



BAURECHT AKTUELL

DAS MAGAZIN DES NETZWERKS BAUANWÄLTE



Das neue Bauvertragsrecht (BauVG)

Gesetzliche Leitlinien für kooperatives Bauen

Das neue Bauvertragsrecht (BauVG). Anfang vom Ende der VOB/B?

von RA Dr. Andreas Koenen

Alle Baubeteiligten werden zum 1. Januar 2018 umdenken müssen. Einiges von dem, was über einen Zeitraum von mehr als 100 Jahren selbstverständlich war, gilt nun nicht mehr.

Vgl. hierzu den Beitrag auf
Seite 5–11

Das Anordnungsrecht des Bestellers und die Vergütungsanpassung

von RA Thomas Trippacher

Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Bauvertragsrecht, das für die ab 01.01.2018 abgeschlossenen Bauverträge gilt, erstmals ein Anordnungsrecht für den Besteller von Bauleistungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 650b BGB) normiert.

Vgl. hierzu den Beitrag auf
Seite 25–29

Das Ende der „Akquisephase“?

von RA Prof. H. Henning Irmeler

Akquise ist für Auftraggeber ein Zauberswort, für Architekten hingegen ein Fluch. Für (viele) Auftraggeber ist es selbstverständlich, erst einmal „kostenlose“ Architektenleistungen erhalten zu wollen.

Vgl. hierzu den Beitrag auf
Seite 34–39

3 Editorial

5 Das neue Bauvertragsrecht (BauVG)

Anfang vom Ende der VOB/B?

RA Dr. Andreas Koenen, KOENEN BAUANWÄLTE,
Essen/Hannover/Münster/Bielefeld

12 AGB-Kontrolle der VOB/B nach Neuem Bauvertragsrecht

RA Prof. Dr. Hans Ganten, Ganten, Hünecke, Bieniek
& Partner, Bremen

15 §§ 439, 455a, 475 BGB

Neuregelung zu Aus-, Ein- und Umbaukosten
bei mangelhaften Baustoffen

RA Dr. Christian Biernoth, Einfeld Halfmann Biernoth
Rechtsanwälte, Oldenburg

18 §§ 640 Abs. 2, 650g BGB

Abnahmefiktion und Zustandsfeststellungen

RA Dr. Christian Biernoth, Einfeld Halfmann Biernoth
Rechtsanwälte, Oldenburg

22 § 648a BGB

Kündigung des Bauvertrages

RA Marco Röder und RAin Jennifer Essig, Deubner &
Kirchberg Rechtsanwälte PartG mbB, Karlsruhe

25 §§ 650a – 650c BGB

Das Anordnungsrecht des Bestellers und die
Vergütungsanpassung

RA Thomas Trippacher, MUFFLER KITTLER KRIEGER
HAHNE PartmbB Partnerschaftsgesellschaft
mit beschränkter Berufshaftung, München

30 § 650d BGB

Die Einstweilige Bauverfügung

RA Dr. Andreas Koenen, KOENEN BAUANWÄLTE,
Essen/Hannover/Münster/Bielefeld

34 §§ 650p Abs. 2, 650r BGB

Das Ende der „Akquisephase“?

RA Prof. H. Henning Irmeler, Irmeler & Kollegen
Rechtsanwälte, Schwerin

40 §§ 650q, 650b BGB

Das Anordnungsrecht des Bauherrn
gegenüber dem Architekten?

RA Prof. Rudolf Jochem, RJ Anwälte Jochem
Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden

44 § 650s BGB

Der gesetzliche Anspruch der Architekten und Ingenieure
auf Teilabnahme

RA Timo Siemer LL.M., KOENEN BAUANWÄLTE, Biele-
feld

51 § 650t BGB

Nachjustierung zur gesamtschuldnerischen
Architektenhaftung bei Fehlen der Fristsetzung
zur Nacherfüllung an den Bauunternehmer

RA Johannes Jochem, RJ Anwälte Jochem
Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden

55 §§ 650e, 650f, 650m BGB

Sicherheiten für die Bauvertragsparteien

RA Marco Röder und RAin Jennifer Essig, Deubner &
Kirchberg Rechtsanwälte PartG mbB, Karlsruhe

58 §§ 650u, 650v BGB

Das „Neue Bauträgerrecht“

RA Dr. Walter Müller, Leinen & Derichs Anwaltssozietät,
Köln/Berlin/Brüssel

62 Synopse zum neuen Bauvertragsrecht (Auszug)

70 Über das Netzwerk Bauanwälte

Impressum

Herausgeber: Netzwerk Bauanwälte GbR
Il. Hagen 7, 45127 Essen, info@nwba.de, www.nwba.de
Geschäftsführer: Dr. Andreas Koenen, koenen@bauanwaelte.de
Redaktion: Dr. Andreas Koenen

Fotonachweise: Titelbild: Mike Demidov/shutterstock.com; S. 4: www.julian.pictures/
shutterstock.com; S. 7: Billion Photos/shutterstock.com; S. 8: Markus Gann/shutterstock.
com; S. 13: ProStockStudio/shutterstock.com; S. 16: Monkey Business Images/shutter-
stock.com; S. 21: pryzmat/shutterstock.com; S.23: Robert Kneschke/fotolia.com; S. 30:
kanvag/shutterstock.com; S. 31: maxfelix/photocase.de; S. 32: Everett Collection/shut-
terstock.com; S. 36/37: Alliance/shutterstock.com; S. 40: Ollyy/shutterstock.com; S. 41:
Diego Cervo/shutterstock.com; S. 42: Syda Productions/shutterstock.com; S. 45: Kuzma/
istockphoto.com; S. 46: YanLev/shutterstock.com; S. 49: Peshkova/shutterstock.com;
S. 52: Vadim Ratnikov/shutterstock.com; S. 56: ESB Professional/shutterstock.com;
S. 58: baranq/shutterstock.com; S. 72: ER_09/shutterstock.com

Editorial

Zum 1. Januar 2018 wird das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“ in Kraft treten – eine irreführende Bezeichnung, die die tatsächliche Bedeutung dieses Gesetzes verschleiert. Denn tatsächlich handelt es sich bei diesem im März 2017 verabschiedeten Gesetz um den vorläufigen Abschluss des mit Abstand größten Gesetzgebungsprojekts im Bereich des privaten Baurechts seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) im Jahre 1900. Hinter ihm verbirgt sich nicht weniger als die Idee, die Rechtsbeziehungen der am Bau Beteiligten im Rahmen eines – bis dato gar nicht vorhandenen – Bauvertragsrechts (BauVG) umfassend gesetzlich zu regeln.

Das BauVG gäbe es nicht ohne den Deutschen Baugerichtstag¹ und diesen nicht ohne Prof. Dr. Rolf Kniffka. Denn dieser hat den Baugerichtstag nicht nur ins Leben gerufen, sondern als dessen Präsident seit dem Jahre 2006 dem dort artikulierten Bestreben nach einem eigenständigen Bauvertragsrecht auch ein Gesicht gegeben.² Wie kein anderer hat sich Kniffka dafür eingesetzt, dass das klassische Werkvertragsrecht, für das er als Vorsitzender des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zuständig und dessen Fortentwicklung verantwortlich war, im Hinblick auf die Rechtsbeziehungen der Baubeteiligten modifiziert und die Bedeutung der die Bauvertragskultur (bislang) prägenden VOB/B³ eingegrenzt wird. „Kooperation statt Konfrontation“, auf diese Kurzformel lässt sich das Credo hinter dem rechtspolitischen Engagement Kniffkas in den letzten 20 Jahren bringen.



Dr. Andreas Koenen
Geschäftsführer Netzwerk Bauanwälte

Und der größte Erfolg Kniffkas, der vor drei Jahren mit Erreichen der Altersgrenze in den (Un-)Ruhestand getreten ist, ist das zum 1. Januar 2018 in Kraft tretende BauVG. Denn mit ihm hat der Gesetzgeber nicht nur ein von vielen Baujuristen seit Langem erwartetes eigenständiges Bauvertragsrecht – ergänzt durch den Verbraucherbauvertrag sowie durch werkvertragsähnliche Verträge wie dem Architekten- und Ingenieurvertrag⁴ und dem Bauträgervertrag⁵ – geschaffen, sondern einen gesetzgeberischen Gesinnungswandel und Systemwechsel vollzogen, der sich auf die Kniffka-Formel „Kooperation statt Konfrontation“ bringen lässt. Dieser Wandel lässt sich sowohl der Gesetzesbegründung als auch den Regelungen selbst entnehmen, was insbesondere für die §§ 650b, 650c und 650d BGB gilt, dem Herzstück der „Reform“. Diese Paragraphen betreffen das Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b⁶), die entsprechende Vergütungsanpassung zugunsten des Unternehmers (§ 650c⁷) sowie die darauf bezogene Möglichkeit der Bauvertragsparteien, streitige

Fragen im Wege einer einstweiligen Verfügung (§ 650d) kurzfristig gerichtlich klären und auch durchsetzen zu können.⁸

Ob die neuen Regelungen den vom Gesetzgeber angestrebten Zweck erreichen werden, darüber gehen die Meinungen weit auseinander. Eines wird das neue Gesetz zumindest bewirken, dies wird man schon heute prognostizieren können: Der Einfluss der VOB/B wird sich deutlich verringern. Denn das BauVG stellt, wie wir in dieser Ausgabe aufzeigen werden, eine Kampfansage an die VOB/B dar, die auf lange Sicht durchaus dazu führen kann, dass die VOB/B ihren 100. Geburtstag im Jahre 2026 nicht mehr erleben wird.⁹

Neben den speziell bauvertragsrechtlichen Regelungen¹⁰ enthält die Novelle noch weitere Gesetzesänderungen, auf die wir in dieser Ausgabe ebenfalls eingehen wollen. So gibt es neue Regelungen, die für alle Werkverträge und werkvertragsähnlichen Verträge gelten, d.h. nicht nur für die in § 650a BGB definierten Bauverträge.¹¹ Zudem enthält die Novelle eine Änderung der kaufvertraglichen Haftung, die sich insbesondere auf die sogenannten Einbaufälle auswirken, wodurch eine Ungleichbehandlung zwischen Verbrauchern und Nichtverbrauchern beseitigt wird, die durch die EuGH-Rechtsprechung entstanden war.¹²

Das zum 1. Januar 2018 in Kraft tretende BauVG wird nur ein Anfang sein, dies war den Beratungen in den Ausschüssen und Gremien zu entnehmen und ist auch in der Gesetzesbegründung angelegt. Über diesen Anfang wollen wir Sie in dieser „Baurecht aktuell“ ausführlich unterrichten, weshalb diese umfangreicher geworden ist, als Sie es gewohnt sind. Zur besseren Orientierung

haben wir eine Einführung bzw. einen Überblick über das neue BauVG vorangestellt¹³ wie auch einen Beitrag zu der Frage, welche Auswirkungen das neue Bauvertragsrecht mit seinen neuen gesetzlichen Leitbildern auf die Auslegung und den Bestand der VOB/B haben wird.¹⁴

Diese Frage wird die Diskussion der nächsten Jahre prägen und auch die neu geschaffenen Baukammern beschäftigen, die nun eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten sehr viel schneller werden entscheiden müssen. Denn die vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 650d BGB eröffnete Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung wird – neben der Stärkung des Kammerprinzips und der Zuständigkeit

der Baukammern – aller Voraussicht nach zu einer längst fälligen Beschleunigung der Bauprozesse und damit vermutlich auch zu einer Stärkung der Akzeptanz staatlicher Justiz (in Bausachen) führen, die in den letzten Jahren sehr in Verruf geraten ist. Über die weitere Entwicklung werden wir Sie selbstverständlich auf dem Laufenden halten.

Viel Freude bei der Lektüre.

Ihr Dr. Andreas Koenen

1 Hierüber haben wir seit dem Jahre 2006 in zahlreichen Ausgaben von „Baurecht aktuell“ berichtet.

2 Vgl. hierzu die „Baurecht aktuell“-Ausgaben der Baugerichtstage der Jahre 2006, 2008, 2010, 2012, 2014 und 2016.

3 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen.

4 Vgl. hierzu die Beiträge von Jochem (S. 51), Jochem (S. 40 ff.), Timo Siemer (S. 44 ff.) und Irrmler (S. 34 ff.).

5 Vgl. hierzu den Beitrag von Müller (S. 58 ff.).

6 Vgl. hierzu die Beiträge von Trippacher (S. 25 ff.) und R. Jochem (S. 40 ff.).

7 Vgl. hierzu den Beitrag von Trippacher (S. 25 ff.).

8 Vgl. hierzu den Beitrag von Koenen (S. 30 ff.).

9 Vgl. hierzu den Beitrag von Koenen (S. 5 / 10).

10 Vgl. hierzu insbesondere die Beiträge von Biernoth zur Zustandsfeststellung (S. 18) und Röder/Essig zu den Sicherheiten für die Bauvertragsparteien (S. 55 ff.).

11 Vgl. hierzu die Beiträge von Biernoth zur Abnahmefiktion (§ 640 Abs. 2; S. 18) bzw. Röder/Essig zur Kündigung des Werkvertrages (§§ 648a BGB; S. 22 ff.).

12 Vgl. hierzu den Beitrag von Biernoth zu den Aus- und Einbaukosten (S. 15 ff.).

13 Vgl. hierzu den Beitrag von Koenen (S. 5 ff.).

14 Vgl. hierzu den Beitrag von Ganten (S. 12 ff.).



In der Zeit der Errichtung des Reichstages (Ende des 19. Jahrhunderts) entstand das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), das nun – weitestgehend unbemerkt von der Öffentlichkeit – grundlegend geändert worden ist.

Das neue Bauvertragsrecht (BauVG)

Anfang vom Ende der VOB/B?

von RA Dr. Andreas Koenen, KOENEN BAUANWÄLTE, Essen/Hannover/Münster/Bielefeld

Alle Baubeteiligten werden zum 1. Januar 2018 umdenken müssen. Einiges von dem, was über einen Zeitraum von mehr als 100 Jahren selbstverständlich war, gilt nun nicht mehr.

Bislang verwendete Muster „funktionieren“ nicht mehr bzw. erhalten bei Bau- und Architekten-/Ingenieurverträgen, die ab dem 01.01.2018 geschlossen werden, eine andere Bedeutung. Verträge müssen also umgestaltet, in einigen Fällen sogar neugestaltet werden, und auch die VOB/B als weit verbreitete Vergabe- und Vertragsordnung wird mit dem neuen Bauvertragsrecht in seinen Grundfesten erschüttert.

Was aber verbirgt sich genau hinter dieser „Reform“? Mit dieser Frage wollen wir uns in diesem einführenden Überblick beschäftigen. Er soll nichts vorwegnehmen, was Sie in den nachfolgenden Beiträgen im Detail lesen können, sondern lediglich das Verständnis der teils komplex ausgestalteten Neuregelungen erleichtern. Zunächst beschäftigen wir uns mit dem Hintergrund bzw. der Geschichte des Gesetzes (1.), bevor wir uns mit der Änderung der Mängelhaftung im Kaufrecht (2.) sowie den Strukturen des neuen Bauvertragsrechts beschäftigen (3.). Abschließend wagen wir, um zum Beitrag von Prof. Dr. Hans Ganten überzuleiten, einen Ausblick auf die Folgen des neuen BauVG auf Hinblick auf die Wirksamkeit der VOB/B sowie deren Fortbestand (4.).

1. Hintergrund / Gesetzgebungsschicht

Ausgangspunkt der Überlegungen zu ei-

nem eigenständigen Bauvertragsrecht vor ca. 10 Jahren war die Erkenntnis, dass ein „Bauvertrag“ – ebenso wie ein „Architektenvertrag“ – im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) nicht geregelt war. Der Gesetzgeber des BGB hatte das Baugeschehen gar nicht im Blick. Das Werkvertragsrecht war hierfür gar nicht konzipiert. Deshalb hatte sich kurze Zeit nach dessen Inkrafttreten die Erkenntnis herauskristallisiert, dass das BGB bzw. das geltende Werkvertragsrecht den Besonderheiten beim Bauen, insbesondere der Komplexität eines auf einen längeren Herstellungszeitraums des „Werkes“ angelegten Bauvertrages nicht gerecht wird. Dies führte in den 1920er Jahren zur Entstehung der seinerzeit so bezeichneten „Verdingungsordnung für Bauleistungen“, der VOB Teil B. Insofern war die VOB/B die Antwort der Baubeteiligten auf das gesetzgeberische Defizit des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Wesentliche Fragen waren also über einen Zeitraum von 117 Jahren nicht geregelt, sondern vielmehr der **Disposition** der Parteien überlassen, die mit „ihrer“ VOB/B eine eigene Bauvertragsordnung geschaffen hatten, deren Bedeutung allerdings über das AGB-Recht immer mehr eingeschränkt wurde. Anders als in anderen Rechtsgebieten (z.B. im Mietrecht) war es also weitestgehend den Baubeteiligten überlassen, die rechtlichen Rahmenbedingungen beim Bauen festzulegen. Und dabei spielt die jeweilige Marktmacht eine zentrale Rolle. Mangels gesetzgeberischer Leitbilder für einen Bauvertrag wurde das Bauvertragsrecht also weitestgehend zum Richterrecht,

das maßgeblich von der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs geprägt war.

In den letzten Jahren war – insbesondere bei komplexen bauvertraglichen Rechtsstreitigkeiten – mangels personeller Ausstattung und fachlicher Qualifikation bzw. Fortbildung der Richterschaft¹ **effektiver Rechtsschutz** nicht (mehr) zu erwarten. Vor diesem Hintergrund verstärkte sich in den letzten 20 Jahren die Flucht in eine – hier so bezeichnete – Paralleljustiz in Form von Schiedsgerichten und Adjudikations-, Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren, an der allen voran die führenden Richter in Bausachen beteiligt waren und sind. Die Besonderheit dieser „Paralleljustiz“ besteht darin, dass sie das Recht nicht fortentwickelt und an die aktuelle Entwicklung anpassen kann, was aber zentrale Aufgabe staatlicher Justiz ist. Dies hängt damit zusammen, dass es kaum Entscheidungen in dieser „Paralleljustiz“ gibt und diese auch nicht veröffentlicht würden.

Mit zunehmender Flucht in diese **Paralleljustiz** seitens der Baubeteiligten – bisweilen auch in die Selbstjustiz mittels unseriöser „Inkassounternehmen“ – entstand eine Rechtsunsicherheit, die zum einen in nicht unerheblichem Umfang auf die fehlenden gesetzlichen Leitbilder, zum anderen auf die nicht mehr vermittelbare Dauer von Bauprozessen zurückzuführen war. Einschlägige Untersuchungen, insbesondere aus dem Bezirk des OLG Hamm, haben der staatlichen Justiz in Bausachen insbesondere im Hinblick auf die Verfahrensdauer ein Armutszeugnis ausgestellt.

Wenngleich sich die Notwendigkeit eines eigenständigen Bauvertragsrechts (mit gesetzlichen Leitbildern, an denen sich die Vertragsparteien orientieren können) wie auch die Notwendigkeit effektiven Rechtsschutzes, wozu immer auch eine angemessene (kurze) Verfahrensdauer gehört (die sich nun durch die Erleichterung einstweiliger Verfügungen in Bausachen in vielen Fällen einstellen wird) geradezu aufdrängte, sah der Gesetzgeber bis vor einigen Jahren keinerlei Anpassungs- bzw. Optimierungsbedarf. Selbst der **Deutsche Juristentag** im Jahre 1984 hielt in materiell-rechtlicher Hinsicht eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts nicht für erforderlich, und im Jahre 2002 nahm der Gesetzgeber lediglich sprachliche Anpassungen vor. Auch mit dem **Forderungssicherungsgesetz** im Jahre 2009 wurden lediglich Fehler der früheren Gesetzgebung korrigiert und keine Kodifikation des Bauvertragsrechts geschaffen.

Allerdings waren zu diesem Zeitpunkt (2009) die ersten Steine bereits ins Rollen gebracht worden, die zehn Jahre später insofern zum Erfolg geführt haben, dass es nun ein eigenständiges Bauvertragsrecht gibt. Im Jahre 2006 tagte der erste Deutsche Baugerichtstag, der sich zum Ziel gesetzt hat, die baurechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern, und zwar durch die Schaffung eines eigenständigen Bauvertragsgesetzes. In vielen Arbeitskreisen der seitdem insgesamt sechs Deutschen Baugerichtstage sind zahlreiche Ideen und Konzeptionen vorgestellt und veröffentlicht worden, die zumindest teilweise in das Gesetzgebungsvorhaben eingeflossen sind.

Den eigentlichen Beginn des Gesetzgebungsverfahrens wird man wohl auf das Jahr 2010 datieren müssen, dem Jahr, in dem das Justizministerium einen Arbeitskreis Bauvertragsrecht gründete, in dem sich Interessenvertreter und Fachleute versammelten. Es gab insgesamt mehr als 40 Sitzungen, in denen grundlegende Fragen und Probleme der Bauvertragsabwicklung diskutiert und Lösungsvorschläge erarbeitet wurden. Am 18.06.2013 legte dieser Ar-

beitskreis seinen Abschlussbericht vor.

Es folgte der **Referentenentwurf** des Justizministeriums im September 2015, der auf dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe aufbaute. Darin waren bereits viele Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages umgesetzt. Einige Bereiche blieben allerdings vollständig unberücksichtigt. Mit diesem Referentenentwurf im September 2015 begann dann die Arbeit der Lobbyisten, die nach und nach die Fachleute zur Seite drängten und mit deren Einfluss wir heute „leben“ müssen.

Es folgte der **Regierungsentwurf** von März 2016, über den die zuvor beteiligten Fachleute erklärten, dass der jahrelangen intensiven Vorarbeit „kurzer Hand der substantielle Boden entzogen worden war“.² Immerhin erfolgte anschließend noch eine Anhörung der Sachverständigen im Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz, bei der, so Prof. Leupertz später, „die Dinge wieder ein Stück weit ins Lot gerückt und das Schlimmste verhindert“ werden konnte.³

2. Änderung der Mängelhaftung im Kaufrecht

Neben dem Werkvertragsrecht (vgl. *hierzu unten*) hat der Gesetzgeber mit der Novelle auch Regelungen zur Verantwortlichkeit für die Aus- und Einbaukosten getroffen, die in der Vergangenheit bei Verträgen mit Verbrauchern und Nichtverbrauchern unterschiedlich war. Bislang konnte ein Verkäufer den Käufer, soweit dieser nicht Verbraucher war, auf eine reine Nachlieferung der mangelfreien Sache (d.h. ohne die Ein- und Ausbaukosten) verweisen. Für Verbraucher hatte der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 16.6.2011⁴ klargestellt, dass dieser in der Regel gutgläubig ist und nicht damit rechnen müsse, dass das gekaufte Material mangelhaft ist, wenn er dieses einbaut oder einbauen lässt. Aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 99/44/EG (Art. 3 Abs. 2 und 3) ergab sich also im Ergebnis, dass der Verkäufer nur gegenüber einem Verbraucher die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Ware und Einbau einer mangelfreien Ware übernehmen musste.

