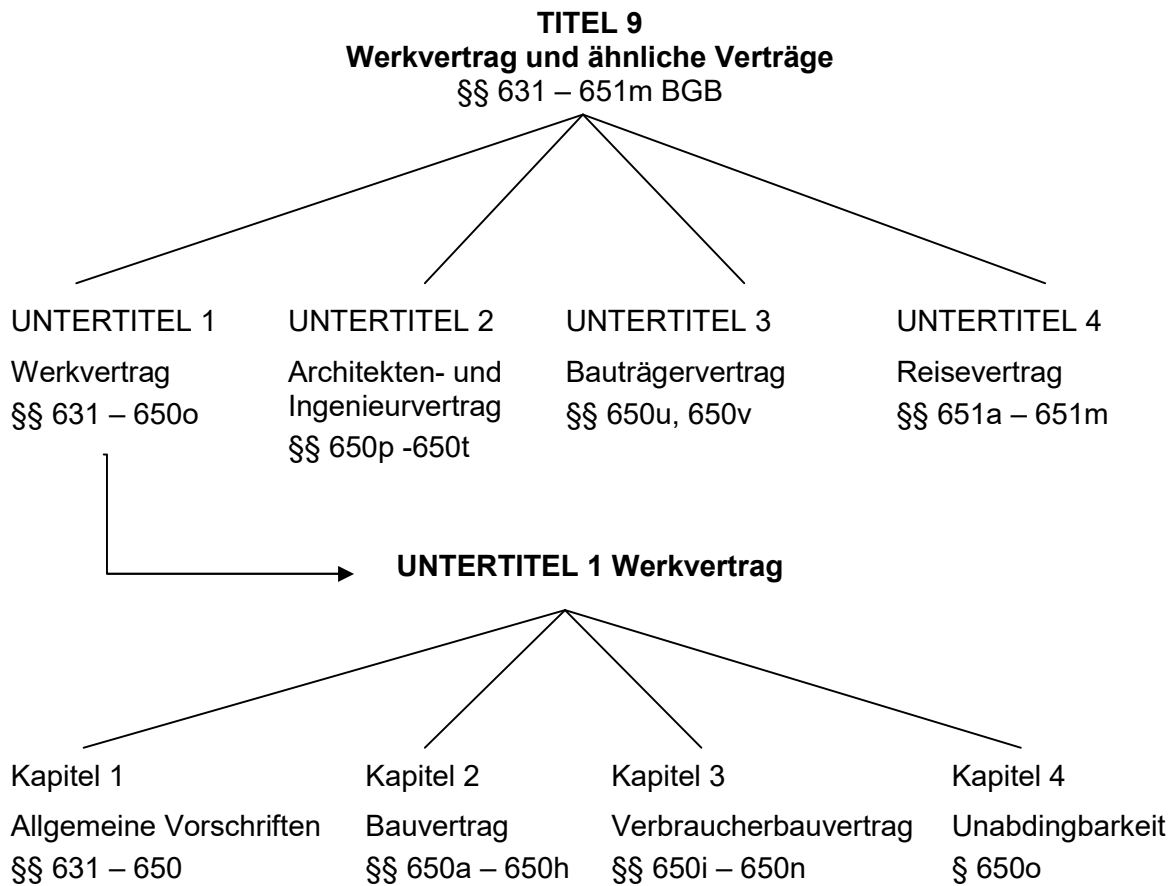
Anhang

Anhang 1: Inhaltübersicht Titel 9 BGB mit Paragraphen	VI
Anhang 2: Systematischer Aufbau des Titels 9 BGB.....	VII
Anhang 3: Definition Bauvertrag § 650a BGB in Abgrenzung zum Werkvertrag.....	VIII
Anhang 4: Mögliche Gründe für die Erlangung einer einstweiligen Verfügung	IX
Anhang 5: Beispiel zum Ablauf einer Bauverfügung	X
Anhang 6: Abnahmefiktion im Überblick und Rechtsfolgen der Abnahme	XI
Anhang 7: Überblick Verbraucherbaupvertrag	XII
Anhang 8: Definition Verbraucherbaupvertrag in Abgrenzung zum Bauvertrag.....	XIII
Anhang 9: Beispiele für Unterlagen nach § 650n BGB.....	XIV
Anhang 10: Zwingende und nicht zwingende Verbraucherschutzvorschriften	XV
Anhang 11: Zusammenfassung des Bauvertragsrechts: 10-Punkte-Übersicht.....	XVI

Anhang 1: Inhaltübersicht Titel 9 BGB mit Paragraphen

TITEL 9 Werkvertrag und ähnliche Verträge	zugehörige Paragraphen
UNTERTITEL 1	
Werkvertrag	§§ 631 – 650o
Kapitel 1	
Allgemeine Vorschriften	§§ 631 – 650
Kapitel 2	
Bauvertrag	§§ 650a – 650h
Kapitel 3	
Verbraucherbauvertrag	§§ 650i – 650n
Kapitel 4	
Unabdingbarkeit	§ 650o
UNTERTITEL 2	
Architektenvertrag und Ingenieurvertrag	§§ 650p – 650t
UNTERTITEL 3	
Bauträgervertrag	§§ 650u, 650v
UNTERTITEL 4	
Reisevertragsrecht	§§ 651a – 651y