Dies ändert sich nun. Nach § 439 Abs. 3 BGB kann nun auch der Unternehmer, der mangelhaftes Material verbaut hat, vom Verkäufer die Erstattung der Aufwendungen für den Ausbau und Wiedereinbau verlangen, wobei diese Verpflichtung für die gesamte Lieferkette gilt (§ 445a Abs. 1 bis 3 BGB).⁵

3. Strukturen des neuen Bauvertragsrechts

Weitaus umfangreicher sind die Neuerungen im Werkvertragsrecht. Dieses hat nicht nur neue Regelungen bekommen, sondern auch eine neue Struktur. So gibt es nun spezielle Normen, die nur für den Bauvertrag gelten (**b**), die ergänzt werden durch die Allgemeinen Regelungen (§§ 631 bis 650). Diese Allgemeinen Regelungen (**a**) gelten nicht nur für den Bauvertrag, sondern auch für den Verbraucherbauvertrag (**c**) und – durch entsprechende Verweise – jedenfalls teilweise auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag (**d**),⁶ während das „neue Bauträgerrecht“ lediglich rudimentär ausgestaltet ist.⁷

a) Allgemeines Werkvertragsrecht

Das allgemeine Werkvertragsrecht hat drei wesentliche Änderungen erfahren, die zwar alle Werkverträge betreffen, aber insbesondere für Bauleistungen (Bauverträge und Architekten-Ingenieurverträge) von besonderer Bedeutung sind:

(1) Das bislang in § 632a Abs. 1 BGB (a.F.) normierte Recht auf Abschlagszahlungen wird dahingehend geändert, dass der Besteller nunmehr grundsätzlich verpflichtet ist, Abschlagszahlungen zu leisten, auch wenn wesentliche Mängel vorliegen. Er darf in diesem Fall nur noch einen angemessenen Betrag bei Mängeln zurückhalten. Nach der bisherigen Regelung des § 632a BGB a.F. konnte ein Bauunternehmer hingegen – ohne Einbeziehung der VOB/B – faktisch keine Abschlagszahlung verlangen, wenn die darin abgerechnete Leistung einen wesentlichen Mangel aufwies. Dabei kam es bislang nicht auf das Verhältnis der Mangelbeseitigungskosten

zu dem Wert der bis dahin erbrachten Gesamtleistung (nach Vertragspreisen) an – ebenso wenig darauf, dass der wesentliche Mangel diejenige Leistung betraf, die mit der Abschlagsrechnung berechnet worden ist. Die bisherige Regelung stellte dabei auf den Wertzuwachs ab, sodass unerheblich war, auf welche Leistung sich der wesentliche Mangel bezog. Nunmehr kann der Besteller wegen eines Mangels, und zwar unabhängig von deren Wesentlichkeit – nur noch einen angemessenen Betrag von der Abschlagsrechnung einbehalten. Da diese Regelung hier als gesetzliches Leitbild ausgestaltet sein dürfte, dürften Abweichungen hiervon, soweit eine AGB-Inhaltskontrolle

re) Sicht des Bestellers abzustellen und nicht auf die des Unternehmers.

(2) Nach wie vor ist die Abnahme Voraussetzung der Fälligkeit des Werklohns, § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ebenso unverändert bleiben im neuen Gesetz die Wirkungen der Abnahme. Die Neuregelung des § 640 Abs. 2 BGB enthält nun allerdings eine Abnahmefiktion. Erklärt der Besteller die Abnahme nicht – weder ausdrücklich noch konkludent – wird er so behandelt, als habe er die Abnahme erklärt, wenn die in § 640 Abs. 2 BGB im Einzelnen geregelten Voraussetzungen vorliegen.⁹

(3) In dem neuen § 648a BGB gibt es schließlich erstmals ein ausdrücklich nor-

trag (Kap. 3) geregelt (§ 650m Abs. 2 BGB). Die Regelungen zur Sicherungshypothek des Bauunternehmers werden zukünftig bei den speziellen Bestimmungen zum Bauvertrag (Kap. 2) einsortiert, dort § 650e BGB. Ebenfalls zum Bauvertragsrecht gewandert ist die – bislang in § 648a BGB a.F. geregelte – Zahlungssicherheit des (Bau-) Unternehmers, § 650 f BGB. Die bisherige Regelung des § 649 BGB a.F. wird nunmehr zu § 648 BGB.

Diese redaktionellen Anpassungen bedeuten jeweils keine materiell-rechtlichen Änderungen. Lediglich bei der Zahlungssicherheit (bislang § 648 a BGB a.F.) gibt es Änderungen, die allerdings nicht das



Das neue Werkvertragsrecht hat eine neue Struktur erhalten – und auch eine Vielzahl von Neuregelungen.

stattfindet,⁸ kaum durchzusetzen sein.

Dabei dürfte allerdings im Hinblick auf die Angemessenheit der Mangelbeseitigungskosten auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen sein. Wäre ein Mangel z.B. zu diesem Zeitpunkt noch mit erheblichen Kosten verbunden, würde dies zu einem hohen (angemessenen) Mangelbeseitigungsaufwand führen. Insofern ist in diesem Zusammenhang auf die (objektivierba-

miertes Recht, das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Werkvertrages.¹⁰

Unabhängig davon gibt es einige redaktionelle Änderungen, die hier nur erwähnt werden sollen: Die bisherige Regelung des § 632a Abs. 2 BGB a.F. wird nunmehr in § 650v BGB geregelt, d.h. im Zusammenhang mit den Regelungen zum Bauträgervertrag. Die Regelung des § 632a Abs. 3 BGB a.F. ist nun beim Verbraucherbauver-

allgemeine Werkvertragsrecht betreffen, sondern das Bauvertragsrecht (s.u.).

b) Bauvertragsrecht

Zu den wichtigsten Neuregelungen im Bauvertragsrecht gehört das neu geschaffene Änderungsrecht des Bestellers nebst Folgen für die Vergütung, verbunden mit deutlichen Erleichterungen bei der Durchsetzung von diesbezüglichen Rechten im



Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat haben die Zeichen der Zeit erkannt: Es ist Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers (und nicht von Interessenvertretern), die (zivil-)rechtlichen Rahmenbedingungen der Bauwirtschaft, einem der wichtigsten Wirtschaftszweige der Bundesrepublik, festzulegen.

Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 650b bis 650d).¹¹ Daneben gibt es Regelungen zur Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme (§ 650g)¹² sowie ein Schriftformerfordernis für eine Kündigung des Bauvertrages (§ 650h).

Nach der Neuregelung handelt es sich allerdings nur dann um einen Bauvertrag im Sinne des § 650a BGB, wenn es um die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teils davon handelt. Gegenstand eines Bauvertrages kann nach § 650a Abs. 2 BGB auch eine Instandhaltung sein, soweit diese für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist. Ein Vertrag über die Instandhaltung ist also nur dann ein Bauvertrag, wenn eine der in Abs. 2 genannten (zusätzlichen) Voraussetzungen vorliegen. Was ein Bauwerk oder eine Außenanlage ist, definiert das Gesetz nicht.

Vielmehr soll nach der Gesetzesbegründung auf die Rechtsprechung zu § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. zurückgegriffen werden.

Handelt es sich bei dem Besteller um einen „Verbraucher“ im Sinne des § 13 BGB, ist zwar von einem „Verbrauchervertrag“ auszugehen, aber nicht zwingend von einem „Verbraucherbauvertrag“, der in §§ 650i bis 650n (Kap. 3) geregelt ist. Wird also ein Bauvertrag mit einem Verbraucher geschlossen, der nicht als „Verbraucherbauvertrag“ im Sinne des § 650i zu verstehen ist, handelt es sich insoweit um einen „normalen“ Bauvertrag.

Für ein solchen reinen „Verbrauchervertrag“ gelten zum Einen die Regelungen des Bauvertragsrechts sowie spezielle Regelungen für Verbraucherverträge, z.B. das Recht des Verbrauchers, die aufgrund der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83EU in das deutsche Recht aufgenommen wurden, §§ 311 ff. BGB. Auch die Bestimmungen zur Inhaltskontrolle von Verbrau-

cherverträgen (z.B. §§ 308 ff. BGB) finden Anwendung, nicht hingegen die Bestimmungen der §§ 650i ff. BGB und ebenfalls nicht die Folgen des Widerrufs eines Verbraucherbauvertrages gem. § 356e bis 357d BGB.

Zukünftig wird es also drei verschiedene Vertragstypen geben, die mit Verbrauchern geschlossen werden können:

- Werkvertrag über „unwesentliche“ Bauleistungen gemäß §§ 631ff. BGB
- Bauvertrag über „wesentliche“ Bauleistungen gemäß §§ 650a ff. BGB
- Verbraucherbauvertrag über „erhebliche“ Bauleistungen gemäß §§ 650a ff. BGB.

c) Verbraucherbauvertrag

Ein Verbraucherbauvertrag ist ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über die Ausführung von Leistungen betreffend den Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaß-

nahmen an einem bestehenden Gebäude, § 650i BGB. Ein Architektenvertrag hat keine Bauleistungen zum Gegenstand und kann deshalb kein Verbraucherbaupvertrag sein.

Ziel dieser Sonderform eines Bauvertrages ist es, Verbrauchern, die umfangreiche Bauleistungen in Auftrag geben, wegen der damit verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen vor Übereilung und Übervorteilung zu schützen. Dies soll insbesondere durch ein Widerrufsrecht und Informationspflichten des Bauunternehmers geschehen.

(1) Der Tatbestand „Bau eines neuen Gebäudes“ soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers (Begründung des Regierungsentwurfs, S. 69) an der – nicht mehr gültigen – Bestimmung des § 312b Abs. 3 Nr. 4 BGB a.F. orientieren, wonach diese Vorschrift eng auszulegen ist und nur wirtschaftlich bedeutsame Umbaumaßnahmen erfasst, nicht jedoch unbedeutende (wie zum Beispiel die Aufstellung eines Gartenhäuschens).

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „erhebliche Umbaumaßnahmen“ sollen darunter nur solche Maßnahmen fallen (unter Bezugnahme auf die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011), die vom Aufwand her mit dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, z.B. Maßnahmen, bei denen nur die – möglicherweise denkmalgeschützte – Fassade eines alten Gebäudes erhalten bleibt. Verträge zur Errichtung von Anbauten wie Garagen oder Wintergärten sollen nicht darunterfallen.

(2) Verbraucher sind natürliche Personen, die ein Rechtsgeschäft abschließen, das weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, § 13 BGB. Der klassische Fall des Verbrauchers ist also der Besteller, der den Bau eines zum Selbstbezug bestimmten Einfamilienhauses in Auftrag gibt.

Sonstige Verträge mit Verbrauchern über die Errichtung von Bauleistungen jeglicher Art, die keine Neubauten oder erhebliche

Umbaumaßnahmen betreffen, sind zwar Verbraucherverträge (mit den entsprechenden rechtlichen Konsequenzen), aber keine Verbraucherbaupverträge, sodass auf diese Verträge die Regelungen der § 650a bis 650n BGB nicht anwendbar sind.

(3) **Liegt ein Verbraucherbaupvertrag vor, hat dies folgende Konsequenzen:**

- Der Unternehmer hat den Verbraucher vorvertraglich über die Vertragsleistungen durch Baubeschreibung zu informieren, § 650j BGB, Art. 249 § 1f. EGBGB.
- Der Verbraucher hat ein Widerrufsrecht (§ 355 BGB), über das ihn der Unternehmer informieren muss, § 650l BGB.
- Der Anspruch auf Abschlagszahlungen sowie die Möglichkeit zur Vereinbarung von Erfüllungssicherheiten werden zugunsten des Verbrauchers begrenzt, § 650m BGB.
- Der Verbraucher schuldet keine Sicherheitsleistung nach § 650f BGB.
- Der Unternehmer hat dem Verbraucher die Unterlagen zu übergeben, die dieser für den Nachweis gegenüber Behörden benötigt, § 650n BGB.

(4) Von diesen Regelungen darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, § 650o und § 650 Abs. 4 BGB. Ausgenommen ist lediglich die Beschränkung von Abschlagszahlungen des Verbrauchers bzw. dessen Anspruch auf Erfüllungssicherheit bei Abschlagszahlungen. Individualvertraglich könnten diese Regelungen modifiziert werden (§ 651o BGB), nicht hingegen in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 309 Nr. 15 BGB).

d) Architekten- und Ingenieurvertrag

Mit der Gesetzesnovelle wird erstmals auch ein Architekten- und Ingenieurrecht eingeführt sowie ein eigenständiger Vertragstypus, der Architekten- und Ingenieurvertrag. Dass der Architekten- und Ingenieurvertrag (im Folgenden nur „Architektenvertrag“) überhaupt zum Werkvertragsrecht gezählt wird, ist keine Selbstverständlichkeit. Dies beruht bekanntlich auf einer Entscheidung des Bundesge-

richtshofs aus den 1950er Jahren.¹³

Diese Einordnung hat der Gesetzgeber beibehalten und damit endgültig allen Versuchen der vergangenen Jahrzehnte, den Architektenvertrag eher dem Dienstvertragsrecht zuzuordnen, eine Absage erteilt. Allerdings wird nunmehr der Tatsache Rechnung getragen, dass der Architektenvertrag gegenüber einem sonstigen Werkvertrag wie auch gegenüber einem Bauvertrag einige Besonderheiten aufweist, für die sich spezielle Regelungen anbieten. Der prozessorientierte Charakter des Architektenvertrages, die Tatsache, dass das geschuldete Werk in der Regel bei Auftragserteilung noch gar nicht feststeht, d.h. auch die konkrete Gestaltung des zu errichtenden Bauwerks, war für viele kaum verständlich.

Der genaue vertragliche Leistungserfolg kann in vielen Fällen, insbesondere dann, wenn auch die ersten Leistungsphasen beauftragt werden, bei Vertragsschluss noch gar nicht feststehen. Das neue Architektenvertragsrecht enthält hierzu eine neue Sicht der Dinge, auf die wir gleich näher zu sprechen kommen werden.

Neben den Regelungen zum geschuldeten Planungserfolg gibt es nun auch eine Synchronisierung der Abnahme von Bauunternehmerleistungen und Architektenleistungen. Zudem sind nunmehr der Inanspruchnahme des Architekten Grenzen gesetzt, wenn dieser für Mängel am Bauwerk haften soll, ohne dass dem Bauunternehmer zuvor eine Frist gesetzt worden ist. Nach der bisherigen Rechtslage ist es bekanntlich so, dass der Architekt auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Bauunternehmer überhaupt keine Gelegenheit zur Nachbesserung erhält. Dies ist nun geändert worden.

Um den besonderen Charakter des Architektenrechts deutlich zu machen, sind die neuen Vorschriften in einem eigenen Untertitel zusammengefasst. Erstmals gesetzlich geregelt werden die vertragstypischen Pflichten wie bei einem Architekten- und Ingenieurvertrag. Hier wird ein auf die Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs funktional ausgerichte-

ter Leistungsbegriff normiert. Zudem wird eine eigenständige Regelung für die Fälle geschaffen, bei denen die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele noch nicht in der für eine konkrete Festlegung des geschuldeten Leistungserfolgs erforderlichen Art und Weise feststehen.

4. Anfang vom Ende der VOB/B?

Welche Auswirkungen aber wird das BauVG auf die VOB/B, der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, haben, die im vergangenen Jahr ihren 90. Geburtstag gefeiert hat? Ist mit dem BauVG deren Schicksal besiegelt?

Bei der Suche nach einer Antwort wird man sich mit der Funktion und dem Selbstverständnis dieses seit den 1920er Jahren marktbeherrschenden und vor allem für öffentliche Auftraggeber zentralen Regelwerks im Baubereich¹⁴ beschäftigen müssen. Die VOB/B soll „im Bauvertrag die Funktion Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) im Sinne des BGB [übernehmen] mit der Zielsetzung, allgemeingültige Regeln für das private Baurecht aufzustellen, weil das Werkvertragsrecht im BGB die komplexen Besonderheiten des privaten Baurechts nicht ausreichend berücksichtigt“. Bei einem solchen, für jedermann bei Wikipedia nachzulesenden Selbstverständnis drängt sich angesichts der nunmehr Realität gewordenen Kodifizierung des Bauvertragsrechts geradezu die Frage auf, ob die VOB/B diese Funktion noch übernehmen können oder ob die VOB/B nicht vielmehr, will sie überleben, grundlegend neu gestaltet werden müsste.¹⁵

Dauer, Verlauf und Ergebnis dieses im März 2017 initiierten Überlebenskampfes der VOB/B wird maßgeblich vom Verhalten bzw. der Reaktion des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DAV)¹⁶ abhängen, dessen Aufgabe es war und nach wie vor ist, die Grundsätze für eine sachgerechte Vergabe und Abwicklung von Bauaufträgen zu erarbeiten und weiter zu entwickeln, wozu auch die Fortschreibung der VOB/B gehört. Nicht erst seit Bekanntwerden der im

März verabschiedeten Fassung des BauVG wird im DVA deshalb intensiv diskutiert und darüber verhandelt, wie man auf dieses neue Gesetz und die darin verankerten gesetzlichen Leitbilder, an der sich auch die VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung zu orientieren hat, reagieren soll. Es gibt auch schon den ersten Entwurf einer neuen VOB/B, der den internen, hinter verschlossenen Türen stattfindenden Diskussionsbedarf der Interessenvertreter eher noch erhöht hat, in dem allerdings nicht die – angesichts der Realitäten zu erwartende – Botschaft „Wir haben verstanden“ verankert ist. Dabei ist den Gesetzmaterialeien doch unmissverständlich zu entnehmen, dass man in Berlin endlich erkannt hat, dass es sich bei der Gestaltung des Bauvertragsrechts um eine originäre Aufgabe des Gesetzgebers handelt, die dieser nicht etwaigen, vom Geist des Liberalismus des 19. Jahrhunderts infizierten Interessenverbänden überlassen darf. Der aktuelle, lediglich mit marginalen Änderungen aufwartende Erstentwurf der neuen VOB/B wird insofern allerdings kaum reichen. Mit einer lediglich kosmetischen Reparatur der VOB/B würde man die eigentliche Sprengkraft des neuen BauVG schlichtweg ignorieren, das mit den nunmehr anhand der neuen gesetzlichen Leitbilder möglichen AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle die VOB/B aushebeln kann und wohl auch wird. Die zwischenzeitlich laut gewordenen Stimmen, wonach die Regelungen der VOB/B nach wie vor – d.h. auch unter der Ägide des BauVG – einer Inhaltskontrolle standhalten würden, dürften sich vor dem Hintergrund des erklärten Ziels des Gesetzgebers, die Ausgestaltung des Bauvertragsrechts nunmehr selbst in die Hand nehmen zu wollen, letztlich als Durchhalteparolen von Hütern und/oder Kommentatoren der VOB/B erweisen, die den sich abzeichnenden Niedergang der VOB/B – zumindest als allgemeingültiges Regelwerk für das private Baurecht – nicht wahrhaben wollen. Denn an der Erkenntnis wird man einfach nicht vorbeikommen: Der Gesetzgeber hat im BauVG im ersten Anlauf bereits in zwei Zentralberei-

chen eine grundlegend andere Konzeption umgesetzt und sich insoweit ganz bewusst von der VOB/B abgegrenzt. Dies gilt zum einen für die Regelungen in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B, die völlig anders ausgestaltet sind als das zum gesetzlichen Leitbild erhobene Anordnungsrecht des § 650b BGB. Zum anderen gilt dies auch für die Vergütungsanpassungsregelungen. Und die in §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B vorgesehene kalkulatorische Preisfortschreibung, wonach es bei Nachträgen maßgeblich auf die Urkalkulation ankommt, ist mit der Vergütungsanpassung nach § 650c Abs. 1 BGB, die auf den „*vermehrten oder verminderten Aufwand ... nach den tatsächlich erforderlichen Kosten angemessen Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn*“ abstellt, nicht vereinbar. Dass es bei der weiteren Ausgestaltung des BauVG dabei bleiben wird, ist realitätsfremd. Und dass die Rechtsprechung die vom Gesetzgeber beabsichtigte flächendeckende Umsetzung dieses Systemwechsels durch ein „*AGB-rechtliches Durchwinken*“ der §§ 1 und 2 VOB/B vereiteln wird, ist in Anbetracht des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht zu erwarten, wonach eine unangemessene Benachteiligung und damit die Unwirksamkeit der Klausel im Zweifel immer dann anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.¹⁷

Noch verbleiben selbstverständlich Regelungsbereiche der VOB/B, die in das BauVG noch nicht aufgenommen worden sind. Zwar hat das Gesetz nunmehr auch die fiktive Abnahme (anders als in § 12 Abs. 5 VOB/B) geregelt (§ 640 Abs. 2 BGB) sowie die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB im Unterschied zu § 8 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 7 bzw. § 5 Abs. 4 VOB/B). Die VOB/B enthält allerdings zahlreiche weitere Regelungen (z.B. § 2 Abs. 3 VOB/B),¹⁸ die auch nach dem 01.01.2018 Bestand haben werden und auch unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten unbedenklich sind. Dies gilt namentlich für Ansprüche bei Störungssachverhalten,¹⁹ die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auf-

tragnehmers, die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor Abnahme, die nun allerdings für den BGB-Vertrag vom BGH – in Abweichung von der VOB/B-Regelung – verneint worden sind.²⁰

FAZIT: Das zum 01.01.2018 in Kraft tretende BauVG ist keineswegs fertig. Prof. Stefan Leupertz, der im Arbeitskreis Bauvertragsrecht bei der konkreten Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen (die dann aber noch geändert worden sind) maßgeblichen Einfluss hatte, wird nicht müde zu betonen, dass dieser Gesetzentwurf nur ein „erster Aufschlag“ ist, dem weitere Regelungen im BGB folgen werden (und müssen), die dann wiederum in die – den Interessenvertretern des DVA bislang eingeräumte – „Gestaltungshoheit“ eingreifen werden. Insofern wird sich dann irgendwann auch die Frage stellen, was von der VOB/B noch übrig sein wird. Noch ist es jedoch nicht soweit. Und im Übrigen gilt: Totgesagte leben länger. ■

1 Das Bauvertragsrecht bzw. das private Baurecht gehört bis heute nicht zum Gegenstand universitärer Juristenausbildung (von wenigen Ausnahmen – wie der Zusatzqualifikation an der Philipps-Universität Marburg – einmal abgesehen).

2 Leupertz, BauR 2017, Heft 5 – Editorial.

3 Ebd.

4 NJW 2011, 2269; BauR 2011, 1490.

5 Vgl. hierzu den Beitrag von Biernoth in diesem Heft (S. 15 ff.).

6 Vgl. hierzu die Beiträge zum neuen Architekten- und Ingenieurrecht von Jochem (S. 51 ff.), Jochem (S. 40), Siemer (S. 44 ff.) und Irmeler (S. 34 ff.).

7 Vgl. hierzu den Beitrag von Müller (S. 58).

8 Vgl. hierzu den Beitrag von Ganten (S. 12).

9 Vgl. hierzu den Beitrag von Biernoth (S. 18 ff.).

10 Vgl. hierzu den Beitrag von Röder/Essig (S. 22 ff.).

11 Vgl. hierzu die Beiträge von Trippacher (S. 25) und Koenen (S. 30 ff.).

12 Vgl. hierzu den Beitrag von Biernoth (S. 18 ff.).

13 BGH, Urteil vom 26.11.1959 – VII. ZR 120/58 = NJW 1960, 431 ff.

14 Der öffentliche Auftraggeber muss die VOB/B als Vertragsbestandteil vereinbaren.

15 Wikipedia „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen“ (Stand: 11.11.2017).

16 Dem DVA gehören als Mitglieder sowohl Vertreter der öffentlichen Hand (Bundesministerien, Landesministerien und kommunale Spitzenverbände) als auch Spitzenorganisationen der Auftragnehmer aus der Bauwirtschaft an. Ziel dieses nichtrechtsfähigen Vereins soll der gerechte Ausgleich zwischen den Interessen der Auftraggeber und der Bauunternehmer sein.

17 Vgl. hierzu den Beitrag von Ganten (S. 12 ff.).

18 Dies betrifft den Fall, dass die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung um mehr als 10 % von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang abweicht.

19 Vor allem wegen der jüngst ergangenen einschränkenden Rechtsprechung des BGH zu § 642 BGB: BGH, Urteil vom 20.04.2017 – VII ZR 194/13; Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, mit der die in der Literatur positiv aufgenommene Entscheidung des KG vom 10.01.2017 aufgehoben worden ist.

20 Vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2017 – VII ZR 301/13; NJW 2017, 1604; Urteil vom 19.01.2017 – VII ZR 235/15; NJW 2017, 1607. Welche Auswirkungen diese Klarstellung des BGH auf die Wirksamkeit des § 8 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 7 VOB/B unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten haben wird, ist derzeit noch nicht absehbar. Auch insofern könnte sich für die VOB/B ein Wirksamkeitsproblem ergeben.



Dr. Andreas Koenen ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Lehrbeauftragter für Baurecht an der Philipps-Universität Marburg.

AGB-Kontrolle der VOB/B nach Neuem Bauvertragsrecht

von RA Prof. Dr. Hans Ganten, Ganten, Hünecke, Bieniek & Partner, Bremen

Das Neue Bauvertragsrecht wirft neben anderen Problemen auch die Frage auf, wie wir uns ab dem 01.01.2018 auf die AGB-Kontrolle der VOB/B einzustellen haben. Dazu soll in einer Vorbemerkung an die generelle Problemlage erinnert werden (Ziff. 1.). Im Anschluss daran werden die konkret nach neuem Recht auftretenden Fragen zu behandeln sein (Ziff. 2.).

1. Vorbemerkung

Die AGB-Kontrolle von Bestimmungen der vertraglich vereinbarten VOB/B findet – je nach Fallkonstellation – auf unterschiedliche Weise statt:

a) Unternehmerverträge; VOB/B als Ganzes

Ist die bei Vertragsschluss einbezogene VOB/B als Ganzes vereinbart und kein Verbraucher Vertragspartner des Verwenders, so findet eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen der VOB/B nach Maßgabe der §§ 307 Abs. 1, Abs. 2 und 308 Nr. 1 a, b nicht statt, § 310 Abs. 1, Satz 3 BGB. Das bedeutet aber gleichzeitig, dass die Ausgewogenheit der gesamten VOB/B insbesondere nach § 307 BGB, der Grundnorm für die Inhaltskontrolle, auch in diesen Fällen möglich ist. (Dazu vgl. u. Ziff. 2 a).

b) Unternehmerverträge; VOB/B Vereinbarung nicht als Ganzes

Ist die bei Vertragsschluss einbezogene VOB/B – wiederum ohne Verbraucher-

beteiligung – nicht als Ganzes, sondern lediglich in ausgewählten Teilen oder mit Änderungen im Vertragskonzept vereinbart, findet eine Inhaltskontrolle auch der Einzelbestimmungen statt. Es kommt nicht darauf an, ob die Abweichungen vom Vertragstext der VOB/B „wesentlich“ sind oder nicht, vgl. Kniffka, Bauvertragsrecht (2016), Einführung vor § 631 Rz. 61 m. N. Entsprechendes gilt, wenn nur einzelne Bestimmungen oder Abschnitte (etwa: „Das Gewährleistungsrecht“) der VOB/B in den Vertrag übernommen werden. (Dazu vgl. u. vor 2. b).

c) Verbraucherverträge

Ist der Bauvertrag auf Grundlage der VOB/B mit einem Verbraucher geschlossen, gilt § 310 Abs. 3 BGB. Eine Kontrollbeschränkung am Maßstab der §§ 305 f. BGB gibt es nicht. Sofern die VOB/B in diesen Fällen überhaupt wirksam in den Vertrag einbezogen ist, gilt sie generell als AGB-Werk, dessen Kontrollhürden durch die Regel des § 310 Abs. 3 BGB sogar noch erhöht sind. (Dazu vgl. u. 3.).

d) Verträge zwischen dem 01.01.2002 und 01.01.2018

Auf sämtliche Verträge, die in diesem Zeitpunkt wirksam geworden sind, findet die Kontrolle der einbezogenen VOB/B anhand der obigen Kriterien am Recht des ab 01.01.2002 geltenden Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG) statt.

Der Übergang vom (ganz) alten Schuldrecht auf das (bis Ende 2017 geltende) „Neue Schuldrecht“ (SMG) hat nach Auffassung des BGH (Urt. v. 24.07.2008 - VII ZR 55/07) an dem oben dargestellten Kontrollmechanismus prinzipiell nichts geändert. Soweit sich allerdings das Leitbild des Werkvertragsrechtes bereits mit dem SMG gewandelt hat (vgl. dazu Palandt-Heinrichs, Erg. zur 61. A., Einl., Rz. 3 - 10), waren auf nach Beginn des Jahres 2002 wirksam gewordene Verträge auch die Kontrollkriterien des SMG anzuwenden.

e) Übergang zum 01.01.2018

Mit der zum 01.01.2018 eintretenden Gesetzesänderung gilt „prüftechnisch“ nichts Neues: Für VOB/B-Verträge, die unter dem neuen Recht wirksam werden, gilt nach wie vor § 310 BGB mit den darin enthaltenen Varianten. Damit sind aber die Probleme nicht gelöst. Das neue Werkvertrags- und Bauvertragsrecht enthält in vielen Punkten einen echten Paradigmenwechsel, dem die VOB/B bisher nicht angepasst worden ist. Die Kontrolle von VOB/B-Verträgen erfolgt aber am Maßstab der Leitbilder des neuen Rechtes, die sich in der bisher geltenden VOB/B gar nicht oder nur in Anklängen wiederfinden. Was bedeutet dies?

2. Das Verhältnis des Neuen Bauvertragsrechtes zur VOB/B

a) VOB/B als Ganzes vereinbart

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsabschluss (DVA) hat, soweit ersichtlich, bis-

her nicht erkennen lassen, ob und wie er die VOB/B an das neue Gesetzesrecht anpassen will. Er wäre, wie unten noch näher darzustellen ist, aber schlecht beraten, wenn er sich dieser Aufgabe nicht zügig und umfassend annähme. Solange gar nichts geschieht, ist zu befürchten, dass die VOB/B unter dem neuen Bauvertragsregime ganz generell (also nicht nur in Einzelbestimmungen!) als nicht mehr leitbildgerecht angesehen werden kann:

Die bisherige VOB/B greift in keiner Weise auf, dass für die Interessenwahrung des Bestellers zwischen Unternehmer (§§ 650a ff. BGB) und Verbraucherverträgen (§§ 650i ff. BGB) zu unterscheiden ist. Wird die VOB/B (auch „im Ganzen“) vereinbart, ist die Kontrolldichte jedenfalls bei Verbraucher-Beteiligungen eine ganz andere als bei Unternehmerverträgen. Die Vertragspartner müssen sich dann „selbst zurechtlegen“, welches Schutzniveau für den Verwendungsgegner gilt. Das führt mindestens in den Fällen, in denen unklar ist, ob ein Verbraucher oder Unternehmer Partner ist, zur Intransparenz, die nach § 307 Abs. 1, Abs. 3, Satz 2 BGB zur Unwirksamkeit des Vertrages führt (Erman-Roloff, 2017, § 307 Rz. 49).

Ganz eindeutig scheitert die VOB/B aber

bei Verbraucherverträgen an deren neuem Leitbild in §§ 650i ff. BGB. Diese neuen Normen stellen den Schutz des Bestellers (und Verwendungsgegners) so deutlich in den Vordergrund, dass sich wesentliche Grundgedanken dieser Regelung in der bisherigen VOB/B nicht wiederfinden. Soll die VOB/B deshalb künftig auch im Verbraucherbereich Bedeutung behalten, muss sie die Regelungen der §§ 650i ff. BGB in angemessener Form in ihren Text aufnehmen.

Möglich erscheint es insoweit auch – wie im Neuen Bauvertragsrecht – einen gesonderten Abschnitt für Verbraucherverträge in die VOB/B einzufügen. Damit trüge man dem Transparenzgebot Rechnung.

b) Einbeziehung der VOB/B in Teilen

Wenn Unternehmerverträge die VOB/B nicht im Ganzen vereinbaren, findet eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen künftig am Maßstab der §§ 650a ff. BGB statt. Nach dazu bisher vorliegendem Schrifttum (vgl. *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, München 2017* und *Kniffka/Retzlaff in Baurecht 2017 (Heft 10a), 1747 ff.* (beide mit weiteren Hinweisen)) wird zumindest zu erörtern sein, ob folgende Bestimmungen der VOB/B noch

mit den grundlegenden Wertungen des Gesetzes (§ 307 Abs. 2, Abs. 3, Satz 3 BGB) übereinstimmen. Dazu in den Hauptpunkten folgende vorläufige Hinweise:

b1) §§ 1 Abs. 3, 4 VOB/B

Diese Bestimmungen weichen in ihrer Grundwertung von § 650 b BGB ab. Das gilt insbesondere für „Änderungen des Bauentwurfes“ (§ 1 Abs. 3) im Rahmen grundsätzlich vereinbarter Leistungen. Die gesetzliche Neuregelung stellt auf eine intensivere Kooperation der Parteien ab und lässt dem Unternehmer Raum, eine veränderte Leistung auch als „unzumutbar“ abzuwehren. Das alles kennt der bisherige § 1 VOB/B im dortigen „Änderungsrecht“ nicht. Entsprechendes gilt aber letztlich auch für „Zusätzliche Leistungen“ gem. § 650 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wenn sie „zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig“ sind. Auch hier nimmt die bisherige VOB/B (§ 1 Abs. 4) den Auftraggeber deutlich stärker in die Pflicht. – Bei isolierter Betrachtung dürfte deshalb § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B für den Verwender nicht mehr durchsetzbar sein (a. A. wohl Retzlaff in Baurecht 2017, 1794).



Der Teufel steckt im Detail – auch beim neuen Bauvertragsrecht. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Auswirkungen der Reform auf die VOB/B.

b2) § 2 Abs. 5, 6 VOB/B

Diese Vertragsbestimmungen folgen bisher der Leitlinie, dass bei Nachträgen für die Fortschreibung des Preises die „Grundlagen der Preisermittlung“ beim bisherigen Vertragspreis maßgeblich sind. Davon weicht § 650c nunmehr ab, der auf die „tatsächlich erforderlichen Kosten“ (mit Zuschlägen) abstellt. Darin liegt ein Paradigmenwechsel, der nicht nur ganze Bibliotheken zu dieser Problematik Makulatur werden, sondern die bisherige VOB/B-Regelung auch einer Inhaltskontrolle nicht mehr standhalten lässt. Damit ist ein ganz wesentlicher Pfeiler der bisherigen VOB/B im Nachtragsrecht ins Wanken gebracht. Leider wirft nun auch die Neuregelung im BGB, die bei einer Unwirksamkeit der vertraglich eingebrachten VOB/B-Regelung an die Stelle träte, erhebliche Probleme auf, die von der Rechtsprechung zu lösen sein werden. Differenzierend auch hierzu die Stellungnahme von Retzlaff in Baurecht 2017, 1810 f. – Dem DVA wird gerade in diesem Bereich eine besondere Regelungsverantwortung zukommen.

b3) §§ 8 Abs. 5; 9 Abs. 2 VOB/B

§ 12 Abs. 5 VOB/B

§ 8 Abs. 2 VOB/B

Im Detail soll auf die Übereinstimmung dieser vertraglichen Bestimmungen mit dem neuen Gesetzesrecht an dieser Stelle nicht mehr eingegangen werden. Auch diese Bestimmungen stehen aber im Konfliktfeld zum neuen Gesetzesrecht, wozu hier zunächst nur auf Oberhauser (a.a.O.), S. 69; 76; 89 verwiesen wird. Zu den oben (lit. b1, 2) aufgezeigten Konfliktfeldern sind diese Bestimmungen aber vom Gewicht her zunächst nachrangig.

3. Verbraucherverträge

Für Verbraucherverträge ist oben (Ziff. 1.) schon aufgeführt, dass die VOB/B zum neuen Gesetzesrecht gleichwertige Regelungen bisher nicht enthält. Es muss deshalb angenommen werden, dass hier die Regel des § 310 Abs. 1, Satz 3 BGB eingreift und die VOB/B als AGB-Recht insgesamt unwirksam ist. Ergänzend wird dazu auf

§ 650o BGB verwiesen, der die Einhaltung des Verbraucherschutzrechtes im Bauvertrag zwingend vorschreibt. – Die Regelungsaufgabe für den DVA ist an dieser Stelle besonders dringlich.

FAZIT: Insgesamt gerät die VOB/B mit der Gesetzesnovelle ab 2018 in ein schweres Wasser. Solange der DVA sich dieser Fragen nicht verantwortlich annimmt, wird es den Parteien nur helfen, etwaige Sonderregelungen zum BGB-Vertragsrecht individuell zu gestalten. Auch die Hürden dazu liegen aber bekanntlich hoch. ■



Prof. Dr. Hans Ganten ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Neuregelung zu Aus-, Ein- und Umbaukosten bei mangelhaften Baustoffen

Zusammen mit der Neuregelung des Bau- und Architektenvertragsrechts sind kaufrechtliche Vorschriften zu den Kosten der Nacherfüllung geändert worden

von RA Dr. Christian Biernoth, Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte, Oldenburg

Nach der bislang gültigen Rechtslage hat bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern über die Lieferung von jeglichen Waren, wie eben auch Baustoffen, ein Mangel der Ware zur Folge, dass der Verkäufer nur den vorhandenen Mangel als solchen im Rahmen seiner Mängelhaftung beseitigen muss, sei es durch Reparatur oder durch Neulieferung einer mangelfreien Sache. Dies gilt auch, sofern ein Baustoff, wie es seiner Art und seinem Verwendungszweck entspricht, in ein Bauwerk bereits eingebaut ist, wenn der Mangel zu Tage tritt oder entdeckt wird. Auch dann muss der Verkäufer lediglich seine vertragliche Verpflichtung zur Lieferung eines mangelfreien Baustoffes nacherfüllen, zumeist durch Neulieferung.

Demgegenüber hat der Käufer auf seine Kosten den mangelhaften Baustoff auszubauen und muss den neuen, mangelfreien Baustoff ebenso auf seine Kosten wieder einbauen. Diese Kosten können den Materialwert des Baustoffs durchaus deutlich übersteigen. Bei Baustoffen kommt hinzu, dass der Bauunternehmer im Rahmen seiner Nachbesserungsverpflichtung gegenüber dem Bauherrn ja nicht nur die Neulieferung oder Reparatur eines Baustoffs, sondern eine insgesamt mangelfreie Werkleistung schuldet.

Dazu ein Beispiel aus der Praxis: Ein Baustoffhändler hatte Betonpflastersteine in Form sogenannter Bischofsmützen an den Bauunternehmer geliefert, die binnen kurzer Zeit Rissbildungen aufwiesen, nachdem der Bauunternehmer die Pflastersteine

auf einer etliche 100 m langen Straße eingebaut hatte. Die Folge war, dass der Baustoffhändler lediglich die Pflastersteine neu liefern musste. Der komplette Aufwand für das Herausnehmen der vorhandenen, gerissenen Bischofsmützen und die Verlegung der neu gelieferten Pflastersteine im Verband musste der Bauunternehmer im Rahmen seiner Nachbesserungsverpflichtung gegenüber dem Bauherrn tragen, obgleich die eingetretene vorzeitige Rissbildung den Pflastersteinen weder bei Anlieferung auf der Baustelle, noch bei der Verlegung anzusehen war. Diese beträchtlichen Kosten konnte der Bauunternehmer nicht beim Baustoffhändler regressieren, weil ihm die derzeit gültige Rechtslage dafür keinen Anspruch gibt.

Diese Regelung empfand auch der Gesetzgeber als unbefriedigend, weil die Verantwortung für den Mangel letztendlich beim Hersteller des Baustoffs liegt, der aber ebenso wenig für die Aus- und Einbaukosten haftet wie der Lieferant. Auch in unserem Beispiel hatte der Bauunternehmer ja nichts falsch gemacht, der Mangel an den Pflastersteinen rührte vielmehr vom Baustofflieferanten und letztlich vom Hersteller der Pflastersteine her.

Deshalb gilt nunmehr für alle ab dem 01.01.2018 geschlossenen Kaufverträge auch und gerade zwischen Unternehmern gemäß § 439 Abs. 3 BGB n. F., dass der Käufer vom Verkäufer bei einem Mangel der Kaufsache im Wege der Nacherfüllung

auch den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder neu gelieferten mangelfreien Sache beanspruchen kann, soweit die Kaufsache ihrer Art oder ihrem Verwendungszweck nach in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht worden ist. Jedenfalls durch die Gesetzesbegründung ist klargestellt, dass Ersatz nicht nur von Aus- und Einbaukosten, sondern auch von den Kosten eines Umbaus derjenigen Sache, mit der der mangelhafte Baustoff verbunden wurde, umfasst sind.

Nunmehr hat also jeder Verkäufer gegenüber seinem Käufer die Kosten für Ausbau, Einbau und Umbau zu ersetzen. Der Käufer kann entweder selbst oder durch Beauftragung eines Dritten den Aus- und Einbau vornehmen und hat einen Anspruch auf nachträgliche Erstattung der dafür aufgewendeten Kosten, jedoch keinen Anspruch auf einen vorab vom Verkäufer zu leistenden Vorschuss. Ein solcher Vorschussanspruch steht nur dem Verbraucher als Käufer gemäß § 475 Abs. 6 BGB n. F. zu, nicht aber dem Unternehmer als Käufer, der also in Vorleistung gehen muss und damit das Insolvenzrisiko seines Lieferanten trägt. Der Verkäufer (in unserem Beispiel der Baustoffhändler) kann seinerseits die an den Käufer (im Beispielfall den Bauunternehmer) erstatteten Kosten für Ausbau und Einbau seinerseits bei seinem Verkäufer (im Beispiel dem Her-



Die Erstattbarkeit von Ein- und Ausbaurkosten bei Mängeln war lange Zeit unterschiedlich geregelt. Bislang kam es darauf an, ob es sich um einen Vertrag mit einem Verbraucher handelte. Die neuen Regelungen gelten nun für Verbraucher und Nichtverbraucher gleichermaßen.

steller) nach § 545 a BGB n. F. regressieren. Diese Regressmöglichkeit besteht in der gesamten Lieferkette, also auch wenn mehrere Zwischenhändler beteiligt sind.

Diese Neuregelung stellt eine deutliche Entlastung von Aus- und Einbaurkosten für Bauunternehmer dar, wenn auch keine vollständige. So ist der unterschiedliche Verjährungszeitpunkt in den jeweiligen Vertragsverhältnissen trotz der Neuregelung weiterhin gegeben. Zwar sind die Verjährungsfristen mit jeweils 5 Jahren identisch beim Kauf von Baustoffen und dem Erbringen

einer Bauleistung. Die Fristen beginnen jedoch zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu laufen: Im Verhältnis zwischen dem Baustofflieferanten und dem Bauunternehmer beginnt die Verjährungsfrist mit Übergabe des Baustoffs vom Lieferanten an den Bauunternehmer. Im Verhältnis zwischen dem Bauunternehmer und dem Bauherrn beginnt die Verjährung jedoch erst mit Abnahme der Bauleistung, für die der Baustoff verwendet wurde, zu laufen. Das kann eine je nach Umfang des Bauvorhabens durchaus große Zeitspanne

sein, die dem Bauunternehmer gegen Ende seiner Gewährleistungszeit gegenüber dem Bauherrn fehlt, um Ansprüche gegenüber dem Lieferanten noch durchsetzen zu können, die dann schlicht verjährt sind.

Durch die Neuregelung unverändert ist auch die Untersuchungs- und Rügepflicht des kaufmännischen Käufers nach § 377 HGB. Der Unternehmer als Käufer muss danach einen Kaufgegenstand bei Anlieferung unverzüglich auf Qualitäts- und Mengenabweichungen hin untersuchen und dabei festgestellte Mängel unver-



zügig gegenüber dem Verkäufer rügen. Zeigt sich zu einem späteren Zeitpunkt ein Mangel, muss auch dieser unverzüglich vom Käufer gegenüber dem Verkäufer gerügt werden. Unterlässt der Unternehmer diese unverzügliche hinreichende Untersuchung der Kaufsache und/oder die sofortige Rüge nach Entdecken eines Mangels, gilt die Kaufsache von Gesetzes wegen als genehmigt. Der Unternehmer hat dann gegenüber seinem Verkäufer keinerlei Rechte mehr wegen dieses vorhandenen Mangels und muss dennoch den vollen Kaufpreis

zahlen. Zeigt sich später ein weiterer, anderer Mangel und rügt der Unternehmer diesen Mangel rechtzeitig, stehen ihm natürlich für diesen neuen Mangel alle Rechte gegen den Verkäufer zu, denn die Untersuchungs- und Rügepflichten beziehen sich immer auf den jeweiligen Mangel und nicht die Kaufsache insgesamt.