Anhang 2: Systematischer Aufbau des Titels 9 BGB²⁰⁹



²⁰⁹ Wellensiek, Tobias. Der „neue“ Bauvertrag als eigenständiger Vertragstyp. Fachzeitschrift „baurecht“ (BauR), Heft 2a, 49. Jahrgang, Werner Verlag, März 2018, S. 314 – 327, S. 316.

Anhang 3: Definition Bauvertrag § 650a BGB in Abgrenzung zum Werkvertrag²¹⁰

Objekt/ Leistung	Bauwerk	Außenanlage	Teil eines Bauwerkes oder einer Außenanlage
Herstellung Wiederherstellung Beseitigung Umbau	Bauvertrag im Sinne der §§ 650a – 650h BGB (§§ 631 – 650 BGB ergänzend anwendbar)		
Instandhaltung , wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist			Werkvertrag im Sinne der §§ 631 – 650 BGB

²¹⁰ Jacob, Andreas: Bauvertrag 2018 für Auftraggeber – BGB und VOB/B sicher anwenden. Köln, Verlagsgesellschaft Rudolf Müller GmbH & Co KG, 2018, S. 21.

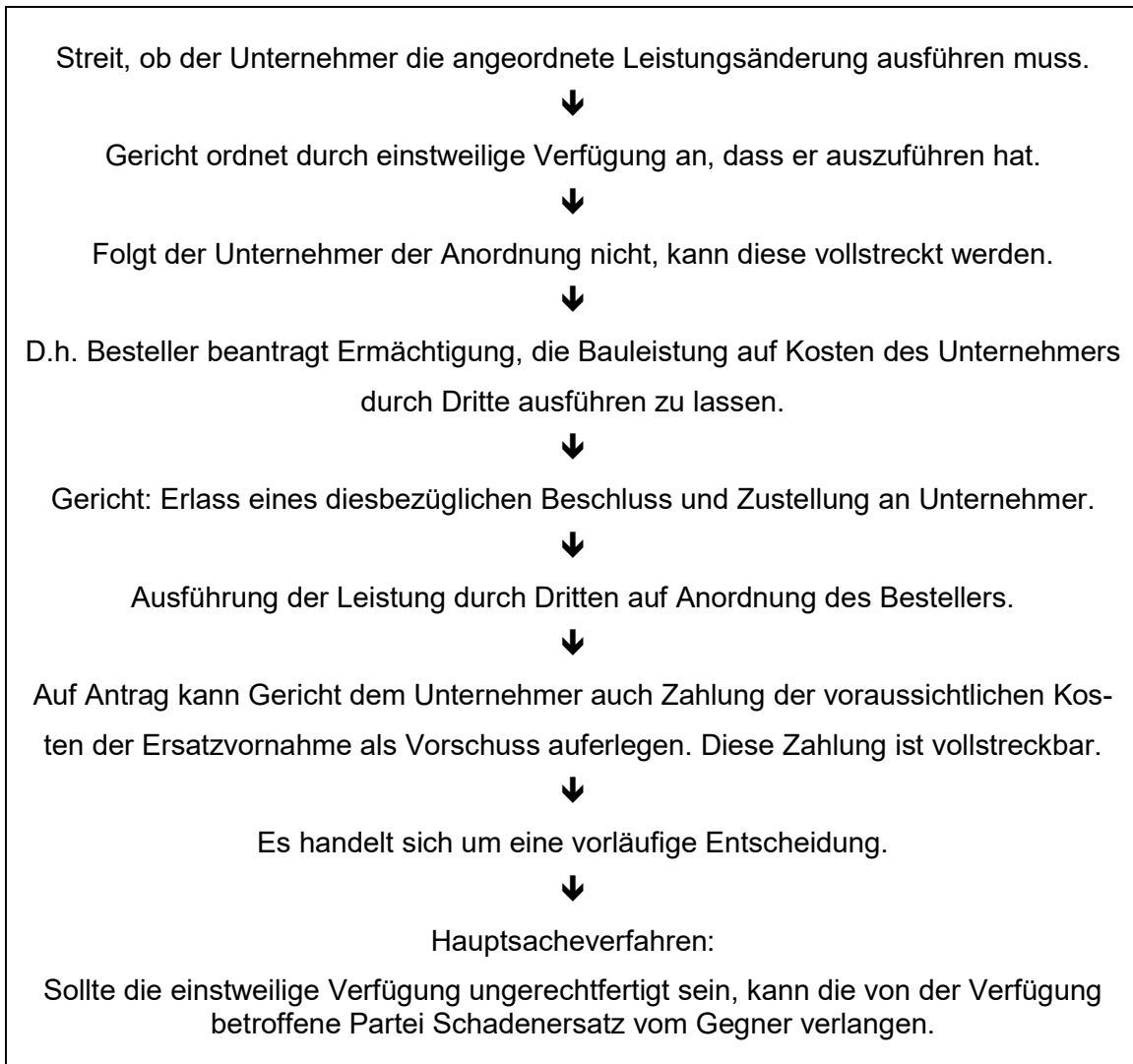
Anhang 4: Mögliche Gründe für die Erlangung einer einstweiligen Verfügung