Ein (wohl) eher kleinerer Wermutstropfen für den Unternehmer als Käufer ist auch mit der noch nicht abschließend geklärten Frage verbunden, ob der Verkäufer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) wirksam vorsehen kann, dass er abweichend von der neuen Gesetzeslage keinerlei Kosten für Ausbau, Einbau und Umbau zu tragen hat. Nur für den Verbraucher als Käufer ist explizit in § 309 Nr. 8 b) cc) BGB n. F. geregelt, dass der Ausschluss oder die Beschränkung dieser Erstattungspflicht des Verkäufers nicht durch dessen AGB wirksam vereinbart werden kann.

Gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 BGB gilt dieses Verbot bei Verträgen zwischen Unternehmern nur mit der Einschränkung, dass die vom Gesetz abweichende Regelung, den Verkäufer von der Erstattungspflicht freizustellen, den Käufer unangemessen benachteiligt, wobei auf Handelsbräuche Rücksicht zu nehmen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt jedoch ein Verbot gemäß § 309 BGB von der gesetzlichen Regelung durch AGB abzuweichen, grundsätzlich auch für Verträge zwischen Unternehmern, außer es bestehen ausnahmsweise besondere Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs. Vor der damaligen grundlegenden Neuregelung der kaufrechtlichen Bestimmungen des BGB zum 01.01.2002 hatte der Bundesgerichtshof auch bereits entschieden (NJW 1981, S. 1510), dass ein Ausschluss der Erstattungspflicht von Aus- und Einbaukosten in AGB eines Baustofflieferanten auch in Verträgen zwischen Unternehmern unwirksam ist. Ebenso geht der Gesetzgeber nach der Gesetzesbegründung davon aus, dass das Verbot einer von der Erstattungspflicht abweichenden Regelung in AGB

in der Regel greift. Außer bei besonderen Konstellationen und Umständen wird daher der Ausschluss der Pflicht zur Erstattung der Kosten für den Ausbau einer mangelhaften Kaufsache und den Einbau einer neu gelieferten mangelfreien Kaufsache in AGB des Lieferanten oder auch des Herstellers unwirksam sein.

FAZIT: Mit den genannten Einschränkungen des unterschiedlichen Verjährungslaufs und der handelsrechtlichen Prüf- und Rügepflicht bietet die Neuregelung den Bauunternehmen insgesamt gute und zu begrüßende Handhabe, eigenen oder auch fremden Aufwand der Nachbesserung wegen Mängeln von Baustoffen an den Handel weiterzureichen. Steigende Materialkosten sind dadurch zu erwarten, denn die Baustoffindustrie und der Handel werden zumindest einen Teil der nunmehr von ihnen zu tragenden Aus- und Einbaukosten preislich berücksichtigen. ■



Dr. Christian Biernoth ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Abnahmefiktion und Zustandsfeststellungen

von RA Dr. Christian Biernoth, Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte, Oldenburg



Für alle ab dem 01.01.2018 geschlossenen Werkverträge gilt eine neue Regelung zur fiktiven Abnahme der Werkleistung gemäß § 640 Abs. 2 BGB. Diese Neuregelung betrifft sämtliche Werkverträge, also nicht nur Bauverträge und gilt damit auch für kleinere Instandhaltungsarbeiten, die nicht für den Bestand oder den Gebrauch des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sind, wie z.B. neue Bodenbeläge oder Malerarbeiten. Für Bauverträge nach § 650 a BGB hat der Gesetzgeber zusätzlich einen Anspruch des Auftragnehmers auf Zustandsfeststellung der Bauleistung geschaffen.

Die Abnahme der Werkleistung, also die körperliche Hinnahme des Werkes durch den Auftraggeber und seine Erklärung, er erkenne die Leistung als in der Hauptsache vertragsgemäß an, ist bekanntlich für den Auftragnehmer äußerst wichtig. Bis zur Abnahme trägt er nämlich die Leistungsgefahr, also die Gefahr der zufälligen oder durch Dritte hervorgerufenen Verschlechterung des erstellten Werkes einschließlich dessen vollständiger Vernichtung, z.B. durch Feuer. Wird das Werk vor Abnahme beschädigt oder vernichtet, muss der Auftragnehmer das Werk nochmals erstellen, ohne dafür eine zusätzliche Vergütung beanspruchen zu können. Weil der Auftragnehmer bis zur Abnahme die Leistungsgefahr trägt, muss er sein Werk bis dahin auch schützen. Diese Leistungsgefahr geht dann mit der Abnahme auf den Auftraggeber über, der ab dann auch für den Schutz des Werkes zu sorgen hat.

Neben dem Beginn der Verjährungsfrist für Mängelrechte ist eine weitere wesentliche Abnahmewirkung, dass im Grundsatz die Vergütung gemäß § 641 Abs. 1 S. 1 BGB fällig wird, abgesehen von Ausnahmetatbeständen der Fälligkeit ohne Abnahme und von der Durchgriffsfähigkeit nach § 641 Abs. 2 BGB. Schließlich kehrt sich auch die Beweislast für Mängel um: Bis zur Abnahme muss der Auftragnehmer nachweisen, dass seine Werkleistung mangelfrei ist, ab Abnahme liegt die Beweislast für das Vorhandensein von Mängeln im Zeitpunkt der Abnahme beim Auftraggeber.

Für den Unternehmer ist es nun häufig schwierig, die Abnahme durch den Auftraggeber zu erhalten. Es gibt unterschiedliche Konstellationen und Formen der Abnahme, die zu unterscheiden sind. Voraussetzung ist jedoch stets für alle bis Ende 2017 geschlossenen Werkverträge, dass ein abnahmereifes Werk vorliegt, d.h. es dürfen keine wesentlichen Mängel vorliegen. Nach allgemeinem Verständnis ist ein wesentlicher Mangel gegeben, sofern er derart gravierend ist, dass dem Auftraggeber die Übernahme des Bauwerkes nicht zugemutet werden kann, was insbesondere bei einer Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Gebrauchsfähigkeit des Werkes der Fall ist.

Falls also ein abnahmereifes Werk vorliegt und der Auftraggeber das Werk entgegennimmt und dabei auch ohne wörtliche, ausdrückliche Erklärung stillschweigend durch sein Handeln zu erkennen gibt, dass er das Werk als vertragsgemäß ansieht, nimmt er die Werkleistung stillschweigend

ab, insbesondere durch dauerhafte Ingebrauchnahme des Werkes ohne Mängel zu rügen. Wie bei einer ausdrücklich erklärten Abnahme ist dann keine Abnahmefiktion notwendig, denn die Abnahme ist durch den Auftraggeber konkludent erteilt.

Verweigert der Auftraggeber aktiv die Abnahme, sei es, dass er das Werk nicht entgegennimmt oder bei Hinnahme Mängel rügt, ist ebenfalls kein Raum für eine Abnahmefiktion gegeben. Bei einer endgültigen Abnahmeverweigerung oder einer vorläufigen unberechtigten Abnahmeverweigerung treten die Abnahmewirkungen ebenfalls ein, ohne dass es einer Fiktion bedarf.

Relevant wird die Abnahmefiktion für diejenigen Fälle, in denen der Auftraggeber schlicht schweigt und das Werk auch nicht konkludent abnimmt. Dann bleibt der Auftragnehmer völlig im Dunkeln, ob seine Werkleistung nun abgenommen ist oder nicht und ob der Auftraggeber Mängel zu beanstanden hat oder nicht. Hier gilt noch für alle bis Ende 2017 geschlossenen Werkverträge die Regelung des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB: Der Auftragnehmer kann dem Auftraggeber eine Frist zur Abnahme setzen. Schweigt der Auftraggeber weiterhin bis zum Fristablauf, wird die Abnahme fingiert, aber eben nur unter der wichtigen Voraussetzung, dass keine wesentlichen Mängel vorhanden sind und damit Abnahmereife vorliegt. Klagt der Auftragnehmer daraufhin den Werklohn ein, muss er die Abnahmereife im Prozess beweisen. Erfahrungsgemäß kann sich ein solcher Rechtsstreit lange Zeit hin-

ziehen und sich das Werk währenddessen verschlechtern. Es können Beschädigungen des Werkes durch Dritte, insbesondere andere Gewerke, ebenso erfolgen wie eine zufällige vollständige Vernichtung des Werkes. Ebenso ist es nicht selten, dass sich während des Rechtsstreits weitere Mängel an der Werkleistung zeigen oder jedenfalls entdeckt werden, die der Auftraggeber bei Fristablauf nicht erkannt hat oder nicht einmal wahrnehmen konnte. Für alle Aspekte muss der Unternehmer im Rechtsstreit beweisen, dass seine Werkleistung im Zeitpunkt des Ablaufs der gesetzten Abnahmefrist frei von wesentlichen Mängeln gewesen ist und deshalb die Abnahmefiktion gegriffen hat.

Diesem möglicherweise jahrelangen Schwebezustand ohne Klärung, ob die Abnahmewirkungen eingetreten sind oder nicht, will der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 640 Abs. 2 BGB zur fiktiven Abnahme begegnen. Wie bislang, hat dazu der Auftragnehmer nach Fertigstellung des Werkes dem Auftraggeber eine angemessene Frist zur Abnahme zu setzen. Schweigt der Auftraggeber oder verweigert er die Abnahme ohne einen Mangel zu rügen, tritt die Abnahmefiktion ein. Voraussetzung ist dafür nicht mehr, dass keine wesentlichen Mängel vorliegen. Es können also gravierende, die Gebrauchsfähigkeit einschränkende Mängel vorhanden sein, das Werk muss lediglich fertiggestellt sein. Abzugrenzen ist also eine Restleistung von der Mangelbeseitigung. Das kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, wobei ein grober Anhalt die natürliche Betrachtung ist, ob eine Leistung noch nicht erbracht wurde oder sie zwar erbracht worden ist, jedoch mit Fehlern behaftet. Darüber kann und wird in einem Prozess immer noch Streit bestehen, denn ein Auftragnehmer, der die Fiktion zerstören will, wird die Fertigstellung des Werkes in Abrede nehmen. Dann muss, im Regelfall mit Hilfe eines Sachverständigen, geklärt werden, ob das Werk tatsächlich fertiggestellt war oder nicht.

Die Abnahmefiktion führt dazu, dass die Vergütung fällig ist, und nicht mehr der Auftragnehmer, sondern der Auftrag-

geber ist beweisbelastet für Mängel, und der Auftragnehmer muss das Werk nicht mehr schützen, weil er die Leistungsgefahr nicht mehr trägt. Dies bringt gegenüber der jetzigen Rechtslage durchaus deutliche Vorteile und Erleichterungen für den Auftragnehmer mit sich.

Dass die Abnahmefiktion nach der Neuregelung auch bei tatsächlich vorhandenen wesentlichen Mängeln an der Werkleistung zu Gunsten des Auftragnehmers eingreift, wird kompensiert, indem der Auftraggeber die Fiktion leicht zerstören kann: Verweigert der Auftraggeber aktiv die Abnahme unter Nennung auch nur eines Mangels, tritt die Fiktion nicht ein. Der gerügte Mangel muss nicht wesentlich sein, er muss noch nicht einmal tatsächlich vorliegen. Jede Mängelrüge führt zur Zerstörung der Fiktion, außer es ist völlig offensichtlich, dass der gerügte Mangel vom Auftraggeber frei erfunden ist, was dann rechtsmissbräuchlich wäre.

Ist die Fiktion durch eine Abnahmeverweigerung mit Mängelrüge innerhalb der Abnahmefrist zerstört, besteht wiederum die Situation, dass der Auftragnehmer die Abnahmefrist – ggf. in einem Rechtsstreit – beweisen muss, mit sämtlichen genannten Schwierigkeiten. Der Auftragnehmer ist im Übrigen auch nicht auf diejenigen Mängel beschränkt, die er zur Zerstörung der Fiktion angeführt hat. Er kann jederzeit weitere Mängel rügen, gleich ob er sie von Anfang an kannte, die Mängel sich später zeigten oder vom Auftraggeber erst zu einem späteren Zeitpunkt erkannt wurden. Dass der Auftraggeber zur Zerstörung der Abnahmefiktion mindestens einen Mangel rügen muss, hat also keinerlei Ausschlusswirkung für sonstige Mängel.

Für Verbraucher als Auftragnehmer enthält § 640 Abs. 2 S. 2 BGB noch eine Schutzvorschrift: Die Abnahmefiktion tritt nur ein, sofern der Auftragnehmer dem Auftraggeber mit der Abnahmeaufforderung unter Fristsetzung in Textform (also neben Brief oder Fax auch E-Mail) darauf hingewiesen hat, dass bei einer nicht innerhalb der Frist erklärten Abnahme oder einer Abnahmeverweigerung

ohne Angabe von Mängeln das Werk fiktiv als abgenommen gilt. Wichtig ist hierbei, dass die Belehrung in der Abnahmeaufforderung enthalten sein muss, der Auftragnehmer sie also nicht gesondert nachschieben kann.

Im Ergebnis führt die Neuregelung wegen der leicht durch Rüge nur eines Mangels und der Hinweispflicht gegenüber Verbrauchern häufig weniger zu einer vereinfachten (fingierten) Abnahme, sondern vielmehr dazu, dass der Auftraggeber gezwungen ist, überhaupt auf eine Abnahmeaufforderung seitens des Auftragnehmer inhaltlich zu reagieren, damit dann über gerügte Mängel zumindest gesprochen und bestmöglich eine Klärung herbeigeführt werden kann.

Handelt es sich bei dem Werkvertrag um einen Bauvertrag, wird also ein Bauwerk oder eine Außenanlage oder auch nur ein Teil davon errichtet, abgebrochen oder durch wesentliche Eingriffe in den Bestand umgebaut, hat der Auftragnehmer nach § 650g BGB einen Anspruch auf Zustandsfeststellung. Verweigert der Auftraggeber die Abnahme der Bauleistung unter Angabe eines oder mehrerer Mängel, ohne dass der Auftragnehmer eine Abnahme unter Fristsetzung gefordert haben muss, kann der Auftragnehmer verlangen, dass der Zustand der Bauleistung gemeinsam festgestellt wird. Darüber ist ein schriftliches Protokoll zu fertigen, das beide Vertragsparteien unterzeichnen müssen und das zusätzlich den Tag der Zustandsfeststellung angeben soll.

Der Termin für die Zustandsfeststellung soll zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden, der Auftragnehmer kann den Termin jedoch mit angemessener Vorlaufzeit auch vorgeben. Nimmt der Auftraggeber an dem Termin nicht teil, kann der Auftragnehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nur dann nicht, sofern der Auftraggeber seine Verhinderung nicht zu vertreten hat, also entschuldigt ist, und er dem Auftragnehmer unverzüglich seine Verhinderung und den Grund mitteilt. Das Zeitmoment, also die Unverzüglichkeit, knüpft dabei nach

der Gesetzesbegründung nicht an den Termin an, sondern an die Kenntnis des Auftraggebers von seiner Verhinderung. Weiß der Auftraggeber also, dass er den vom Auftragnehmer vorgegebenen oder vorgeschlagenen Termin nicht wahrnehmen kann, muss er dies unverzüglich dem Auftragnehmer mitteilen. Er kann nicht erst den Ablauf des Termins zur Zustandsfeststellung abwarten und unverzüglich nach dem Termin, zu dem er nicht erschienen ist, seine Verhinderung und den Grund mitteilen. Dadurch soll erreicht werden, dass die Parteien so frühzeitig wie möglich sich über den gemeinsamen Termin austauschen. Wann der Auftraggeber eine Verhinderung zu vertreten hat, wird auch aus der Gesetzesbegründung nicht hinreichend deutlich. Es dürfte damit jedoch nicht gemeint sein, dass die Verhinderung überhaupt aus der Sphäre des Auftraggebers stammt, er jegliche Terminkollision also zu vertreten hätte. Bei verständiger Lesart wird man von einem Auftraggeber nicht verlangen, dass er auf eine Terminsvorgabe oder einen Terminsvorschlag des Auftragnehmers zur gemeinsamen Zustandsfeststellung jegliche weitere terminliche Verpflichtung abgesagt. Vielmehr muss ein objektiv berechtigter Grund für die Verhinderung des Auftraggebers und zwar bereits im Zeitpunkt des Zugangs des Terminsvorschlags des Auftragnehmers gegeben sein. Alleine das grundlose Fernbleiben von dem Termin oder vorgeschobene Gründe und nachträglich herbeigeführte Terminkollisionen auf Seiten des Auftraggebers sollen ausgeschlossen werden.

Die gemeinsame Zustandsfeststellung ist keine Abnahmeerklärung und das Protokoll auch kein Abnahmeprotokoll. Es handelt sich allein um eine technische, tatsächliche Feststellung der erbrachten Bauleistung, wie sie sich objektiv darstellt und sie beschaffen ist. Einigen sich die Parteien nicht auf den festzustellenden Zustand, gibt es also Streit darüber, wie die Bauleistung tatsächlich beschaffen ist, gibt es keine gemeinsame Zustandsfeststellung. So ist z.B. der einfache Fall denkbar, dass Uneinigkeit darüber besteht, ob ein Wandanstrich strei-

fig ist oder nicht. In der Praxis sollte man dann auf dem Protokoll vermerken, dass nur ein Vertragspartner den Zustand (im Beispielfall die Streifigkeit) als gegeben ansieht. Möglich wäre auch, zwei getrennte Protokolle zu erstellen, die nur der jeweilige Vertragspartner unterzeichnet.

Weil die gemeinsame Zustandsfeststellung einzig Dokumentationszwecken dient, bedeutet die Zustandsfeststellung auch nicht, dass damit Mängelrechte des Auftraggebers für nicht dokumentierte Mängel ausgeschlossen wären. Primär ist die Intention des Gesetzgebers auch hier, dass die Vertragsparteien in Kontakt über den Zustand der Leistung treten und sich darüber austauschen sollen.

Die einzige Rechtsfolge einer gemeinsamen Zustandsfeststellung liegt in der Beweislastumkehr des § 650g Abs. 3 BGB. Sofern der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Bauleistung verschafft hat und ein offenkundiger Mangel bei der gemeinsamen Zustandsfeststellung nicht im Protokoll dokumentiert ist, wird nicht nur vermutet, dass der Mangel nach Zustandsfeststellung entstanden ist, sondern auch dass er vom Auftraggeber zu vertreten ist. Dies gilt nur dann nicht, sofern der Mangel seiner Art nach nicht vom Auftraggeber stammen kann. Erfasst werden also ohne weitere Sachkunde für den Auftraggeber erkennbare Mängel, die nicht von ihm herrühren können. Häufig wird es sich dabei um Beschädigungen der Bauleistung durch Dritte, insbesondere andere Gewerke, oder den Besteller selbst handeln. Der Gesetzgeber hat hier auch gerade die Situation im Blick, dass Streit über das Vorliegen eines wesentlichen Mangels besteht und damit jedenfalls erst einmal nicht sicher geklärt ist, ob der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet ist und daher die Abnahmewirkungen durch unberechtigte Abnahmeverweigerung des Auftraggebers eingetreten sind. Liegen selbst wesentliche Mängel an der Bauleistung vor, fehlt also die Abnahmereife und liegt die Leistungsgefahr weiterhin beim Auftragnehmer, der die Leistung auch schützen muss, gehen dennoch offenkundig, nicht bei der

gemeinsamen Feststellung dokumentierte Mängel zu Lasten des Auftraggebers. Dies gilt nur dann nicht, sofern der Mangel nicht vom Auftraggeber verursacht sein kann, wie es z.B. bei Materialfehlern der Fall ist, oder falls der Auftraggeber beweisen kann, dass der Mangel vom Auftragnehmer zu vertreten ist. Die Neuregelung beinhaltet ja eine bloße Beweislastumkehr, so dass für den Auftraggeber durchaus der Beweis offensteht, dass ein offenkundiger, nicht bei der gemeinsamen Zustandsfeststellung dokumentierter Mangel vom Auftragnehmer stammt. Da noch keine Abnahme stattgefunden hat, trägt der Auftragnehmer die weiterhin Leistungsgefahr und muss seine Bauleistung schützen. Kann der Auftraggeber also beweisen, dass nicht er den Mangel bzw. den Schaden herbeigeführt hat, verbleibt es bei der Verantwortlichkeit des Auftragnehmers, der kostenlos eine Beseitigung vornehmen muss.

Zudem setzt die Regelung zur Beweislastumkehr eine gemeinsame Zustandsfeststellung voraus. Hier stellt sich die Frage, ob eine gemeinsame Zustandsfeststellung bereits dann gescheitert ist, wenn sich die Parteien nur in einem Punkt über den Zustand der Bauleistung nicht einig sind oder ob dann nur für diesen einen Punkt keine gemeinsame Zustandsfeststellung gegeben ist. Sinn und Zweck der Regelung besteht ja darin, den tatsächlich vorhandenen Zustand der Bauleistung im Zeitpunkt einer wegen Rüge von Mängeln abgelehnten Abnahme durch den Auftraggeber festzustellen und zu dokumentieren. Bei völlig offensichtlichen, nicht dokumentierten Mängeln soll der Auftragnehmer durch die Beweislastumkehr geschützt werden, sofern er die Bauleistung dem Auftraggeber verschafft, sie also aus der Hand gegeben hat und faktisch nicht – oder jedenfalls nicht mehr hinreichend – schützen kann. Hat man dies im Blick, ist kein tragfähiger Grund ersichtlich, weshalb eine gemeinsame Zustandsfeststellung insgesamt für die vollständige Bauleistung gescheitert sein soll, nur weil bei einem oder mehreren Punkten Dissens über das Vorliegen eines Mangels besteht. Ist in dem obigen Beispiel streitig, ob ein Wandanstrich streifig ist oder



Auftraggeber sollen die Abnahmefähigkeit des erbrachten Werkes prüfen und das Ergebnis dieser Prüfung ihren Auftragnehmern zeitnah mitteilen. Das ist jedenfalls die Intention des Gesetzgebers.

nicht, erscheint es nicht gerechtfertigt, dem Auftragnehmer die Beweislastumkehr z.B. für offenkundige, nicht dokumentierte und später gerügte Kratzer an Fensterscheiben zu versagen, ja nicht einmal für andere offenkundige Mängel an der Wandfläche wie Kratzer oder andere mechanische Beschädigungen. Eindeutig ist die gesetzliche Regelung insoweit jedoch nicht.

nicht unterzeichnet ohne inhaltlichen der Widerspruch zu erheben. Hier wird man zu sachgerechten Lösungen nur über Treu und Glauben nach § 242 BGB gelangen. ■

FAZIT: Die Neuregelungen wollen die Kooperationsbereitschaft der Vertragsparteien fördern und insbesondere den untätigen, schweigenden Auftraggeber durch die Abnahmefiktion und die Beweislastumkehr zum Handeln zwingen. Wie bei jeder gesetzlichen Neuregelung sind Detailfragen noch ungeklärt, so z.B. auch, ob die Beweislastumkehr für offenkundige, nicht dokumentierte Mängel auch dann eintritt, sofern zwar ein gemeinsamer Termin zur Zustandsfeststellung stattfindet, der Auftraggeber das Protokoll jedoch



Kündigung des Bauvertrages

von RA Marco Röder und RAin Jennifer Essig, Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte PartG mbB, Karlsruhe

Das alte Werkvertragsrecht regelte lediglich das freie Kündigungsrecht des Bestellers in § 649 BGB a.F. Die Kündigung aus wichtigem Grund war dagegen nicht gesetzlich geregelt, sondern allein durch Richterrecht geprägt. Die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund wurde für den Bauvertrag aus dem Rechtsgedanken des § 314 BGB abgeleitet. Zwar ist der Bauvertrag kein Dauerschuldverhältnis, da keine wiederkehrenden Leistungen geschuldet werden. Da er jedoch auf längere Zeit angelegt ist, hat er als Langzeitvertrag Parallelen zum Dauerschuldverhältnis, welche die analoge Anwendung des § 314 BGB ermöglichte. Das neue Bauvertragsrecht schafft für das Werkvertragsrecht eine gesetzliche Grundlage auch für die Kündigung aus wichtigem Grund.

Das freie Kündigungsrecht des Bestellers bleibt unverändert – nun in § 648 BGB – erhalten. Darüber hinaus wird in § 648a BGB das Kündigungsrecht der Vertragsparteien aus wichtigem Grund für das gesamte Werkvertragsrecht kodifiziert. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass mit § 648a Abs. 2 BGB die Möglichkeit einer Teilkündigung aus wichtigem Grund eingeführt wird.

1. Kündigung aus wichtigem Grund, § 648a BGB

Mit dem neuen § 648a BGB wird beiden Vertragsparteien eines Werkvertrages das Recht eingeräumt, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Von einer Beschränkung des Kündigungsrechts auf Werkverträge, die auf längere Zusammen-

arbeit angelegt sind, hat der Gesetzgeber ausdrücklich und bewusst abgesehen.

Ferner verzichtet der Gesetzgeber bewusst darauf, einzelne wichtige Gründe zu benennen. Er verweist in den Motiven darauf, dass zu § 314 BGB eine ausdifferenzierte Rechtsprechung bestehe, die zur Klärung der Frage, wann ein wichtiger Grund vorliege, herangezogen werden könne (BT-Drs. 123/16, Seite 53).

Zur Ausübung des Kündigungsrechts verweist der Gesetzgeber über § 648a Abs. 3 BGB auf § 314 Abs. 2 und 3 BGB. Daraus folgt, dass im Falle einer Vertragsverletzung die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach einer erfolglosen Abmahnung zulässig ist, § 314 Abs. 2 BGB. Ferner muss die Kündigung selbst innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen, nachdem der Berechtigte Kenntnis vom Kündigungsgrund erlangt hat, § 314 Abs. 3 BGB.

2. Auswirkung auf § 8 Abs. 2 VOB/B?

Es fällt auf, dass der Gesetzgeber ausdrücklich davon abgesehen hat, dem Besteller ein generelles Kündigungsrecht im Falle der Insolvenz des Unternehmers einzuräumen. Ein solcher Ansatz trage nicht der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse Rechnung. Der Gesetzgeber erkennt zwar an, dass die Fortführung des Vertragsverhältnisses in der Insolvenz des Unternehmers für den Besteller Risiken berge. Gleichwohl verlangt der Gesetzgeber ausdrücklich eine Prüfung, ob die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses tatsächlich für den Besteller unzumutbar sei. Bei dieser Prüfung sei auch zu berücksichtigen, ob der Insolven-

zverwalter zeitnah erkläre, die Bauleistungen ohne wesentliche Unterbrechungen fortzuführen und durch geeignete Unterlagen dokumentiere, dass er dazu auch in der Lage sei (BT-Drs. 123/16, Seite 53).

Die ausdrücklich vom Gesetzgeber – auch mit Blick auf § 103 InsO – getroffene Entscheidung, die Insolvenz des Unternehmers nicht per se als wichtigen Grund für eine Kündigung des Bestellers anzusehen, führt zwangsläufig zu der Frage, ob unter dieser Prämisse § 8 Abs. 2 VOB/B einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle noch standhalten kann. Da mit § 648a BGB erstmals das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Werkvertragsrecht kodifiziert wird, muss man davon ausgehen, dass dem § 648a BGB Leitbildcharakter zukommt. Von dem Leitbild des Gesetzes, das ausweislich der Motive ausdrücklich die Insolvenz des Unternehmers nicht als wichtigen Grund per se ansieht, weicht § 8 Abs. 2 VOB/B derart ab, dass er, sofern die VOB/B vom Auftraggeber in den Vertrag als AGB eingebracht wurde, einer AGB-Kontrolle nicht mehr standhalten dürfte.

3. Teilkündigung, § 648a Abs. 2 BGB

Mit dem neuen § 648a Abs. 2 BGB wird die Möglichkeit einer Teilkündigung aus wichtigem Grund eröffnet. In den Motiven heißt es hierzu, dass es angesichts des Umfangs der bisweilen vereinbarten Werkleistungen sinnvoll sei, den Parteien die Möglichkeit einer Teilkündigung zu eröffnen. Diese Regelung scheint zunächst einmal im Widerspruch zu § 648a Abs. 1 BGB zu stehen. Denn die Kündigung aus wichtigem Grund ist (nur) dann eröffnet, wenn der kündigenden Partei die Fortsetzung des Vertra-



STOPP! Kündigung aus wichtigem Grund, nun auch im BGB.

ges bis zur Fertigstellung nicht zumutbar erscheint. Wird nun von der kündigenden Partei nur ein Teil des Werkes gekündigt, dann scheint damit doch auch zugleich festzustehen, dass es der Partei durchaus zumutbar erscheint, mit dem Vertragspartner bis zur Fertigstellung weiter zu arbeiten. Neue Streitfelder sind vorprogrammiert, da das Verhältnis von Kündigung und Teilkündigung nicht im Gesetz geklärt ist.

Richtig wird man § 648a Abs. 3 BGB nur auf solche Fälle beziehen können, die allein beschränkt auf eine Teilleistung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen. Hier dürften wohl nur isolierte Streitigkeiten darüber, ob eine bestimmte Leistung vertragskonform ausgeführt worden ist oder nicht, ein

relevantes Anwendungsfeld darstellen.

4. Auswirkung auf § 8 Abs. 3 VOB/B?

Gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B kann die Kündigung auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung beschränkt werden. § 648a Abs. 2 BGB setzt für die Teilkündigung dagegen lediglich voraus, dass sich die Teilkündigung auf einen abgrenzbaren Teil der Leistung beziehen muss. Die Teilkündigung nach § 648a Abs. 2 BGB ist somit unter deutlich geringeren Voraussetzungen möglich. Es handelt sich hierbei um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, der die strenge Rechtsprechung zur Frage der Abgeschlossenheit einer Leistung kannte, diese ausdrücklich als eine unnötig hohe Hürde für die Vertragspartner ange-

sehen hat und mit der gewählten Formulierung bewusst geringere Anforderungen setzen wollte (BT-Drs. 123/16, Seite 54). Entscheidend soll nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich sein, dass die Vertragspartner eine klare Abgrenzung der von der Teilkündigung erfassten und danach von einem Drittunternehmer auszuführenden Leistung vornehmen können. Der von der Teilkündigung betroffene Unternehmer müsse (lediglich) in der Lage sein, die von ihm geschuldete Leistung „ohne Beeinträchtigung“ zu erbringen. Nach dieser gesetzgeberischen Entscheidung dürfte es daher möglich sein, nahezu für jede gerügte Mangelerscheinung eine Teilkündigung auszubringen, da es im Regelfall möglich ist, die Ersatzvornahme von der sonstigen

Leistung des Unternehmers abzugrenzen.

Geht man weiter davon aus, dass § 648a Abs. 2 BGB als gesetzliches Leitbild anzusehen ist, dann stellt sich die Frage, ob § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B einer AGB-Kontrolle noch standhalten kann. Hier kommt es darauf an, wer als Verwender der VOB/B als AGB anzusehen ist. Ist es – wie häufig – der Auftraggeber, kommt die Klauselkontrolle nicht zur Anwendung, weil der Verwender sich nicht auf AGB-Widrigkeit seiner eigenen AGB berufen kann. Sollte dagegen der Unternehmer Verwender sein, dürfte § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B einer Inhaltskontrolle nicht standhalten, weil vom gesetzlichen Leitbild erheblich abgewichen und das Kündigungsrecht des Auftraggebers unzulässig beschränkt wird.

5. Leistungsstandfeststellung, § 648a Abs. 4 BGB

Nach § 648a Abs. 4 BGB sind beide Parteien nach der Kündigung auf Verlangen der anderen Partei zu einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes verpflichtet. Sie soll allein der quantitativen Bewertung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen dienen. Ihr kommt keine der Abnahme vergleichbare Rechtsfolge zu. Diejenige Partei, die sich der Mitwirkung verweigert oder dem bestimmten Termin unentschuldig fernbleibt, trifft die Beweislast hinsichtlich des Leistungsstandes zum Zeitpunkt der Kündigung. Die Regelung orientiert sich letztlich an § 8 Abs. 6 VOB/B und der hierzu ergangenen Rechtsprechung.

6. Vergütung, Schadenersatz

§ 648a Abs. 5 stellt klar, dass dem Unternehmer im Falle einer berechtigten Kündigung aus wichtigem Grund immer nur der Teil der Vergütung zusteht, der auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt. Die Berechtigung, Schadenersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen, § 648a Abs. 6 VOB/B.

FAZIT: Mit dem neuen § 648a BGB wird das Recht der Vertragsparteien zur Kündigung aus wichtigem Grund für sämtliche

Werkverträge eingeführt. Da der Gesetzgeber die Insolvenz des Unternehmers nicht per se als wichtigen Kündigungsgrund ansieht, dürfte § 8 Abs. 2 VOB/B einer AGB-Kontrolle künftig nicht mehr standhalten. Über die gesetzliche Möglichkeit der Teilkündigung wird darüber hinaus ein Instrument geschaffen, die Kündigung aus wichtigem Grund auf einen abgrenzbaren Teil der Leistung zu beschränken. Damit wird den Vertragsparteien mehr Flexibilität eingeräumt, als § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B zulässt. Zugleich wird aber auch ein neues Konfliktfeld eröffnet, da das Verhältnis von Kündigung und Teilkündigung erst noch durch die Rechtsprechung geklärt werden muss. ■



Marco Röder ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.



Jennifer Essig ist Rechtsanwältin und auf das private Baurecht spezialisiert.



Das Anordnungsrecht des Bestellers und die Vergütungsanpassung

von RA Thomas Trippacher, MUFFLER KITTLER KRIEGER HAHNE PartmbB, München

Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Bauvertragsrecht, das für die ab 01.01.2018 abgeschlossenen Bauverträge gilt, erstmals ein Anordnungsrecht für den Besteller von Bauleistungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 650b BGB) normiert. Danach kann ein Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen, die im Folgenden näher dargestellt werden, durch eine einseitige Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges oder der zu dessen Erreichung notwendigen Leistungen verbindlich anordnen und damit den Inhalt des Bauvertrages ändern.

Das Anordnungsrecht stellt eine Ausnahme vom sonst herrschenden Rechtsgrundsatz bei Austauschverträgen dar, dass die Parteien nur einvernehmlich eine Änderung des Vertragsinhaltes festlegen können. Es korrespondiert mit einem Anspruch des Unternehmers auf eine Anpassung der Vergütung, soweit die Anordnung hierauf Einfluss hat (§ 650c BGB).

Die neuen gesetzlichen Regelungen zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung haben erhebliche praktische Auswirkungen auf die Abwicklung von Baumaßnahmen: Diese beginnen bei der Planung und zeitlichen Disposition der Arbeiten auf Seiten des Auftraggebers sowie der Kalkulation der Preise auf Seiten des Auftragnehmers, gehen über die Vertragsgestaltung und erfordern ein Umdenken beim Nachtragsmanagement und nicht zuletzt beim Umgang der Bauvertragsparteien miteinander.

Gesetzliche Regelung des Anordnungsrechts

Die neuen Bestimmungen zum Anordnungsrecht setzen den Abschluss eines **wirksamen Bauvertrages** i.S.d. § 650a BGB voraus. Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon (§ 650a Abs. 1 BGB). Instandhaltungsarbeiten an einem Bauwerk zählen auch dazu, wenn sie gemäß § 650a Abs. 2 BGB für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind.

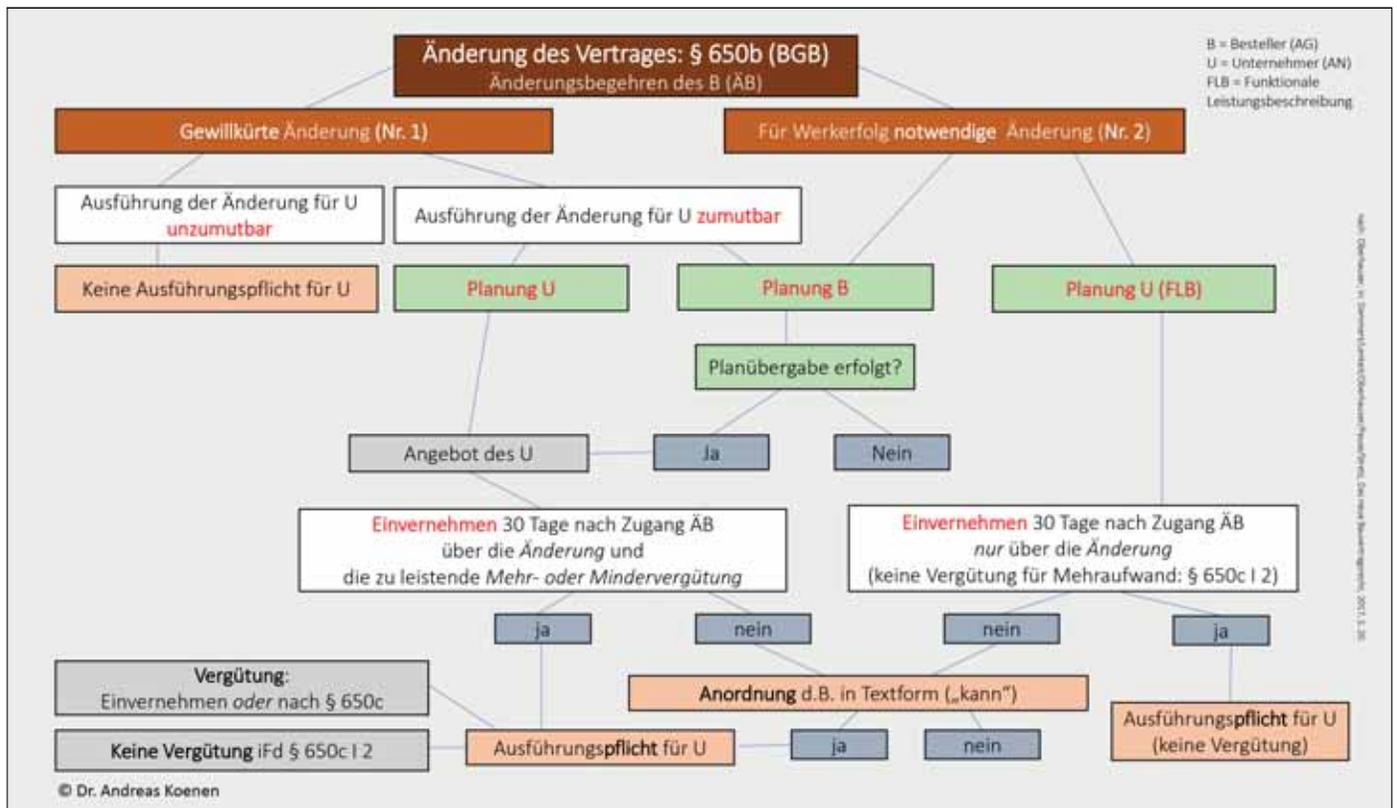
Der neue § 650b Abs. 1 BGB geht von dem Grundsatz aus, dass die Vertragsparteien **Einvernehmen** über die Änderung und die infolgedessen zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, wenn der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges (also beispielsweise die Ausführung eines Bürogebäudes anstatt eines Wohnhauses, die Abdichtung weiterer Dachflächen etc.) oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist (z.B. aufgrund eines unvollständigen Leistungsverzeichnisses des Auftraggebers oder wegen behördlicher Auflagen) begehrt. Änderungen zur Bauzeit wurden ausdrücklich nicht in den Gesetzestext übernommen.

Der Gesetzgeber verankerte bei der Neuregelung zum Anordnungsrecht und der Nachtragsvergütung nicht ohne Grund das **Konsensprinzip** im BGB: Bei kaum einem anderen Thema geraten die Bauvertragsparteien in der Praxis häufiger in Streit als

bei dem Grund und der Höhe einer Vergütung für zusätzliche Leistungen. Naturgemäß treten die Streitigkeiten erst während der Bauausführung auf. Die Konflikte beginnen schon bei der Frage, ob überhaupt eine zusätzliche vergütungspflichtige Leistung vorliegt oder eine mit der vereinbarten Vergütung bereits abgeholte Leistung des Auftragnehmers. Nicht selten führen die Auseinandersetzungen zu einer wechselseitigen Blockade bis hin zum Baustillstand mit unabsehbaren wirtschaftlichen Folgen für beide Seiten.

Das Gesetz sieht daher ein **formales Prozedere** vor, welches die Parteien künftig bei Leistungsänderungen zu beachten haben: Zunächst muss ein **Begehren des Bestellers** über eine Änderung des Werkerfolges oder der Leistungen, die zu dessen Erreichung notwendig sind, an den Unternehmer gerichtet werden. Welche Form und welchen Inhalt das Änderungsbegehren haben soll, gibt das Gesetz nicht vor. Schon zu Beweis Zwecken empfiehlt es sich für einen Auftraggeber, ein schriftliches Änderungsbegehren mit Zugangsnachweis an den Auftragnehmer zu richten. Denn durch den Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer wird eine Verhandlungsfrist von 30 Tagen ausgelöst, § 650b Abs. 2 S. 1 BGB.

Das Begehren muss die Vertragsänderung jedenfalls so konkret beschreiben, dass der Unternehmer in die Lage versetzt wird, festzustellen, ob es sich um eine Änderung des Werkerfolges handelt – dann muss der Unternehmer nur ein Angebot abgeben, wenn ihm die Ausführung zu-



Das Regulationssystem des Anordnungsrechts mit Vergütungsanpassung im BGB: Kompliziert aber beherrschbar.

zumutbar ist – oder um eine Änderung, die den vereinbarten Werkerfolg unberührt lässt und nur zu dessen Erreichung notwendig ist.

An den Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer schließt sich eine **obligatorische Verhandlungsphase von maximal 30 Tagen** an. In diesem Zeitraum müssen die Parteien über die geänderte Leistung und die hierfür zu zahlende Mehr- oder Mindervergütung verhandeln und sollen nach Möglichkeit Einvernehmen über die geänderte Leistung und die Vergütung erzielen.

Für den Unternehmer besteht nach dem Zugang des Änderungsbegehrens grundsätzlich eine **Pflicht zur Erstellung eines Nachtragsangebotes** (Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung). Diese Pflicht entfällt nur in drei Fällen:

Erstens, wenn die Anordnung eine Änderung des Werkerfolges beinhaltet und dem Unternehmer die Ausführung der Änderung nicht zumutbar ist (§ 650b Abs. 1 S. 2 BGB). Eine Unzumutbarkeit kann beispielsweise vorliegen, wenn die technischen Möglichkeiten oder die Ausstattung und Qualifikation des Unternehmers eine Ausführung nicht zulassen; aber auch betriebsinterne Gründe wie z.B. eine Aus-

lastung der personellen Kapazitäten, für deren Vorliegen der Unternehmer die Beweislast trägt, können ihn an einer Ausführung hindern. Mit dem Wegfall der Pflicht zur Vorlage eines Nachtragsangebotes wegen Unzumutbarkeit muss der Unternehmer auch keiner entsprechenden Anordnung des Auftraggebers nachkommen.

Zweitens, wenn dem Besteller die Planung des Bauwerks obliegt, solange der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung dem Unternehmer noch nicht zur Verfügung gestellt hat (§ 650b Abs. 1 S. 4 BGB). Der Unternehmer ist dann behindert und muss kein Nachtragsangebot erstellen, bis ihm vom Auftraggeber die zur Angebotskalkulation erforderliche Planung zur Verfügung gestellt wird.

Drittens, wenn die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung umfasst und die Änderung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist (§ 650b Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 650c Abs. 1 S. 2 BGB). Denn in diesem Fall schuldet der Unternehmer von Anfang an eine mangelfreie Planung und Ausführung der Leistungen, die zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolges erforderlich sind und kann für die Ergänzung seiner

unzureichenden Planung keine Mehrvergütung verlangen (s.u.).

Erst wenn die Parteien innerhalb des 30-Tage-Zeitraumes nach Zugang des Änderungsbegehrens keine Einigung erzielen, besteht für den **Besteller** ein **Anordnungsrecht** und er kann die Änderung dann in Textform (neben der schriftlichen Erklärung auf Papier also beispielsweise auch durch eine nicht unterschriebene E-Mail, aus der sich zumindest die Person des Erklärenden ergibt) anordnen. Für den **Unternehmer** entsteht dann eine **Pflicht, der Anordnung nachzukommen**, sofern er sich nicht ausnahmsweise bei Anordnungen zur Änderung des Werkerfolges auf eine Unzumutbarkeit der Ausführung berufen kann oder die Anordnung aus sonstigen Gründen unwirksam ist.