<p>Beispiele für Streit- inhalte, die mittels einer einstweiligen Verfügung geklärt werden können.</p>	<p>§ 650b BGB <u>Streitigkeit über</u> die Rechtmäßigkeit der Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB, d.h. ist der Unternehmer verpflichtet der Anordnung nachzukommen.</p>	<p>§ 650c BGB <u>Streitigkeit über</u> sich aus einer Änderungsanordnung ergebenden Vergütungsanpassung.</p>
<p>Besteller</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Wurde das Textformerfordernis eingehalten ➤ Liegt Vertretungsmacht des Anordnenden vor 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Streit über die Höhe der vom Unternehmer beanspruchten Mehrvergütung ➤ Entgegentreten von überhöhten Ansprüchen, die sich aus der Pauschalisierungsmöglichkeit nach § 650c Abs. 3 S. 1 BGB ergeben können²¹¹
<p>Unternehmer</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Unternehmer hält eine Anordnung des Bestellers für unzumutbar 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Streit über die Höhe der beanspruchten Mehrvergütung gegenüber dem Besteller ➤ damit verbunden Streit über die Höhe der vom Besteller zu zahlenden Abschläge → Ergebnis: schnelles Erwirken eines Titels über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch²¹²

²¹¹ MüKoBGB / Busche § 650d Rn. 2.

²¹² Ebd.

Anhang 5: Beispiel zum Ablauf einer Bauverfügung²¹³



²¹³ Hebel 2018, S. 144.

Anhang 6: Abnahmefiktion im Überblick und Rechtsfolgen der Abnahme

Voraussetzungen der Abnahmefiktion	
bisher § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a. F.	neue Fassung § 640 Abs. 2 BGB
<ul style="list-style-type: none"> ● <u>Abnahmereife</u> des Werkes (d.h. frei von wesentlichen Mängeln) ● Aufforderung zur Abnahme ● Verstreichen einer vom UN bestimmten angemessenen Frist ● Unterbliebene Abnahmeerklärung 	<ul style="list-style-type: none"> ● <u>Fertigstellung</u> des Werkes (vertraglich festgelegte Leistungen erbrachte, unabhängig vom Vorliegen von Mängeln) ● Aufforderung zur Abnahme (Bei Verbraucher: Hinweis in Textform zur eintretenden Abnahmefiktion bei einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme.) ● Verstreichen einer vom UN bestimmten angemessenen Frist ● Keine Äußerung zum Abnahmebegehren/Schweigen oder ● <u>Verweigerung ohne Mangelnennung</u>
	<p>→ Fiktion tritt ein</p> <p>! auch wenn wesentliche Mängel vorliegen</p>
Rechtsfolgen der Abnahme	
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Schlussrechnungsreife – Anspruch des Unternehmers auf Vergütung wird fällig ➤ Übergang der Leistungsgefahr ➤ Beginn der Gewährleistungsfrist ➤ Umkehr der Beweislast bezüglich Mängel, der zufolge der Besteller nunmehr das Vorliegen von Mängeln und ggf. deren Verursachung durch den Unternehmer zu beweisen hat. 	

Verbraucherbaupvertrag

1. Definition

Man spricht von einem Verbraucherbaupvertrag im Sinne des § 650i BGB, wenn

- ein Verbraucher mit
- einem Unternehmer

einen Vertrag schließt über

- die Errichtung eines kompletten Bauvorhabens, in Form eines Hausneubaus oder
- erhebliche Umbaumaßnahmen, die einem Neubau gleichkommen.

➡ Diese besonders geregelte und geschützte Vertragsform gilt somit vor allem für Verträge mit Generalunternehmern und Generalübernehmern oder Fertighausanbietern.

➡ Achtung! Wenn verschiedene, einzelne Gewerke ein Gebäude durch Beauftragung neu errichten, liegt kein Verbraucherbaupvertrag vor.

2. Besondere Verbraucherschutzvorschriften

Vorteile für den Verbraucher, aber auch wichtig für den Unternehmer zu beachten, sind im Zusammenhang mit dem Verbraucherbaupvertrag folgende besondere Verbraucherschutzvorschriften:

- Widerrufsrecht i. V. m. Belehrungspflicht
- Präzise Leistungsbeschreibung:
 - Bauunternehmer sind zukünftig verpflichtet, Verbrauchern vor Vertragsabschluss eine gesetzlich definierte Baubeschreibung vorzulegen sowie verbindliche Angaben zur Bauzeit zu machen.
- Begrenzung der Höhe der Abschlagszahlungen auf den Gesamtwert von 90% der Vergütung,
 - d.h. die Restvergütung bleibt am Ende für ev. Mängel einbehalten.
- Erstellungs- und Herausgabepflicht von erforderlichen (Planungs-)Unterlagen, die gegenüber Behörden benötigt werden.

① Zudem gelten die Regelungen des Bauvertrages, §§ 650a-650h BGB.

Anhang 8: Definition Verbraucherbaupertrag in Abgrenzung zum Baupertrag²¹⁴

Objekt/ Leistung	Gebäude	sonstiges Bauwerk	Außen- anlage	Teil eines Bauwerkes oder einer Außen- anlage
Herstellung (Neubau) erheblicher Umbau	Verbraucherbaupertrag, i.S.d. §§ 650i – 650n BGB, wenn der Auftraggeber Verbraucher ist	Bauvertrag im Sinne der §§ 650a – 650h BGB		
unerheblicher Umbau Wiederherstellung Beseitigung				

²¹⁴ Jacob 2018, S. 69.

Anhang 9: Beispiele für Unterlagen nach § 650n BGB

Beispiele für zu übergebende Unterlagen nach § 650n Abs. 1 BGB²¹⁵

Entwurfspläne (Ansichten, Grundrisse, Schnitte)	v.a. wegen öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu Abstandsflächen
Lagepläne	wegen öffentlich-rechtlicher Vorschriften für Zugänge und Zufahrten zum Grundstück
statische Berechnungen	wegen öffentlich-rechtlicher Vorschriften zur Standsicherheit
Wärmeschutz-, Schallschutz- und Brandschutznachweise	wegen entsprechender bauordnungsrechtlicher Vorschriften

Beispiele für zu übergebende Unterlagen nach § 650n Abs. 2 BGB²¹⁶

Energieausweis	zum Nachweis der Einhaltung der Vorgaben der Energiesparverordnung (EnEV)
Entsorgungsnachweis	Nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)
Nachweis über Dichtigkeit von Abwasserleitungen	Nach dem Wasserhaushaltsgesetz (WHG) bzw. landesrechtlichen Vorschriften
Nachweis über eingesetzte Bauprodukte	Wegen der Europäischen Bauproduktenverordnung EU 305/2011 (BauPVO)
Nachweis bezüglich Förderung erneuerbarer Energien im Wärmebereich	Prüfungspflichten der Behörden aufgrund des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) (Das Nichtvorhandensein dieser Nachweise ist eine Ordnungswidrigkeit.) ²¹⁷

²¹⁵ Hebel 2018, S.177.

²¹⁶ Ebd.

²¹⁷ BT Drucksache 18/8486, S. 65.

Anhang 10: Zwingende und nicht zwingende Verbraucherschutzvorschriften

Zwingende Vorschriften		
§ 640 Abs. 2 S. 2 BGB	Die Abnahmefiktion gilt nur, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme in Textform auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat.	
§ 650i BGB	Verbraucherbauvertrag	
§ 650j BGB	Baubeschreibungspflicht beim Verbraucherbauvertrag	Gilt auch für den, die §§ 650j-I ausfüllenden, § 249 EGBGB. ²¹⁸
§ 650k BGB	Inhalt des Verbraucherbauvertrages	
§ 650l BGB	Widerrufsrecht beim Verbraucherbauvertrag	
§ 650n	Erstellung und Herausgabe von Unterlagen beim Verbraucherbauvertrag	
Nicht zwingend (da nicht genannt im § 650o BGB) - Individualvereinbarungen möglich -		
§ 632a	Vorschrift zur grundsätzlichen Regelung von Abschlagszahlungen	
§ 650m	<p>Verbraucherschutzvorschrift bezüglich Abschlagszahlungen</p> <p><u>Grund:</u> Erhalt der Möglichkeit für den Verbraucher individuelle Zahlungen zu vereinbaren, bspw. Vorauszahlungen, um an anderer Stelle, bspw. Höhe der Gesamtvergütung, günstigere Vertragsbedingungen auszuhandeln.</p> <p>Außerdem:</p> <p>Der Verbraucher ist über § 309 Nr. 15 BGB geschützt: Klauseln in AGB, die überhöhte Abschlagzahlungen verlangen oder die Sicherungsleistung des Unternehmers einschränken sind unwirksam.²¹⁹</p>	

²¹⁸ Palandt / Sprau BGB § 650o Rn. 1.

²¹⁹ Hebel 2018, S. 179.

**Anhang 11:
Zusammenfassung des Bauvertragsrechts: 10-Punkte-Übersicht**

Bauvertragsrecht
10-Punkte-Übersicht

Das neue Bauvertragsrecht wird zusammenfassend in Form einer 10-Punkte-Übersicht vorgestellt.¹ Einbezogen werden Hinweise zu Besonderheiten beim Verbraucherbauvertrag.