Vergütungsfolge beim Anordnungsrecht

Das Gesetz regelt in § 650c BGB nur die **Vergütungsanpassung für den Fall des Anordnungsrechtes** nach § 650b Abs. 2 BGB, also wenn sich die Parteien nicht einvernehmlich über die Leistungsänderung und die Vergütung verständigen konnten. Erzielen die Vertragsparteien das vom Gesetzgeber vorrangig angestrebte Einver-

nehmen, bedarf es einer gesetzlichen Regelung zur Vergütungsanpassung nicht und es ist die vereinbarte Vergütung zu zahlen, die die Parteien frei bestimmen können.

Wenn die Parteien sich nicht über die Vergütung einigen und der Besteller eine Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB trifft, bestimmt sich die Höhe der Vergütung grundsätzlich nicht – wie dies vielen Baubeteiligten aus § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B vertraut ist – nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung, sondern nach den **tatsächlich erforderlichen Kosten** mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn (§ 650c Abs. 1 S. 1 BGB). Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber bewusst möglichen Preisspekulationen des Auftragnehmers entgegenwirken und den Grundsatz „guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ nicht im Gesetz festschreiben.

Nach der Gesetzesbegründung ist zur Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zugrunde zu legen. Wie die tatsächlichen Kosten anhand der hypothetischen Kosten sowie die Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn konkret zu berechnen und vom Unternehmer nachzuweisen sind, ist im Detail noch ungeklärt und muss letztlich von der Rechtsprechung konkretisiert werden (vgl. hierzu Oberhauser in Dammer/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 1. Aufl., § 2 Rn. 103 ff.; Orłowski, Das neue Anordnungsrecht des Bestellers in BauR 2017, 1429, 1432; Bötzkies: „Was sind tatsächlich erforderliche Kosten gem. § 650c BGB?“, Aufsatz in *ibr-online* 2017, 1039; Retzlaff, III. Kapitel 2 Bauvertrags in BauR 2017, 1781, 1797 ff.).

Soweit der **Unternehmer** auch die **Planung** des Bauwerks oder der Außenanlage schuldet, steht ihm bei der Anordnung von Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig sind, grundsätzlich **kein Anspruch auf Vergü-**

tung seines vermehrten Aufwandes zu, § 650c Abs. 1 S. 2 BGB. Dieser Ausschluss eines Mehrvergütungsanspruches im Gesetzestext hat für den planenden Unternehmer unter Umständen gravierende wirtschaftliche Folgen und muss diesem Anlass geben, kritisch zu prüfen, inwieweit er künftig Planungsleistungen übernehmen kann. Zwar wird in der baurechtlichen Literatur bisher weitgehend die Auffassung vertreten, der Gesetzeswortlaut sei einschränkend dahingehend zu verstehen, dass der Ausschluss der Vergütung nicht eingreifen kann, wenn der Unternehmer nicht sämtliche Risiken der Planung einschließlich des Vergütungsrisikos übernommen habe. Indes muss der Unternehmer, der Planungsleistungen erbringt, bis zum Vorliegen einer obergerichtlichen bzw. höchstrichterlichen Rechtsprechung zu dieser Frage davon ausgehen, dass der Besteller ihm unter Hinweis auf seine Planungsleistung und den Wortlaut des § 650c Abs. 1 S. 2 BGB einen Mehrvergütungsanspruch für Leistungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges erforderlich werden, verwehrt. Die Regelung des § 650c Abs. 1 S. 2 BGB führt bis zur verbindlichen Klärung durch die Rechtsprechung zu Unsicherheiten in der Rechtsanwendung und beinhaltet infolgedessen ein enormes Streitpotenzial.

Der **Unternehmer** kann nach § 650c Abs. 2 BGB ein **Wahlrecht** für die Berechnung der Vergütung ausüben und **alternativ** auf die **Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation** zurückgreifen. Dabei hob der Gesetzgeber in seiner Begründung hervor, dass sich der Unternehmer für eine Berechnungsmethode entscheiden muss und bei der Berechnung nach den tatsächlichen Kosten nicht auf die Urkalkulation zurückgreifen kann.

Ein erhebliches Druckmittel für den Unternehmer, das in der Praxis zu tiefgreifenden Konflikten führen dürfte, hat der Gesetzgeber in § 650c Abs. 3 BGB installiert: Der Unternehmer kann bei der Berechnung von **Abschlagszahlungen vorläufig pauschal 80 Prozent** der in einem Nachtragsangebot angegebenen Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über

die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Bei Nichtzahlung einer unter Umständen überhöhten Abschlagsforderung auf Basis dieser 80-Prozent-Regelung kann der Unternehmer die Leistung verweigern und die Baustelle zum Stillstand bringen. Dadurch kann sich ein Unternehmer mit einem (u.U. überhöhten) Nachtragsangebot zunächst einen erheblichen Liquiditätsvorteil verschaffen, dem der Besteller nur durch ein gerichtliches Vorgehen im Wege einer einstweiligen Verfügung kurzfristig entgegenwirken kann. Der Unternehmer läuft aber freilich auch Gefahr, eine überhöhte Zahlung an den Besteller mit Zinsen zurückerzahlen zu müssen, § 650c Abs. 3 S. 3 und 4 BGB.

Verhältnis der Neuregelungen zur VOB/B

Den meisten Baubeteiligten ist ein Anordnungsrecht des Bestellers schon aus § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B vertraut. Bei der Vereinbarung der VOB/B bleibt es dem Auftraggeber vorbehalten, Änderungen des Bauentwurfes anzuordnen und nicht vereinbarte Leistungen zu verlangen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, außer wenn der Betrieb des Unternehmers auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Die Vergütungsfolge für derartige Anordnungen ergibt sich dann aus § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B nach dem Grundsatz der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung.

Bereits auf den ersten Blick ist erkennbar, dass die neue gesetzliche Regelung von dem Anordnungsrecht und der Vergütungsanpassung in der VOB/B erheblich abweicht: In der VOB/B besteht ein bedingungsloses Anordnungsrecht, nach dem Gesetz entsteht das Anordnungsrecht erst nach dem Scheitern der Verhandlungsphase. Damit weicht die VOB/B erheblich von der Vorstellung des Gesetzgebers ab, dass die Parteien sich vorrangig über die Änderung und die Vergütung einigen sollen. Die Neuregelung im BGB erlaubt dem Besteller außerdem allgemein die Anordnung einer Änderung des Werkerfolges und geht somit über den Regelungsgehalt der VOB/B hinaus.

Während der Auftragnehmer nach § 1 Abs. 4 VOB/B eine Ausführung der Anordnung bereits verweigern kann, wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist, kann er sich nach dem neuen § 650b Abs. 1 S. 2 BGB allenfalls auf die Unzumutbarkeit der Ausführung bzw. eine fehlende Notwendigkeit der Leistungsänderung für den Werkerfolg berufen. Ferner richtet sich die Mehrvergütung in der VOB/B nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung, gemäß § 650c Abs. 1 BGB aber grundsätzlich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten.

Die neu eingeführten §§ 650b, 650c BGB geben das gesetzliche Leitbild vor und die Regelungen der VOB/B und anderer AGB müssen sich diesem Leitbild unterordnen. Aufgrund der Abweichungen der §§ 1 Abs. 3, Abs. 4, 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B vom neuen gesetzlichen Leitbild ist zu erwarten, dass diese Regelungen einer isolierten Inhaltskontrolle nicht mehr standhalten werden, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist.

Dies hat Konsequenzen für die Vertragsgestaltung: Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, die Geltung der VOB/B zu vereinbaren, private Auftraggeber können sie vereinbaren. Nachdem die im Regierungsentwurf vorgesehene Teilprivilegierung für die unveränderte Vereinbarung der Klauseln der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung nicht in den Gesetzestext übernommen worden ist, gilt weiterhin die Regelung, dass die Bestimmungen der VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle unterliegen, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden ist (gegenüber einem Verbraucher unterliegen die einzelnen Klauseln der VOB/B auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart ist, BGH, Urteil vom 24.07.2008 – VII ZR 55/07).

Da häufig die Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand sowie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen privater Auftraggeber inhaltlich von der VOB/B abweichen, müssen die Verwender der VOB/B bis zu deren Anpassung an den neuen Gesetzestext davon ausgehen,

dass die Rechtsprechung in den Regelungen der §§ 1 Abs. 3, Abs. 4, 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners sieht. Vor allem Auftraggeber, die regelmäßig Verwender der VOB/B sind, müssen ihre Vertragsbedingungen überarbeiten, wenn sie ab dem 01.01.2018 die VOB/B als Ganzes vereinbaren wollen, um insbesondere die konfliktträchtige gesetzliche 80-Prozent-Regelung zu den Abschlagszahlungen abzubedingen.

Praktische Auswirkungen der Neuregelung

Die Neuregelungen zum Anordnungsrecht zwingen die Vertragsparteien in vielen Punkten zum Umdenken und Aktivwerden: Auftraggeber werden als Verwender der VOB/B noch stärker darauf bedacht sein, diese ohne Änderung in den Vertrag einzubeziehen. Außerdem müssen sie noch mehr Wert auf eine vollständige Planung und Ausschreibung der Bauleistungen legen. Eine unvollständige, baubegleitende Planung steigert künftig enorm das Risiko, dass das Bauvorhaben in zeitlicher (30-Tage-Verhandlungsphase) und finanzieller (pauschale 80-Prozent-Abschlagszahlungen) Hinsicht aus dem Ruder läuft. In den Terminplänen sind zeitliche Puffer für die obligatorische Verhandlung über die Nachträge zu berücksichtigen. Wenn der Auftraggeber Änderungen begehrt, muss er im Interesse einer Abkürzung der Verhandlungsphase („*binnen 30 Tagen*“) effektiv vorgehen, also Änderungen weitgehend in einem Begehren zusammenfassen und – soweit ihm die Planung obliegt – möglichst zeitgleich dem Auftragnehmer die für die Änderung erforderliche Planung zur Verfügung stellen. Die 30-Tage-Frist, nach deren Ablauf eine Anordnung möglich ist, muss notiert und überwacht werden.

Der Auftragnehmer wird bei seiner Angebotskalkulation nicht mehr ohne Weiteres in Erwartung eines Nachtrages spekulative Preise ansetzen können. Ein Rückgriff auf die Grundlagen der Preisermittlung bei Vertragsabschluss ist nur noch bei einer vereinbarungsgemäß hin-

terlegten Urkalkulation möglich; ansonsten sind die tatsächlich erforderlichen Kosten anzusetzen. Im Falle eines Änderungsbehrens muss der Auftragnehmer die tatsächlichen Kosten schnell ermitteln und entscheiden, welche Berechnungsmethode für den gesamten Nachtrag für ihn vorteilhafter ist. Die Darstellung und der Nachweis der tatsächlichen Kosten erfordern einen erhöhten Begründungsaufwand beim Unternehmer. Sofern dem Auftragnehmer die Planung obliegt, muss er besonderen Wert auf eine vollständige Planung legen, die alle zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendigen Leistungen beinhaltet. Andernfalls läuft er Gefahr, dass er für seinen vermehrten Aufwand keinen Vergütungsanspruch erhält. Obliegt allerdings dem Besteller der Bauleistung die Planung, sollte der Auftragnehmer nicht in die Falle tappen und selbst im Rahmen eines Nachtragsangebotes die zusätzlichen Leistungen planen, sondern auf einer Übersendung der erforderlichen Planung durch den Auftraggeber bestehen.

FAZIT: Die neuen gesetzlichen Regelungen zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung stärken das Kooperationsgebot bei Bauverträgen: Beide Vertragsparteien müssen daran interessiert sein, sich möglichst schnell und einvernehmlich auf den Inhalt der geänderten Leistungen und die hierfür zu zahlende Vergütung zu verständigen. Schweigen und Passivität werden nicht belohnt.

Der Auftraggeber, der kein klares Änderungsbegehren zum Ausdruck bringt bzw. seiner Mitwirkungshandlung zur Vorlage einer erforderlichen Planung nicht nachkommt oder bei den Verhandlungen über die Höhe der Vergütung blockiert, riskiert zeitliche Verzögerungen des Bauablaufes und die Zahlung einer unter Umständen überhöhten Abschlagszahlung. Der Unternehmer, der trotz Verpflichtung kein Angebot vorlegt, sieht sich gegebenenfalls einer einseitigen Anordnung des Bestellers ausgesetzt und genießt dann auch nicht den Vorteil der pauschalen Abschlagszahlung von 80 Prozent, die die Vorlage eines Ange-

botes voraussetzt.

Wenn die Bauvertragsparteien nicht das Heft des (Ver-)Handelns aus der Hand geben und einen richterlichen Schnellschuss über das Anordnungsrecht und die Vergütung im Wege der einstweiligen Verfügung mit unabsehbarem Ausgang hinnehmen wollen, sind sie zukünftig zum Verhandeln „verdammt“. ■



Thomas Trippacher ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.



Ist das Schwert der Justiz nun auch in Bausachen scharf?



Die Einstweilige Bauverfügung

von RA Dr. Andreas Koenen, KOENEN BAUANWÄLTE, Essen/Hannover/Münster/Bielefeld

Der Gesetzgeber des BauVG hat den Begriff der „Bauverfügung“ nicht verwendet, jedenfalls nicht für das Verfahren, das für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Anordnungsrecht (§ 650b BGB) und der Vergütungsanpassung (§ 650c BGB) vorgesehen ist. In § 650d BGB findet sich vielmehr den Begriff der „Einstweiligen Verfügung“ wieder, der auf die Regelungen der §§ 935, 940 ZPO verweist. Der Begriff der „Bauverfügung“ ist hingegen ursprünglich ein Begriff, der auf dem Deutschen Baugerichtstag diskutiert und als zivilprozessuale Flanke eines neuen Bauvertragsrechts vorgeschlagen worden war. In der zum 01.01.2018 in Kraft tretenden BauVG hat diese Art der Bauverfügung keinen Niederschlag gefunden hat. Gleichwohl soll hier der Begriff der „Bauverfügung“ (mit dem Zusatz „Einstweilige“) verwendet werden. Denn zum einen gilt das

in § 650d BGB erwähnte Einstweiligen Verfügungsverfahren nur für Bauverträge im Sinne des § 650a BGB. Zum anderen gibt es – im Vergleich zu den Einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO – einige auf das Bauvertragsrecht bezogene Besonderheiten, die auch begrifflich zum Ausdruck gebracht werden sollten, zumal der in § 650d BGB geregelte vorläufige Rechtsschutz im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes zur Sicherung der Liquidität des Unternehmers auf die auf dem Baugerichtstag initiierten Diskussionen zur „Bauverfügung“ zurückgehen.

A. Besonderheiten der Einstweiligen Bauverfügung

Was aber ist das Besondere der Einstweiligen Bauverfügung?

a) Bei einer Einstweiligen Bauverfügung handelt es sich um eine Einstweilige Verfü-

gung im Sinne der §§ 935, 940 ZPO, so dass die dort genannten Voraussetzungen für den Erlass einer Einstweiligen Verfügung vorliegen müssen, d.h. ein **Verfügungsanspruch** und ein **Verfügungsgrund**. Lediglich im Hinblick auf den Verfügungsgrund enthält § 650d BGB eine Besonderheit, weshalb sich eine Einstweilige Bauverfügung von einer „normalen“ Einstweiligen Verfügung deutlich unterscheidet: Nach § 650d BGB ist es bei Bauverträgen im Sinne des § 650a BGB bei Streitigkeiten über ein Anordnungsrecht im Sinne des § 650b BGB oder eine Vergütungsanpassung im Sinne des § 650c BGB nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der **Verfügungsgrund glaubhaft** gemacht. Darauf beschränkt sich die Besonderheit einer Einstweiligen Bauverfügung, wodurch allerdings im Bereich von Anordnungen und Vergütungsanpassungen im Sinne der §§ 650b, 650c BGB die Hürden

für einen vorläufigen und damit effektiven Rechtsschutz deutlich reduziert werden, so dass der in anderen Rechtsbereichen stark ausgeprägte vorläufige Rechtsschutz nun auch im Baurecht, wenn auch bislang nur im Anwendungsbereich der §§ 650b, 650c BGB, aus seinem Dornröschenschlaf erwachen könnte.

b) Betrachten wir uns nun die **Voraussetzungen** für eine Einstweilige Bauverfügung etwas genauer:

(1) Zunächst muss der **Anwendungsbereich** des § 650d BGB eröffnet sein. Dies ist nur dann der Fall, wenn Gegenstand der begehrten Einstweiligen Bauverfügung ein **Verfügungsanspruch** ist, der sich aus § 650b oder § 650c BGB ergibt und mit der **Bauausführung** bereits **begonnen** worden ist.

(a) Daraus ergibt sich, dass Einstweilige Bauverfügungen nur bei **Bauverträgen** im Sinne des § 650a BGB zulässig sind. Bei Werkverträgen und werkvertragsähnlichen Verträgen, die keine Bauverträge sind, müssten die deutlich strengeren Anforderungen an eine Einstweilige Verfügung im Sinne der §§ 935, 940 ZPO vorliegen, um vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen, was in der Praxis äußerst selten der Fall ist.

(b) Darüber hinaus muss es sich um eine Streitigkeit über das Anordnungsrecht im Sinne des § 650b oder eine Vergütungsanpassung im Sinne des § 650c handeln.

Streitigkeiten über das **Anordnungsrecht** nach § 650b BGB betreffen die Rechtmäßigkeit der Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB, d.h. die Frage, ob der Unternehmer verpflichtet ist, der Anordnung nachzukommen.

In der Gesetzesbegründung wird in diesem Zusammenhang zwar nur die Frage der Zumutbarkeit der Anordnung für den Unternehmer erwähnt. Anlass für den Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Bauverfügung können jedoch andere Fragen im Zusammenhang mit dem Anordnungsrecht sein. Dies kann beispielsweise die Vertretungsmacht des Anordnenden oder die Einhaltung der Textform des § 650b Abs. 2 S. 1 BGB sein. Ein Besteller könnte beispielsweise eine Einstweilige Bauverfü-

gung mit dem Antrag begehren, den Unternehmer zu verpflichten, der Anordnung Folge zu leisten, d.h. der Änderungsanordnung nachzukommen.

Von größerer praktischer Bedeutung dürften Streitigkeiten über die aus einer Änderungsanordnung i.V.m. § 650c BGB ergebende **Vergütungsanpassung** sein. Diese könnten Grund und Höhe der zu leistenden Abschlagszahlungen¹ und/oder eine zu gewährende Sicherheit sein, wenn sich die Bauvertragsparteien nicht über die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung einigen können. Der Anwendungsbereich umfasst somit alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit der (Abschlags-)Zahlungsverpflichtung des Bestellers, d.h. sowohl das Begehren des Unternehmers auf Erlass einer darauf gerichteten Zahlungs- bzw. Leistungsverfügung² als auch die von einem Besteller begehrte (negative) Feststellung, dass er keine bzw. eine geringere als die vom Unternehmer verlangte (Abschlags-)Zahlung schuldet.

(2) Darüber hinaus muss, wie bei jeder anderen Einstweiligen Verfügung im Sinne der §§ 935, 940 ZPO, ein **Verfügungsgrund** vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn es einem Antragsteller nicht zugemutet werden kann, das Ergebnis eines Hauptsache-rechtsstreits abzuwarten, wenn also ein erheblicher Nachteil bei dem Antragsteller eintreten würde, der später möglicherweise nicht mehr ausgeglichen werden könnte.³ Auch nach § 650d muss ein Verfügungsgrund vorliegen, der aber nach Beginn der

Bauarbeiten nicht mehr glaubhaft gemacht werden muss.

c) Die Einstweilige Bauverfügung enthält also – im Vergleich zur „einfachen“ Einstweiligen Verfügung – lediglich eine zivilprozessuale Erleichterung im Hinblick auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes, d.h. der Eilbedürftigkeit. Zwar beschränkt sich hierauf die **Rechtsfolge** des § 650d BGB. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese zivilprozessuale Erleichterung erhebliche Auswirkungen haben kann. Denn nach Beginn der Bauarbeiten wird nunmehr – wenn auch widerleglich (s.u.)⁴ – vermutet, dass ein Verfügungsgrund vorliegt und eine Entscheidung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist.⁵

(1) Zur Begründung dieser Regelung zur erleichterten Erlangung einer Einstweiligen Verfügung hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass es wegen der sich ständig ändernden Sachlage am Bau und der drohenden Schaffung vollendeter Tatsachen gerechtfertigt sei, wenn ohne vorherige gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Anordnung (bezogen auf § 650b BGB) weitergebaut werde.⁶ Im Zusammenhang mit der Vergütungsanpassung nach § 650c BGB geht die Begründung des Gesetzgebers noch einen Schritt weiter: Die Regelung diene der Durchsetzung der Forderung des Unternehmers auf Abschlagszahlung (oder Sicherheitsleistung), soweit sich diese wegen des Bestellers geändert hat.⁷ Weiter heißt es in der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung:



Wird sich die Justiz auf die neuen Strukturen und Zuständigkeiten einstellen? Nicht zuletzt davon wird die Zukunftsfähigkeit staatlicher Justiz in Bausachen abhängen.



Bei der Einstweiligen Bauverfügung werden möglicherweise nicht nur die (präsenten) Zeugen ins Schwitzen kommen. Vor allem bleibt abzuwarten, welche Beweismittel sich als geeignet erweisen werden, um die – im Rahmen des § 650d BGB erforderlichen – Tatsachen glaubhaft machen zu können.