1. Vertragspartner

Der Bauherr entscheidet sich ob die Planungs- und Bauleistungen an einen oder mehrere Partner vergeben werden sollen. Meist werden Architekt und Bauunternehmen getrennt beauftragt. Alle Bauleistungen können dann an einen sogenannten Generalunternehmer oder als Einzelgewerke an verschiedene Bauunternehmer vergeben werden. Bauherren können sich auch für einen so genannten Generalübernehmer entscheiden, der Planungs- und Bauleistung gemeinsam erbringt.

Besonderheit Verbraucher: Die Schutzwirkung des gesondert geregelten Verbraucherbauvertragsrechts, §§ 650i ff BGB, gelten nur, wenn die Bauleistungen aus einer Hand bezogen werden (Generalunternehmer/ Generalübernehmer). Der Anwendungsbereich ist zudem begrenzt auf den Neubau und erheblichen Umbau von Gebäuden.

2. Leistungsbeschreibung

Kernstück des Bauvertrags ist die Beschreibung der zu erbringenden Bauleistungen. Die Leistungsbeschreibungen können detailliert oder funktional erfolgen. Bei einer detaillierten Leistungsbeschreibung werden alle Einzelleistungen exakt, zweifelsfrei und vollständig fixiert. Auch Baunebenleistungen² gehören dazu. Alternativ kann der Bauherr die Leistungen funktional beschreiben, bspw. „ein 3-Sterne-Hotel, schlüsselfertig“. Damit sind alle Leistungen umfasst, um das Objekt funktionsfähig und den Qualitätsanforderungen entsprechend herzustellen.

Achtung: Bei Bauvorhaben ergeben sich während der Ausführung oft Nachtragsleistungen, die zuvor nicht beschrieben oder kalkuliert werden konnten. Diese erhöhen meist Bauzeit und Kosten.

¹ Angelehnt wird sich dabei an den 10-Punkte-Plan der Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht. (ARGE Baurecht). Diese hat vor dem Hintergrund des Inkrafttretens des neuen Bauvertragsrechts ihren 10-Punkte-Plan zum Bauvertrag aktualisiert. Er dient als Leitfaden und hat das Ziel typische bauvertragliche Risiken zu minimieren und allen Baubeteiligten einen möglichst störungsfreien Bauablauf zu ermöglichen.

² Bspw. Absicherung der Baustelle oder der Anschluss an die Wasserversorgung.

Neu ist das Recht des Bestellers eine Änderung der Vertragsleistung zu begehren und diese anzuordnen, § 650b BGB. Vorrangig sollen die Parteien versuchen sich innerhalb von 30 Tagen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung zu einigen. Ausgenommen vom Anordnungsrecht sind Leistungen, die zur Erreichung des Werkerfolgs nicht notwendig und darüber hinaus dem Bauunternehmer nicht zumutbar sind.³

Besonderheit Verbraucher: Der Inhalt der Baubeschreibung wird gesetzlich festgeschrieben, § 650j BGB i. V. m. Art. 249 EGBGB. Der Unternehmer ist gesetzlich verpflichtet, dem Verbraucher vorvertraglich die Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen, deren Inhalte Vertragsinhalt werden⁴, §§ 650j, 650k BGB. Der Unternehmer muss diejenigen Planungsunterlagen erstellen und dem Verbraucher herausgeben⁵, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird bzw. ausgeführt worden ist, § 650n BGB.⁶

3. Vergütung

Liegt ein detailliertes Leistungsverzeichnis vor kann ein Einheitspreisvertrag (Preis-pro-Einheit, bspw. pro Gewicht oder Stück) Anwendung finden. Die zweite mögliche Form der Vergütung ist eine Pauschalpreisvereinbarung.

4. Vertragsbedingungen

Für Werkverträge gelten zunächst die Vorschriften des BGB und damit seit 1. Januar 2018 neben dem Werkvertragsrecht ergänzend die Spezialregelungen des Bauvertragsrechts und ggf. die ergänzenden Vorschriften des Verbraucherbaurechts.

Die Vertragspartner entscheiden zudem, ob die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) in den Bauvertrag einbezogen werden soll.⁷

Besonderheit Verbraucher: Der Verbraucherbaurecht bedarf der Textform, § 650i Abs. 2 BGB. Er kann vom Verbraucher binnen 14 Tagen ab Vertragsschluss und Belehrung über das Widerrufsrecht widerrufen werden, § 650i BGB.⁸ Von den Vorschriften des Verbraucherbaurechts kann nicht durch Individualvereinbarungen abgewi-

³ Ein Beispiel: Die Änderung des Bodenbelags von Teppichboden zu Terrazzo. Das Bauvorhaben kann auch mit dem ursprünglich geplanten Teppichboden funktionsfähig hergestellt werden. Zumutbar ist die Leistungen dem Unternehmer deshalb nicht, weil er auf die Verlegung von Terrazzo – anders als von Teppichboden – nicht eingerichtet ist und hiermit eine Spezialfirma als Nachunternehmer beauftragen müsste.

⁴ Sofern die Vertragsparteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren.

⁵ Soweit die Planung nicht vom Besteller kommt.

⁶ Entsprechendes gilt hinsichtlich der Einhaltung von Bedingungen, die einem Dritten, beispielweise einem Darlehensgeber, gegenüber nachzuweisen sind.

⁷ Bei einer nicht kompletten Übernahme der VOB/B in den Vertrag, unterliegen die nur einzeln einbezogenen Regelungen der Inhaltskontrolle von AGB nach § 305 ff BGB. Aufgrund der teilweise vom gesetzlichen Leitbild abweichenden Regelungen der VOB/B sind diese mit Vorsicht zu wählen.

⁸ Außer es liegt ein notarielle beurkundeter Bauvertrag vor.

chen werden.⁹ Eine Ausnahme gilt lediglich für Beschränkung der Abschlagszahlungen und die Verpflichtung des Unternehmers zur Leistung einer Sicherheit im Falle der Forderung von Abschlagszahlungen.

5. Fristen

Bauzeitverzögerungen spielen immer eine große Rolle. Daher sollten in einem Bauvertrag alle Fristen¹⁰ genau festgelegt sein.

Besonderheit Verbraucher: Der Verbraucherbauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks enthalten oder falls dies nicht möglich ist, Angaben zur Dauer der Bauausführung machen (§ 650j BGB i. V. m. Art. 249 EGBGB und § 650k Abs. 3 BGB).

6. Vertragsstrafen

Hält der Bauunternehmer vereinbarte Fristen nicht ein, kommen festgelegte Vertragsstrafen zum Tragen. Diese richten sich nach aktueller Rechtsprechung: Es dürfen für die schuldhafte Überschreitung der Fertigstellungsfrist nur 0,15% pro überschrittenen Arbeitstag maximal jedoch 5% der Nettoauftragssumme als Vertragsstrafe beansprucht werden.

Um einen Anreiz für die Einhaltung vereinbarter Fristen zu setzen, bieten sich positive Bonusregelungen an, wie eine zusätzliche Vergütung bei rechtzeitiger Leistungserbringung.

7. Abschlagszahlungen

Übliche Zahlungsmodalitäten sind vom Baufortschritt abhängige Abschlagszahlungen und eine Schlusszahlung nach Bauabnahme.

Die Höhe der Abschlagszahlung richtet sich nicht mehr nach der Werterhöhung des Grundstücks, sondern nach dem Vertragswert der vertragsgerecht erbrachten Bauleistung auf Basis der vereinbarten Vergütung.

Besonderheit Verbraucher: § 650m BGB regelt, dass Abschlagszahlungen nur in Höhe von 90% des Werts der erbrachten Leistung beansprucht werden können. Außerdem ist der Unternehmer im Falle der Forderung von Abschlagszahlungen verpflichtet, dem Besteller eine Sicherheit für die rechtzeitige, ordnungsgemäße Herstellung des Werks in Höhe von 5% der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten. Regelungen die davon zu Ungunsten des Verbrauchers abweichen sind gemäß § 309 Nr. 15 BGB unwirksam.

⁹ Siehe Unabdingbarkeit § 650o BGB.

¹⁰ Wesentlich sind Ausführungsbeginn, Fertigstellung und ev. Zwischentermine.

8. Abnahme

Die Abnahme¹¹ ist ein wesentlicher Eckpunkt der Bauabwicklung, denn sie löst unter anderem die Fälligkeit der Vergütung sowie den Beginn der Gewährleistungsfristen aus. Im Bauvertrag sollte geregelt sein, dass Abnahmen förmlich erfolgen müssen. Zudem sollte jede Abnahme inklusive aller festgestellten Mängel schriftlich protokolliert werden.

Neu ist die im § 650g BGB geregelte Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme unter Benennung eines Mangels.¹²

Aufgrund der zentralen Bedeutung der Abnahme sollten Bauherren erwägen, sich von einem bausachkundigen Berater begleiten zu lassen.

9. Sicherheiten

Die Vereinbarung über Sicherheitsleistungen bezieht sich auf die Vertragserfüllung und die Gewährleistungsphase. In der Praxis vereinbaren die Parteien einen Einbehalt in Höhe von 10% der Vertragssumme für die Vertragserfüllung und in Höhe von 5% für die Gewährleistung.

Besonderheit Verbraucher: Im Verbraucherbauvertrag ist die Leistung einer Sicherheit für die rechtzeitige, ordnungsgemäße Herstellung des Werks in Höhe von 5% der vereinbarten Gesamtvergütung in dem Falle zwingend, in dem der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangt, § 650m Abs. 2 BGB.