„Zudem sind die grundsätzlich vorleistungspflichtigen Unternehmer in besonderem Maße auf Liquidität – etwa durch an den neuen Leistungsumfang angepasste Abschlagszahlungen – angewiesen. Dies gilt vor allem dann, wenn es aufgrund der Änderungsanordnung zu erheblichen Kostensteigerungen kommt. Daher soll den Unternehmern ermöglicht werden, im einstweiligen Verfügungsverfahren schnell einen Titel über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch oder die nunmehr zu gewährende Sicherheit zu erlangen.“⁸

(2) Diesen Worten kann man eindeutig entnehmen, dass es der gesetzgeberische Wille war, die Einstweilige Bauverfügung im Sinne des § 650d BGB nicht nur als Regelungs- und/oder Sicherungsverfügung, sondern als **Leistungsverfügung** auszugestalten. Ratio der Norm ist es also, dem Unternehmer durch die einstweilige Bauverfügung Liquidität zu verschaffen. Dieses Ziel ist freilich nur bei Erlass einer Leistungsverfügung erreichbar. Zwar setzt eine Leistungsverfügung nach § 940 ZPO üblicherweise voraus, dass dem Gläubiger andernfalls ein unverhältnismäßig großer,

irreparabler oder gar existenzgefährdender Nachteil droht,⁹ was wohl nur bei umfangreichen Nachträgen denkbar erscheint. Insofern stellt sich die – demnächst von der obergerichtlichen Rechtsprechung noch zu klärende – Kernfrage, ob die Gesetzesbegründung ein Absehen von den **strengen Anforderungen** des § 940 ZPO an den Erlass einer Leistungsverfügung rechtfertigt. Hierfür spricht zumindest, dass eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht zu befürchten ist, da Abschlagszahlungen grundsätzlich nur vorläufigen Charakter haben. Die gesetzgeberische Zielvorstellung, dem Unternehmer Liquidität zu verschaffen, könnte in diesen Fällen also erreicht werden, ohne dass damit die Grundsätze des einstweiligen Verfügungsverfahrens ins Gegenteil verkehrt würden. Es ließe sich sogar vertreten, dass im Fall der Geltendmachung von Abschlagszahlungen ein Fall der Sicherungsverfügung und nicht der Leistungsverfügung vorliegt. Entscheidender Gesichtspunkt zur Abgrenzung zwischen den verschiedenen Arten von einstweiligen Verfügungen ist nämlich das mit der Leistungsverfügung verfolgte Ziel, den Anspruch zu erfüllen und nicht nur vor-

läufig zu sichern. Mit Gewährung der Abschlagszahlung im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens wird aber lediglich der Anspruch auf Abschlagszahlung, nicht indes der werkvertragliche Vergütungsanspruch (nach § 631 BGB) erfüllt.

Dagegen spricht allerdings, dass als Verfügungsanspruch der Sicherungsverfügung gemeinhin nur nicht auf Geldzahlung gerichtete materielle Ansprüche verstanden werden,¹⁰ der Anspruch auf Abschlagszahlung hingegen auf Geldzahlung gerichtet ist. Im Übrigen hätte diese Auslegung eine Bevorzugung des Unternehmers gegenüber dem Besteller zur Folge, der eine Leistungsverfügung bezüglich seiner Ansprüche auf Mängelbeseitigung nicht verlangen kann, obwohl dieser – je nach Art des Mangels (etwa wegen Schimmel, Einsturzgefahr o.ä.) – dringender auf zeitnahe Mängelbeseitigung angewiesen sein kann als der Unternehmer auf Liquidität. Dies dürfte allerdings vom Gesetzgeber so gewollt sein, der immerhin bereits mit Erlass des Bauforderungssicherheitsgesetzes im Jahr 2009 die Intention verfolgt hatte, die Baubranche zu stärken und das dortige hohe Insolvenzrisiko zur Stärkung der Wirtschaft zu verringern.

d) Wie bei § 885 Abs. 1 S. 2 BGB wird der Verfügungsgrund allerdings lediglich **widerlegbar** vermutet. Die hierzu ergangene Rechtsprechung dürfte auf § 650d entsprechend übertragbar sein. So dürfte die für den Verfügungsgrund erforderliche Eilbedürftigkeit dann als entfallen anzusehen sein, wenn der Bauhandwerker nach einer Anordnung geraume Zeit ins Land gehen lässt, bevor er sich zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung entschließt.¹¹ Sofern der Besteller Abschlagsrechnungen des Unternehmers begleicht, dürfte hingegen bei der Annahme einer widerlegten Vermutung Zurückhaltung geboten sein. Insbesondere dürfte danach zu differenzieren sein, ob die Abschlagszahlung den zwischen den Parteien streitigen Teil der Vergütungsforderung betrifft. Abwägungskriterium ist ferner das Liquiditätsinteresse des Auftragnehmers.

e) In diesem Zusammenhang darf nicht außer Acht bleiben, dass die auf eine Vergütungsanpassung im Sinne des § 650c BGB gerichtete Abschlagsforderung lediglich ein Rechnungsposten des dem Unternehmer zu diesem Zeitpunkt zustehenden Gesamtwerklohnanspruchs ist, mit der Folge, dass der Unternehmer durch eine gesonderte Aufstellung wohl auch glaubhaft machen muss, dass er – unabhängig von dem Mehrvergütungsanspruch nach § 650c BGB – nicht bereits überzahlt ist.¹² Vielmehr bedarf es immer einer Gegenüberstellung des (Abschlags-)Zahlungsanspruchs für die bislang erbrachten Leistungen und sämtlicher bislang erbrachter Zahlungen, um auf diese Weise einen – vom Unternehmer glaubhaft zu machenden – **Saldo zu Gunsten des Unternehmers** zu ermitteln. Und dieser Saldo muss, um Gegenstand einer einstweiligen Bauverfügung sein zu können, vollständig auf § 650c BGB gestützt werden können.

B. Abdingbarkeit des § 650d BGB?

Als prozessuale Regelung dürfte die Vorschrift des § 650d BGB zwar grundsätzlich dispositiv sein. Ob die Vorschrift allerdings auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) wirksam abbedungen wer-

den kann, erscheint im Hinblick auf die Entscheidung des LG Berlin¹³, nach der das Recht auf Einräumung einer Sicherungshypothek gem. § 648 BGB nicht durch AGB ausgeschlossen werden kann, zumindest zweifelhaft, denn der Schutzzweck beider Normen ist vergleichbar. Zudem dürfte es sich hier ebenfalls um ein gesetzliches Leitbild handeln, wie man der Begründung entnehmen kann. Eine Schiedsabrede allein dürfte die Anwendung des § 650d BGB (wegen § 1033 ZPO) wohl nicht ausschließen.

C. Zuständigkeit der Landgerichte

§ 71 Abs. 2 Nr. 5 GVG begründet eine streitwertunabhängige Zuständigkeit der Landgerichte für Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gem. § 650b BGB und die Vergütungsanpassung gem. § 650c BGB, die über § 937 ZPO auch für das diesbezügliche einstweilige Bauverfügungsverfahren gilt.

FAZIT: **Hauptanwendungsbereich der einstweiligen Bauverfügung werden voraussichtlich diejenigen Fälle sein, in denen der Unternehmer von seinem Recht nach § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB Gebrauch macht, die Abschlagszahlung zu pauschalieren. Auch in diesen Fällen wird jedoch eine gerichtliche Bewertung, ob die Höhe des pauschalierten Abschlags zu korrigieren ist, in der Regel ohne sachverständige Hilfe nicht zu treffen sein.¹⁴ Denn der Unternehmer muss in jedem Fall glaubhaft machen, dass ihm nach der streitgegenständlichen Abschlagsrechnung ein Saldo zu seinen Gunsten zusteht, der in der geltend gemachten Höhe ausschließlich auf § 650c BGB gestützt werden darf.**

Insofern wird man abwarten müssen, welche Praxisrelevanz diese Neuregelung haben wird und ob das gesetzgeberische Ziel – dem Unternehmer als Ausgleich für dessen nach wie vor bestehende Vorleistungsverpflichtung Liquidität zu verschaffen – hierdurch erreicht werden wird. ■

1 Da die Gesetzesbegründung lediglich auf Abschlagszahlungen abstellt, wird man davon ausgehen müssen, dass sich eine einstweilige Bauverfügung nicht (mehr) auf eine Schlusszahlung beziehen kann und somit Schlussrechnungsreife den Erlass einer einstweiligen Bauverfügung unzulässig machen würde.

2 Vgl. hierzu unten.

3 Während der Regierungsentwurf in § 650b Abs. 3 S. 1 BGB-RegE (Anordnungsrecht) bzw. § 650c Abs. 5 S. 1 BGB-RegE (Vergütungsanpassung) noch vorsah, dass eine Glaubhaftmachung nur dann nicht (mehr) erforderlich sei, wenn zuvor unter Beiziehung eines Sachverständigen versucht worden sei, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen, hat sich der Rechtsausschuss letztlich gegen diese komplizierte und letztlich auch unzulängliche Regelung entschieden und es dabei belassen, an den Wegfall der bei einstweiligen Verfügungen üblicherweise erforderlichen Glaubhaftmachung nach Baubeginn keine weiteren Anforderungen zu knüpfen, das Scheitern der Verhandlungen unter Einschaltung von Sachverständigen also nicht zur Bedingung zu machen.

4 Orlowski, ZfBR 2016, 419, 425 ist allerdings der Auffassung, dass es sich hier um eine nicht widerlegliche Vermutung handele. In der Begründung des Regierungsentwurfs ist allerdings ausdrücklich davon die Rede, dass es sich um eine widerlegliche Vermutung handeln soll (BT-Drs. 18/8486, S. 54).

5 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8486, S. 54, 57 f.

6 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8486, S. 54.

7 A.a.O., S. 57 f.

8 Ebd.

9 Vgl. OLG Köln NJW-RR 1995, 546; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 123.

10 Vgl. etwa die Übersicht bei Zöller, § 939 Rn. 9.

11 Vgl. OLG Celle, BeckRS 2015, 07621; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2013, 798.

12 Hintergrund: Rechnungsposten können nicht isoliert geltend gemacht werden, und (Abschlags-)Zahlungen sind nicht einzelnen Rechnungsposten zuzuordnen.

13 IBR 2015, 1103.

14 Dabei handelt es sich nicht um ein gerichtlich eingeholtes Sachverständigengutachten. Ein solches ist in einem einstweiligen Verfügungsverfahren nicht vorgesehen. Vielmehr wird der Unternehmer in vielen Fällen ein Privatgutachten einzuholen haben, das dem Gericht als Mittel der Glaubhaftmachung vorgelegt wird.



Dr. Andreas Koenen ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Lehrbeauftragter für Baurecht an der Philipps-Universität Marburg.



Das Ende der „Akquisephase“? Der neue Architekten- und Ingenieurvertrag: Leistungsinhalt, Zielfindung und Sonderkündigungsrecht

von RA Prof. H. Henning Irmeler, Irmeler & Kollegen Rechtsanwälte, Schwerin

Akquise ist für Auftraggeber ein Zauberwort, für Architekten hingegen ein Fluch. Für (viele) Auftraggeber ist es selbstverständlich, erst einmal „kostenlose“ Architektenleistungen erhalten zu wollen, mit der vermeintlichen Begründung, man müsse ja erst einmal sehen, ob man mit diesem Architekten zusammen arbeiten könne. Niemand kommt auf den Gedanken, in einem Restaurant eine Vorspeise und ein Hauptgericht zu bestellen und anschließend die Bezahlung mit der Begründung zu verweigern, „man müsse ja erst einmal sehen, ob der Koch kochen könne.“

Damit ein solches Denken auch im Zusammenhang mit Architekten- und Ingenieurleistungen überflüssig wird, hat der Gesetzgeber mit dem neuen Planervertragsrecht ein wohlgedachtes System erschaffen, um zum Einen unmittelbar einen Vertrag zwischen den Parteien zu schließen und zum Anderen den Parteien, insbesondere dem Bauherrn, die Möglichkeit zu geben, sich frühzeitig aus dem Vertrag zu lösen. Anders als im Fall des sog. freien Kündigungsrechts muss der Bauherr in diesem Fall nicht die – für den gesamten Vertrag – vereinbarte Vergütung unter Berücksichtigung ersparter Aufwendung zahlen, sondern nur die – relativ geringere – Vergütung für bis dahin erbrachte Leistungen des Architekten.

A. Was schulden Architekten und Ingenieure aus einem Vertrag: (nur) Erfolg, (einzelne) Leistungen oder beides?

Die Streitfrage ist allen Baubeteiligten bekannt: wonach und wie bestimmt sich die konkrete Leistungspflicht des Architekten oder Ingenieurs in einem Vertragsverhältnis? Zunächst – banal – ausschließlich nach dem Vertrag. Dies entsprach dem – bisher angenommenen – Charakter des Architekten- und Ingenieurvertrages als „ausschließlicher“ Werkvertrag. Ließen sich dem Vertrag die einzelnen, geschuldeten Erfolge oder Teilerfolge zweifelsfrei entnehmen, kam es zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung nur darauf an, dass der Erfolg bzw. die Teilerfolge tatsächlich eingetreten sind und nicht darauf, ob und welche Leistungen der Architekt/Ingenieur im Einzelnen für das Herbeiführen des Erfolges tatsächlich erbracht hat.

Ließen sich dem konkreten Vertrag die vertraglich geschuldeten Leistungspflichten nicht bzw. nicht zweifelsfrei entnehmen, war und ist der Vertrag auszulegen. Nahm der Vertrag aber z.B. ausdrücklich auf die Normen der HOAI Bezug, dann schuldet der Architekt bzw. der Ingenieur seit der BGH-Entscheidung vom 24.06.2004¹ (Teilerfolge-Entscheidung) im Zweifel auch jede einzelne Grundleistung als selbständigen Teilerfolg, wenn diese für den Auftraggeber von Interesse ist, was im Zweifel bejaht werden wird.

Diese BGH-Rechtsprechung prägte in der Folge nicht nur die Architekten- und

Ingenieurverträge, die die HOAI in Bezug nahmen, sondern stellte mittelbar auch den ausschließlichen Erfolgscharakter des Architekten- und Ingenieurvertrages ohne HOAI-Bezug in Frage.

B. Der vereinbarte Vertragsinhalt: die seitens des Architekten und Ingenieurs geschuldete Leistung

Durch die Reform des Bau- und Planervertragsrechts wird neben dem Bauvertrag erstmalig auch der Architekten- und Ingenieurvertrag als eigenständiger Vertragstyp in das BGB integriert. Dabei hat der Gesetzgeber schon in seiner Einordnung deutlich gemacht, dass er den Architekten- und Ingenieurvertrag nicht (mehr) ausschließlich als Werkvertrag, sondern als typengemischten Vertrag einordnet. So lautet der Titel 9 des BGB nunmehr „Werkvertrag und ähnliche Verträge“. Im Untertitel 1 findet sich neben den – bisherigen – allgemeinen Vorschriften unter anderem auch das Kapitel „Bauvertrag“, so dass dieser somit – selbstverständlich – eindeutig dem Werkvertrag zugeordnet ist. Der Architekten- und Ingenieurvertrag hingegen findet sich eigenständig in Untertitel 2, womit deutlich wird, dass dieser (eben) keinen ausschließlichen Werkvertrag, sondern einen werkvertragsähnlichen Vertragstyp darstellt. Diese Einordnung berücksichtigt, dass dienstvertragliche Elemente – einzelne, erforderliche Leistungen – eigenständige Erfolgsbestandteile sind, so dass bei deren Fehlen bzw. Nichterbringen ein unvollständiger Vertrag bzw. ein nicht- oder

schlechterfüllter Vertrag vorliegt.

Nach § 650p Abs. 1 BGB wird der Unternehmer durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag „*verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.*“ Eine klare Definition des Architekten- und Ingenieurvertrages ist hierin (noch) nicht zu sehen, sondern eine abstrakte Beschreibung der vertragstypischen Pflichten, die wiederum durch § 631 BGB konkretisiert werden. Der seitens des Architekten bzw. Ingenieurs geschuldete Vertragsinhalt setzt sich somit einmal aus vereinbarten Planungs- und Überwachungszielen und zum anderen aus den diese Ziele erfüllende Leistungsverpflichtungen zusammen. Den Leistungspflichten des Architekten und Ingenieurs, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, werden also durch die Planungs- und Überwachungsziele bestimmt. Die Gesamtheit dieser Leistungspflichten ist dann der vom Architekten oder Ingenieur gemäß § 650q Abs. 1 i.V.m. § 631 BGB geschuldete Gesamterfolg². Die Gegenleistungspflicht des Auftraggebers, nämlich die Zahlung der vereinbarten Vergütung, ist nicht in § 650p BGB normiert. Dessen Pflicht folgt aus § 650q BGB, der insoweit (auch) auf § 631 Abs. 2 2. HS BGB verweist.

Mit § 650p BGB wird eine ausschließliche Erfolgsbezogenheit des Architekten- und Ingenieurvertrages (endgültig) aufgegeben. Der Vertrag ist folglich nicht allein dadurch (mangelfrei) erfüllt, dass die vereinbarten Werkerfolge, nämlich die Planungs- und Überwachungsziele, eingetreten sind, sondern die einzelnen Leistungen, die zum Herbeiführen dieses Erfolges erforderlich sind, sind ebenfalls Bestandteil der geschuldeten, mangelfreien Leistung (insgesamt)³. Neben die Erfolgsbezogenheit tritt somit – gesetzlich vorgegeben – die Leistungsbezogenheit des Architekten- und Ingenieurvertrages.

Anzumerken bleibt, dass ein Architekten- und Ingenieurvertrag nach § 650p BGB auf die Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen begrenzt ist. Soll der Architekt – gesondert – Beratungsleistungen o.a. erbringen, wird ein entsprechender Vertrag als (klassischer) Werkvertrag nach § 631 BGB, nicht aber (zusätzlich) als Architekten- oder Ingenieurvertrag qualifiziert⁴.

C. Die vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele

Ein Architekten- und Ingenieurvertrag setzt danach die Vereinbarung der Parteien über die geschuldeten/zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele voraus. Hierunter sind nicht die zu erbringenden Architekten- und Ingenieurleistungen oder deren Leistungsumfang selbst zu verstehen, sondern die Festlegung des Objekts und die auszuführende Maßnahme⁵. Es handelt sich somit um die detaillierte Festlegung der vertraglichen Beschaffenheit des Architekten- bzw. Ingenieurwerkes, wie z.B. die Art des Objektes (z.B. Einfamilienhaus, Bürogebäude, Hotel), die Maßnahme (z.B. Neubau, Umbau, Modernisierung, Instandsetzung), Angaben zum Umfang (z.B. Raum- und Flächenbedarf, Gebäudeteile), Angaben zur Qualität (z.B. Qualitätsstandards, Materialien, Ausstattung), Angaben zur Gestaltung (z.B. Bauweise, Dachform, Fassade), Angaben zur Funktionalität (z.B. Flexibilität der Nutzung, Barrierefreiheit, Anschlussnutzung, Erweiterungsmöglichkeiten), Angaben zur Technik und zur technischen Ausstattung, (z.B. Konstruktionsart – Massivbau, Holzbau, Akustik, Schallschutz), Energetische Vorgaben (z.B. Passivhaus, KfW-Standard, Einsatz regenerativer Energien) und Angaben zu den Kosten (z.B. Kostenobergrenze, wirtschaftlicher Rahmen der Gesamtmaßnahme). Sofern z.B. nicht ausdrücklich eine bestimmte Anzahl von Räumen oder Geschossen als Beschaffenheit vereinbart ist, ist deren Anzahl kein Planungsziel, sondern ergibt sich im Laufe des Planungsprozesses und ist damit Teil des konkreten Planungsergebnisses. Soweit gegenteilige

Auffassungen vertreten werden, übersehen diese, dass sich ein Planungsziel erst dann bestimmen ließe, wenn die Planungsleistungen erbracht sind.

D. Die zur Erreichung der vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele erforderlichen Leistungen

Das neue Planervertragsrecht definiert keine konkreten Leistungen, sondern überlässt dies den Vertragsparteien: ob mit oder ohne genaue Bezeichnung oder Beschreibung konkreter Leistungen, ist der Architekt und Ingenieur dazu verpflichtet, immer alle Leistungen zu erbringen, die „*nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.*“ Damit ist die Bestimmung der Planungs- und Überwachungsziele der maßgebliche Bezugspunkt für die konkret geschuldeten Leistungspflichten. Im Wege der Auslegung mögen sich diese Leistungen dann eventuell auch nach der HOAI richten oder auch nicht, jedenfalls obliegt es ausschließlich dem Architekten und Ingenieur, dass Ingenieurleistung Erfordernis von (abzurechnenden) Leistungspflichten für die Erreichung der vereinbarten Planungsziele nachzuweisen. Denn es obliegt dem Auftragnehmer, den Abschluss eines Architekten- oder Ingenieurvertrages und auch dessen Umfang darzulegen und zu beweisen. Da der Architekten- und Ingenieurvertrag aber weiterhin den werkvertraglichen Erfolgscharakter aufweist, obliegt es ihnen ebenfalls – bis zur Abnahme ihrer Architekten- bzw. Ingenieurleistung – darzulegen und zu beweisen, dass eine bestimmte Leistung nicht erforderlich war und deren Fehlen somit keinen Mangel darstellt.

E. Die Zielfindungsphase gemäß § 650p Abs. 2 BGB

1. Die gravierende Neuerung im Architekten- und Ingenieurrecht

§ 650p Abs. 2 BGB greift den Umstand auf, dass sich Bauherren bei Abschluss eines Architekten- oder Ingenieurvertrages

(oft) noch nicht im Klaren sind, welche konkreten Ziele sie mit ihrem Bauvorhaben eigentlich verfolgen. Danach „hat der Architekt bzw. Ingenieur zunächst eine Planungsgrundlage zu erstellen, soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor“.

Die Zielfindungsphase ist in unmittelbarem Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Sonderkündigungsrecht nach § 650r BGB zu sehen. Bislang führten gerade Architektenverträge mit privaten Bauherren, die als sog. Vollarchitekturverträge über die „Erbringung aller Leistungsphasen“ geschlossen waren, oft zu nicht unerheblichen Problemen. Mangels Klarheit über die tatsächlichen Ziele, die die Planung eines Architekten erfüllen sollte, wurden diese Ziele erst im Laufe des Planungsprozesses und nicht selten erst an dessen Ende „gefunden“. Ohne Festlegung der wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele existiert aber kein Rahmen, an dem der Architekt sich orientieren und seine Leistungsverpflichtungen feststellen kann. Ergeben sich daraus Schwierigkeiten, bleibt den Auftraggebern häufig keine andere Wahl, als den Architektenvertrag frei nach § 648 BGB (bisher § 649 BGB) zu kündigen, gleichwohl aber die volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen auf Seiten des Architekten zahlen zu müssen.

Durch die Zielfindungsphase werden die Parteien zu Beginn ihres Vertragsverhältnisses verpflichtet, die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele als Beschaffenheit (siehe C.) vertraglich festzulegen. Gelingt dieses nicht, können beide Parteien den Vertrag kündigen, ohne dass die Auftraggeber zur Zahlung der „vollen Vergütung“ verpflichtet sind.

2. Anwendungsbereich

Bei der Zielfindungsphase handelt sich ausdrücklich nicht um eine generelle Phase bzw. eine „Leistungsphase 0“, die bei jedem Architekten- und Ingenieurvertrag zwingend zu durchlaufen ist bzw. erbracht werden muss, sondern ausdrücklich um eine



Ausnahme. Die Zielfindungsphase ist als Auffangtatbestand zu verstehen und tritt nur dann ein, „soweit die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind“. Ist dies bereits im Rahmen des geschlossenen Vertrages der Fall, sind die vertraglichen Planungs- und Überwachungsziele bereits festgelegt und damit die Zielfindungsphase nicht mehr möglich⁶.