10. Gewährleistung

Bauunternehmen schulden die mangelfreie Erbringung der vereinbarten Leistung. Mängel an Bauvorhaben treten häufig erst lange nach Fertigstellung zu Tage. Das BGB sieht für bauwerksbezogene Leistungen eine gesetzliche Gewährleistungsfrist von fünf Jahren vor, § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Hinweis: Die VOB/B hingegen differenziert je nach Art der erbrachten Bauleistung zwischen zwei und maximal vier Jahren und lässt auch abweichende Vereinbarungen zu.

¹¹ Auch als „Dreh- und Angelpunkt“ des Werkvertrags bezeichnet.

¹² Diese Regelung steht in enger Verbindung mit der geänderten Vorschrift zur Abnahmefiktion des § 640 Abs. 2 BGB.

Literaturverzeichnis

Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht (ARGE Baurecht) im Deutschen

Anwaltverein (DAV) e.V. (Hrsg.): **10-Punkte-Plan** zum Bauvertrag nach neuem Bauvertragsrecht. Berlin, 30. Januar 2018,

verfügbar unter <https://arge-baurecht.com/aktuelles/arge-baurecht-intern/artikel/news/arge-baurecht-veroeffentlicht-10-punkte-plan-zum-perfekten-bauvertrag/> [Zugriff am 28.01.2019]

Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht (ARGE Baurecht) im Deutschen

Anwaltverein (DAV) e.V. (Hrsg.): Neues Bauvertragsrecht: Reform gelungen? – **Interview mit Rechtsanwalt Olaf Lenkeit**. Berlin, 5. März 2017,

verfügbar unter <https://arge-baurecht.com/aktuelles/arge-baurecht-intern/artikel/news/reform-gelungen-2/> [Zugriff am 28.01.2019]

Beck-shop.de Die Online-Fachbuchhandlung für Recht, Steuern, Wirtschaft (Hrsg.): Das

neue Bauvertragsrecht: Schnellschuss oder gelungene Reform – **Interview mit Harald Reiter**, Richter am Bundesgerichtshof. München, Verlag C.H. Beck oHG, aktualisiert am 2. Juli 2018,

verfügbar unter http://www.beck-shop.de/Bauvertragsrecht_Interview-mit-Harald-Reiter/themenseite.aspx?toc=28934&newsletter=308934&utm_source=verlag_newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=308934&nlc=308934&pac=308934&ecmlid=13704&ecmUid=1736791 [Zugriff am 11.02.2019]

Bundestag: Drucksache 18/11437 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 18/8486 -, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, 8. Mai 2017

Bundestag: Drucksache 18/8486 Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, 18. Mai 2016

Dammert, Bernd; Lenkeit, Olaf; Oberhauser, Iris; Pause, Hans-Egon; Stretz, Anna: Das neue Bauvertragsrecht. München, Verlag C.H.Beck oHG, 2017

Deutscher Vergabe- und Vertragsschluss für Bauleistungen (DVA): Beschluss zur VOB/B. 18. Januar 2018. Berlin, 18. Januar 2018, verfügbar unter https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/bauen/beschluss-vob-b-2018-01.pdf?__blob=publicationFile&v= [Zugriff:13.02.2019]

Essig, Jennifer: Schnelle Leistung, schnelles Geld? Die „Bauverfügung“ nach § 650d BGB. Berlin, ARGE Baurecht (Hrsg.), 29. November 2017, verfügbar unter <https://arge-baurecht.com/baurecht-wissen/expertentipps/artikel/news/schnelle-leistung-schnelles-geld-die-bauverfuegung-nach-650d-bgb/> [Zugriff am 18.02.2019]

Hebel, Johann Peter: Das neue BGB-Bauvertragsrecht – Textausgabe mit Einführung, Gesetzesmaterialien und Erläuterungen zu den wichtigsten Neuerungen. Köln, Bundesanzeiger Verlag GmbH, 2018

Herbst, Florian: Das neue Bauvertragsrecht in der Praxis – eine Einordnung. Berlin, ARGE Baurecht (Hrsg.), 29. Mai 2018, verfügbar unter <https://arge-baurecht.com/baurecht-wissen/fachartikel/artikel/news/das-neue-bauvertragsrecht-in-der-praxis-eine-einordnung/> [Zugriff: 28.01.2019]

- Dreher**, Meinrad; **Fuchs**, Heiko: Stillstand ist der Tod – Das VOB/B-Dilemma der öffentlichen Hand. Fachzeitschrift „NZBau“ Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, Heft 1, 20. Jahrgang, Verlag C.H. Beck oHG, Januar 2019, S. 1-2
- Hödl**, Markus: Das neue Bauvertragsrecht. München, Verlag C.H. Beck oHG, 2018
- Jacob**, Andreas: Bauvertrag 2018 für Auftraggeber – BGB und VOB/B sicher anwenden. Köln, Verlagsgesellschaft Rudolf Müller GmbH & Co KG, 2018
- Kniffka**, Rolf; **Retzlaff**, Björn: Das neue Recht nach dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung und zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes (BauVG), Fachzeitschrift „baurecht“ (BauR), Heft 10a, 48. Jahrgang, Werner Verlag, Oktober 2017, S. 1747 – 1900
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Säcker, Franz Jürgen et al. (Hrsg.), 7. Auflage, Band 5/1 Schuldrecht – Besonderer Teil III/1; Bearbeiter: Busche, Jan; München, Verlag C.H. Beck oHG, 2018
- Palandt**: Beck'sche Kurzkommentare Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Neubearbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck oHG, 2019
- Pause**, Hans-Egon: Verbraucherbaurecht und Bauträgerrecht – zugleich ein Ausblick auf weitere Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren. Fachzeitschrift „baurecht“ (BauR), Heft 2a, 48. Jahrgang, März 2017, S. 430 -442
- Statistisches Bundesamt**: Statistik 44231 Ergänzungserhebung im **Bauhauptgewerbe**, Statistik 44231-0001 **Betriebe**, Tätige Personen, Geleistete Arbeitsstunden, Entgelte, Baugewerblicher Umsatz: Deutschland, Stichmonat, Wirtschaftszweige, Wiesbaden, 2017, verfügbar unter https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/data;sid=BF3A45DE752F9F7D9822B4E44131379B.GO_2_2?operation=abrufabelleBearbeiten&levelindex=2&levelid=1550129826351&auswahloperation=abrufabelleAuspraegungAuswaehlen&auswahlverzeichnis=ordnungsstruktur&auswahlziel=werteabruf&selectionname=44231-0001&auswahltext=&werteabruf=Werteabruf [Zugriff: 14.02.2019]
- Statistisches Bundesamt**: Tabellenaufbau 31111-0005 **Baugenehmigungen** im Fertigteilbau (Neubau): Deutschland, Jahre, Gebäude/Bauherr, Wiesbaden, 2017, verfügbar unter https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/data;sid=3A0DDE86651ABEF9D0D1958C76A08736.GO_2_2?operation=abrufabelleBearbeiten&levelindex=1&levelid=1550131357849&auswahloperation=abrufabelleAuspraegungAuswaehlen&auswahlverzeichnis=ordnungsstruktur&auswahlziel=werteabruf&selectionname=31111-0005&auswahltext=&werteabruf=Werteabruf [Zugriff: 14.02.2019]
- Wellensiek**, Tobias: Der ‚neue‘ Bauvertrag als eigenständiger Vertragstyp, Fachzeitschrift „baurecht“ (BauR), Heft 2a, 49. Jahrgang, Werner Verlag, März 2018, S. 314 – 327
- Wenkebach**, Stefan: Das neue Bauvertragsrecht – Schnelleinstieg. München/Heidelberg, Rehm, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2017

Rechtsprechungsverzeichnis

Bundesgerichtshof, Urteil v. 22.1.2004 (Az. VII ZR 419/02)

Bundesgerichtshof, Urteil v. 20.05.2003 (Az. X ZR 57/02)

Bundesgerichtshof, Urteil v. 11.11.1999 (Az. VII ZR 403/98)

Bundesgerichtshof, Urteil v. 23.05.1996 (Az. VII ZR 245/94)

Bundesgerichtshof, Urteil v. 16.9.1971 (Az. VII ZR 5/70.)

Rechtsquellenverzeichnis

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB a. F.) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909 und BGBl. 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2780) geändert worden ist.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 31. Januar 2019 (BGBl. I S. 54) geändert worden ist

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494, ber. 1997, S. 1061)

Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist

Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren (**BauVG**) vom 28. April .2017, verkündet 4. Mai 2017. (BGBl. I S. 969 ff.)

Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte des Verbrauchers, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EG L 304 v.22.11.2011, S. 64 ff.

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A), aufgestellt vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), Fassung 2016, Bekanntmachung vom 1. Juli 2016 (BAnz AT 01.07.2016 B4)

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B), aufgestellt vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), Fassung 2016, Bekanntmachung vom 31.7.2009 (BAnz. Nr. 155 vom 15.10.2009), geändert durch Bekanntmachung vom 26. Juni 2012 (BAnz AT 13.07.2012 B3), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 7. Januar 2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3)

Zivilprozessordnung (ZPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 31. Januar 2019 (BGBl. I S. 54) geändert worden ist

Eidesstattliche Versicherung

Ich versichere hiermit an Eides Statt, dass ich die vorgelegte Bachelorarbeit selbstständig verfasst, nur die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt sowie alle Stellen der Arbeit, die wörtlich oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommen wurden, als solche kenntlich gemacht habe und die Bachelorarbeit in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner Prüfungsbehörde vorgelegt worden ist.

Die gedruckte und digitalisierte Version der Bachelorarbeit sind identisch.

Meißen, Datum

Unterschrift