Maßgeblich ist deshalb, dass es sich bei bereits vereinbarten Planungs- und Überwachungszielen um wesentliche handelt. Haben die Vertragsparteien teilweise – wesentliche – Planungsziele vereinbart, aber noch nicht alle, so ist die Zielfindungsphase (nur) auf die noch nicht vereinbarten, wesentlichen Ziele anzuwenden.

Wann ein Planungsziel als wesentlich zu

bezeichnen ist, hängt sowohl von der Verkehrsanschauung als auch von den subjektiven Vorstellungen der Auftraggeberseite ab. Nicht zu den wesentlichen Planungszielen gehören die Einzelheiten, die erst in der eigentlichen Planungsphase festzulegen sind⁷. Soweit der Gesetzgeber in seiner Begründung beispielsweise die Art des Daches oder die Zahl der Geschosse als wesentlich anführt, ist Vorsicht angebracht. Soweit einem Auftraggeber eine bestimmte Dachform (z.B. Pultdach) oder eine bestimmte Geschosshöhe für sein Vorhaben so wichtig ist, dass er das Vorhaben nur so geplant und errichtet haben will, handelt es sich selbstverständlich um wesentliche Planungsziele i.S.d. § 650p Abs. 2 BGB. Keinesfalls darf aber verallgemeinert werden, dass in den



Wie konkret bzw. detailliert muss – als Ergebnis der „Zielfindungsphase“ – die vom Architekten zu erstellende „Planungsgrundlage“ zur Ermittlung der wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele sein, damit der Besteller hierzu seine Zustimmung geben kann?

Fällen, in denen keine Festlegung z.B. der Dachform oder der Geschosshöhe erfolgt ist, noch wesentliche Planungsziele fehlen. Denn gerade Dachformen und Geschosshöhen sind Beispiele für Ergebnisse von Planungsprozessen. Vielfach führen die Vorstellungen der Auftraggeber wie z.B. eine bestimmte Nutzungsart mit einem bestimmten Raumprogramm⁸ erst als Ergebnis des Planungsprozesses zu einer bestimmten Dachform oder Geschosshöhe. Planungsergebnisse müssen somit immer die wesentlichen Planungsziele erfüllen, begründen sie aber nicht selbst. Denn auch das neue Planervertragsrecht ändert nichts

daran, dass es sich bei Planungsprozessen um dynamische Prozesse handelt, deren Ergebnisse am Ende stehen.

3. Vertragstypische Pflichten des Architekten und Ingenieurs

Nur in den Fällen, in denen wesentliche Planungs- und Überwachungsziele ganz oder teilweise noch nicht vereinbart sind, postuliert § 650p Abs. 2 BGB die – weitere – Hauptpflicht des Architekten oder Ingenieurs, eine Planungsgrundlage zur Ermittlung der wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele zu erstellen.

a) Erstellen einer Planungsgrundlage

Der Begriff der Planungsgrundlage ist nicht näher definiert. Als Ergebnis muss die Planungsgrundlage sicherstellen, dass die Parteien die – noch offenen – wesentlichen Planungsziele vereinbaren können. Die hierfür erforderlichen Leistungen sind von den Planungsleistungen selbst strikt abzugrenzen, letztere sind zur Erstellung der Planungsgrundlage (noch) nicht geschuldet. Auch wenn es sich bei der Erstellung um eine Hauptleistungspflicht des Architekten oder Ingenieurs handelt, besteht eine – ungeschriebene – Mitwirkungspflicht des Bestellers, wenn nicht sogar die Verpflich-

tung, sein Leistungsbestimmungsrecht auszuüben⁹. Denn der Architekt benötigt zur Erstellung der Planungsgrundlage die Vorstellungen des Auftraggebers. Der Architekt hat insoweit zunächst dessen Wünsche und Vorstellungen zu erfragen¹⁰.

Letztlich ist der Umfang der jeweiligen Planungsgrundlage eine Frage des Einzelfalls. Immer aber muss sie alle Informationen und Unterlagen enthalten, die der Besteller zur Entscheidung über die Zustimmung benötigt¹¹. Planerische Einzelheiten müssen in der Planungsgrundlage nicht enthalten sein. Insbesondere muss der Architekt oder Ingenieur noch keine „gestalterische Alternativlösung auf Grundlage der ermittelten Anforderungen entwickeln“, häufig wird der Architekt jedoch eine auf den Abstimmungen basierende Baubeschreibung übergeben, aus der sich die wesentlichen Planungsziele ergeben¹².

b) Erstellen einer Kosteneinschätzung

Zusammen mit der Planungsgrundlage hat der Architekt eine Kosteneinschätzung – ebenfalls zur Zustimmung – zu übergeben. Diese ist gleichfalls Bestandteil der – weiteren – Hauptleistungspflicht des § 650p Abs. 2 BGB. Aus der Formulierung folgt, dass es sich insoweit nicht um eine „Kostenschätzung nach DIN 276“ handelt, sondern um einen eigenen Begriff. Nach der Gesetzesbegründung soll die Kosteneinschätzung dem Besteller „*lediglich eine grobe Einschätzung der zu erwartenden Kosten für seine Finanzierungsplanung geben*“¹³. Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung zusammen sollen dem Besteller eine fundierte Entscheidung ermöglichen, ob er dieses Vorhaben auf dieser Basis realisieren möchte.

In der Praxis wird hier Vorsicht an der Tagesordnung sein. Denn eine lediglich „*grobe Kosteneinschätzung*“ wird in aller Regel als Kostenobergrenze ein Planungsziel i.S.d. § 650p Abs. 2 BGB. Denn die Planungsgrundlage und die Kosteneinschätzung sind dem Besteller gemeinsam zur Zustimmung vorzulegen. Beides gemeinsam dient der Festlegung der wesentlichen

Planungs- und Überwachungsziele, die wiederum vertragliche Beschaffenheiten darstellen. Vor diesem Hintergrund wird auch die Kosteneinschätzung im Ergebnis vertragliche Beschaffenheit und somit zur Kostenobergrenze. Architekten und Ingenieure sind wohl beraten, wenn sie vor diesem Hintergrund die Kosten nicht nur „grob einschätzen“, sondern – auf eigenes Kostenrisiko – Kosten so ermitteln, dass ihr Einhalten als Beschaffenheit nicht von vornherein aussichtslos ist.

c) Folgen der Zustimmung

Stimmt der Besteller der Planungsgrundlage und der Kosteneinschätzung zu, sind die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele ermittelt. Die Zielfindungsphase ist damit abgeschlossen und der Architekten- oder Ingenieurvertrag nach § 650p Abs. 1 BGB ist abschließend bestimmt.

Stimmt der Besteller der Planungsgrundlage nicht zu, kann das bedeuten, dass er entweder Änderungen diesbezüglich, also Nacherfüllung verlangt¹⁴ oder, dass er den Architektenvertrag nicht weiter führen will. In letzterem Fall kann er von dem Sonderkündigungsrecht Gebrauch machen.

F. Das Sonderkündigungsrecht gemäß § 650r BGB

1. Allgemein

Ausschließlich für die Anwendungsfälle der Zielfindungsphase begründet § 650r BGB für beide Vertragsparteien ein Sonderkündigungsrecht. Sind die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele bereits vertraglich i.S.d. § 650p Abs. 1 BGB vereinbart, ist für das Sonderkündigungsrecht nach § 650r BGB kein Raum, sondern dem Besteller verbleibt (nur) die Möglichkeit einer (freien) Kündigung nach § 648 BGB oder beiden Parteien die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB.

2. Kündigungsrecht des Auftraggebers gemäß § 650r Abs. 1 BGB

Das Kündigungsrecht des Bestellers entsteht nach Vorlage der Unterlagen gem. § 650p Abs. 2 BGB und „*erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen*“. Nur bei

Verbraucherverträgen beginnt die zweiwöchige Frist erst, wenn der Besteller „*ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist, in der es ausgeübt werden kann, und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet hat*“.

Die relativ kurze Frist von zwei Wochen kann einvernehmlich im Architektenvertrag über eine längere Dauer vereinbart werden. Die Kündigung kann der Besteller ohne Angabe von Gründen aussprechen, selbst wenn die Planungsgrundlage sich mit den Vorstellungen des Bestellers deckt. Eine Grenze wird allenfalls gegeben sein, wenn die Ausübung des Sonderkündigungsrechts rechtsmissbräuchlich, willkürlich oder treuwidrig ist¹⁵.

Die Kündigung muss wegen des Verweises in § 650q Abs. 1 BGB auch auf § 650h BGB schriftlich erfolgen und dem Architekten oder Ingenieur innerhalb der Kündigungsfrist zugegangen sein.

Das Sonderkündigungsrecht des Bestellers erlischt, wenn er dieses nicht innerhalb der zweiwöchigen Kündigungsfrist ausübt. In diesem Fall bleibt der ursprünglich abgeschlossene Vertrag unverändert bestehen. Durch den Ablauf der Kündigungsfrist tritt hinsichtlich der Planungs- und Überwachungsziele keine Fiktion ein. Dem Vertrag fehlt dann weiterhin die Vereinbarung eines oder mehrerer wesentlicher Planungsziele. Dies hat zur Folge, dass beide Vertragspartner entweder weiter an der Vereinbarung der wesentlichen Planungsziele mitwirken müssen oder der Besteller sein Leistungsbestimmungsrecht ausüben muss¹⁶.

3. Kündigungsrecht des Architekten und Ingenieurs gemäß § 650r Abs. 2 BGB

Dem Architekten oder Ingenieur steht im Fall der Zielfindungsphase ebenfalls ein Sonderkündigungsrecht zur Verfügung. Er kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung zu der von ihm vollständig und mangelfrei erstellten Planungsgrundlage und der Kosteneinschätzung setzen. Verweigert der Besteller die Zustimmung oder gibt er innerhalb der gesetzten Frist keine Erklärung zu den Unterlagen ab, kann der Architekt oder Inge-

nieur seinerseits den Vertrag – wiederum schriftlich – kündigen.

Sind die Planungsgrundlage und/oder die Kosteneinschätzung unvollständig oder mangelhaft, hat der Architekt seine – weitere – Hauptleistungspflicht nach § 650p Abs. 2 BGB noch nicht erfüllt, so dass ihm insoweit kein Sonderkündigungsrecht zusteht.

Wann eine Frist i.S.d § 650r Abs. 2 BGB angemessen ist, soll vom Einzelfall abhängen, wobei insbesondere auf den Umfang der Planung und die Vorkenntnisse des Bestellers abgestellt wird¹⁷.

Sofern die Zustimmungsfrist für den Besteller nach § 650r Abs. 1 BGB nicht vertraglich verlängert worden ist, ist kein Grund ersichtlich, eine Zwei-Wochen-Frist auch für den Sonderkündigungsfall des Architekten oder Ingenieurs als angemessen anzusehen. Dies gilt umso mehr, wenn der Architekt den Besteller (erst) nach Ablauf dessen Kündigungsfrist nach § 650r Abs. 1 BGB auffordert.

4. Vergütung des Architekten nach erfolgter Sonderkündigung gemäß § 650r Abs. 3 BGB

Kündigt eine der Vertragsparteien nach § 650r BGB, ist der Unternehmer nach Abs. 3 „*nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt*“. Der Architekt hat damit keinen Anspruch nach § 648 BGB auf die (volle) vereinbarte Vergütung, sondern nur für die erbrachten Leistungen nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen¹⁸. Soweit es sich bei diesen Leistungen ganz oder teilweise um Grundleistungen nach der HOAI handelt, sind sie danach zu vergüten. Anderenfalls hat der Architekt Anspruch auf die übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 Alt. 2 BGB, sofern nicht vertraglich eine entsprechende Vergütung – z.B. Abrechnung nach Stundensätzen – vereinbart ist. ■

1 BGH Ur. v. 24.06.2004 - VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640.

2 Dammert, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, München 2017, § 4 Rn. 18.

3 vgl. Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1850.

4 Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1847.

5 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage, Einleitung Rn. 44.

6 Dammert, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, München 2017, § 4 Rn. 35

7 Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1860.

8 dabei handelt es sich dann um Planungsziele/Beschaffensvereinbarungen

9 In diesem Sinn Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1856.

10 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8486, 67

11 Dammert, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, München 2017, § 4 Rn. 44.

12 Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1861.

13 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8486, 67.

14 Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1871.

15 Dammert, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, München 2017, § 4 Rn. 82.

16 Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1872.

17 Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1873.

18 Kniffka, in: Baurecht - Sonderheft zum neuen Bauvertragsrecht, S. 1873.



Prof. H. Henning Irmeler ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.



Was soll nach § 650b BGB passieren, wenn sich Auftraggeber und Auftragnehmer über die Änderung des Vertrages nicht einigen können?

Das Anordnungsrecht des Bauherrn gegenüber dem Architekten?



von RA Prof. Rudolf Jochem, RJ Anwälte Jochem Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden

Das Architektenrecht wird mit Inkrafttreten des Bauvertragsgesetzes, welches in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert wird, neu geschrieben. Wir finden die Paragraphen im Untertitel 2 zum Titel 9 mit der Überschrift „Werkvertrag und ähnliche Verträge“. Der Architektenvertrag und Ingenieurvertrag ist damit ein ähnlicher Vertrag geregelt in §§ 650p-650t. Dazu gehört auch ein gesetzlich geregeltes Anordnungsrecht des Bauherrn. § 650q Abs. 1 verweist auf die entsprechende Regelung zum Bauvertrag, der in § 650b unter der Überschrift „Änderung des Vertrages, Anordnung des Bestellers“ dem Bauherrn das einseitige Recht verleiht, den vertraglich festgelegten Leistungsgegenstand abweichend hierzu nach Vertragsabschluss zu bestimmen.

Dem Anordnungsrecht liegt die Überle-

gung zugrunde, dass Verträge nicht einseitig geändert werden können. Sie beruhen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit auf dem Prinzip der Einigung der Parteien. Sie führt zu der vertraglich gewollten Bindung, aus der der einzelne Vertragspartner vom Grundprinzip her nicht ohne Zustimmung des anderen entlassen werden kann. Mit Vertragsabschluss legen sich die Parteien damit wechselseitig Fesseln an, die als eingegangene Vertragspflichten auch von ihnen so zu erfüllen sind.

Wie sieht nun das Anordnungsrecht im Bauvertrag aus, auf dessen entsprechende Anwendung der Gesetzgeber für den Architektenvertrag hinweist?

Entscheidet sich der Bauherr nach Abschluss des Vertrages entgegen der ver-

tragsgegenständlichen Bauausführung zu einer Änderung, wäre er an sich hieran gehindert, es sei denn, sein Vertragspartner stimmt ausdrücklich zu. Dies hat im Bauvertragsrecht dazu geführt, dass mit den §§ 1.3 und 1.4 der VOB/B eine allgemeine Geschäftsbedingung als Vertragsregelung schon vor vielen Jahrzehnten aufgelegt wurde, die dem Bauherrn das Recht zuwies, Änderungen des Bauentwurfes zur vertraglichen bestellten Bauausführung einseitig anzuordnen und gegebenenfalls zusätzliche Leistungen zu verlangen, die zur Ausführung des geschuldeten Werkes als erforderlich angesehen werden. Die Vergütungspflicht der geänderten Leistungen regelt § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B im Einzelnen.

Der Gesetzgeber hat diesen Regelungsansatz im Bürgerlichen Gesetzbuch übernommen.

§ 650b Abs. 1 S. 1 für den Bauvertrag lautet:

„(1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder

2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an.....“

Mit der Änderung des vereinbarten Werkerfolgs spricht der Gesetzgeber das Recht des Bauherrn an, den vertragsgegenständlichen Bauentwurf nachträglich zu ändern. In Ziffer 2 wird der Gedanke des § 1.4 VOB/B aufgenommen.

Der Gesetzgeber des neuen Rechts verlangt nun von den Vertragsparteien eine Einigung über diese Vertragsänderungen und verpflichtet den Auftragnehmer zur Abgabe eines Nachtragsangebotes über eine Mehr- oder Mindervergütung. Erst wenn innerhalb eines Monats keine Einigung erzielt wird, kann der Bauherr die Änderung einseitig anordnen. Der Vergütungsanspruch bei einseitiger Anordnung richtet sich nach § 650c BGB. Grundlage der zusätzlichen Vergütung (Nachtragsvergütung) sind die tatsächlich erforderlichen Kosten und die allgemein üblichen Zuschläge für Geschäftskosten. Zugunsten des Auftragnehmers wird dabei vermutet, dass die nach der vereinbarten Urkalkulation berechnete Vergütung diesen Anforderungen entspricht.

Haben sich die Parteien nicht über die Höhe einer Nachtragsvergütung geeinigt, so kann der Auftragnehmer Abschläge bis zu 80% des Angebotes als Abschlag vom Auftraggeber nach der Abschlagsregelung des Vertrages verlangen, den Rest mit Abnahme seiner Leistungen. (§ 650c Abs. 3 BGB)

Was bedeutet die entsprechende Anwendung dieser Regelung für den Architektenvertrag?

Die vertragstypischen Architektenleistungen beschreibt der Gesetzgeber in § 650b BGB als diejenigen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerkes erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

Anstelle der Herbeiführung eines Leistungserfolges im Sinne des Entstehenlassens eines mangelfreien Bauwerkes tritt die Pflicht, vereinbarte Planungsziele zu erreichen. Das generelle Planungsziel der Errichtung eines Gebäudes setzt sich dabei aus einer Summe von Details zusammen, deren jeweiliges Planungsziel es ist, eine Lösung für die entsprechende Bauausführung der jeweils angesprochenen Details zu finden.

Das führt dazu, dass die Planungsziele

abschließend erst mit Abschluss der Planung geklärt sind. Es ist eine praxisferne Vorstellung, dass sich alle Planungsziele bei Vertragsabschluss bestimmen ließen. So werden z.B. Deckenpläne mit integrierten Leuchten und die damit verbundenen Planungs- und Überwachungsziele erst im Rahmen der Ausführungsplanung, möglicherweise sogar erst nach Fertigstellung des Rohbaus, geklärt. Der Gesetzgeber hat diese Funktionsweise erkennbar noch nicht im Blick, was naturgemäß zu Schwierigkeiten führt, vertragliche Leistungspflichten von den Regeln des Anordnungsrechts zu trennen. Hier wird der Gesetzgeber aufgefordert sein nachzujustieren.

Aus diesem Beispiel folgt, dass beide Vertragsparteien bis zur Fertigstellung des Bauvorhabens verpflichtet bleiben, alle erforderlichen Planungs- und Überwachungsziele für die Bauausführung zu konkretisieren. Diese Aufgabenstellung



Die Änderungsanordnung des Bauherrn gegenüber dem Architekten: was ist diesem noch zumutbar?



Der Architekt, „Erfüllungsgehilfe der jederzeit vom Bauherrn an ihn herangetragenen Bauwünsche“?

kann nicht Gegenstand von Änderungsanordnungen sein. Um im Beispiel zu bleiben, wird der Architekt gegebenenfalls mehrere Deckenspiegel planen müssen, bis eine Einigung mit dem Bauherrn erfolgt ist. Das Verwerfen einer Planungslösung und der Wunsch nach einer Variante hierzu stellt keine Anordnung im Sinne des entsprechend anzuwendenden Anordnungsrechts nach § 650b BGB dar.

Die nach § 650q BGB geforderte entsprechende Anwendung des § 650b BGB verlangt eine Aussage, wie die Analogie zu der in Abs. 1 Ziffer 1 angesprochenen Änderung des vereinbarten Werkerfolges aussehen soll. Der vereinbarte Werkerfolg des § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB entspricht dem jeweils vereinbarten Planungs- und Überwachungsziel, so wie es sich aus dem Planungsprozess ergibt. Dies bedeutet, dass der Anwendungsbereich des Anordnungsrechts erst zum Tragen kommt, wenn das vereinbarte Planungsziel zur baulichen Umsetzung freigegeben ist. In einem solchen Fall kann man von einem Planungs- und Überwachungsziel sprechen, das zwischen den Parteien vereinbart ist und zwar unabhängig davon, wann es zeitlich im Bauablauf erfolgt. Dieses liegt regelmäßig nach Vertragsabschluss. Erst das zur Bau-

ausführung freigegebene Planungsergebnis beschreibt das Ziel der baulichen Umsetzung. Über sie sind jeweils einzelne Einigungen im Planungsprozess zu finden.

Wird dieses vom Bauherrn später verworfen und will der Bauherr abweichend von der von ihm freigegebenen Baulösung andere Ziele verfolgen, so bewegen sich die Parteien im Anordnungsrecht.

Kennzeichnend hierfür ist, dass der Bauherr sich mit seinen Änderungsanordnungen allerdings nur durchsetzt, wenn die Ausführung der Änderung dem Architekten als Auftragnehmer auch zumutbar ist.

Verlangt der Bauherr, um im Beispiel zu bleiben, nach fertiger und freigegebener Deckenplanung, dass das Deckenbeleuchtungskonzept vollständig aufgegeben wird und ein neuer Deckenspiegel zu planen ist, weicht dies somit von dem festgelegten Planungsziel „Deckenspiegel mit Leuchten“ ab. Es liegt eine Änderung des Planungsziels vor, die dem Architekten zumutbar und nach § 650b BGB auch vergütungspflichtig ist.

Der Anspruchsgrund ist damit gesetzt. Die Höhe der Vergütungspflicht richtet sich nach der HOAI. Werden durch diese Anordnung erneut Grundleistungen erforderlich, so sind diese wertmäßig nach der

HOAI zu bestimmen.

Der Architekt kann diese Planungsänderung als für ihn nicht zumutbar nicht zurückweisen. Solche Änderungsforderungen des Auftraggebers sind in dem Architektenvertrag an der Tagesordnung und rechtfertigen niemals eine Zurückweisung durch den Architekten. Er muss mit solchen geänderten Vorstellungen des Bauherrn jederzeit rechnen.

Ein Fall fehlender Zumutbarkeit könnte allerdings in einem anderen Fall gesehen werden. Verabschiedet der Bauherr eine Entwurfsplanung seines Bauvorhabens in moderner Architektur, zu der er sich bekennt und verlangt er auf einmal die Überarbeitung des Bauentwurfes verbunden mit der Forderung, dass die moderne Architektur zugunsten eines Architektenstils im Sinne eines „Schwarzwaldhauses“ zu ändern ist, so stellt sich die Frage nach der Zumutbarkeit für den Architekten. Ein Architekt, dessen ausgewiesene Handschrift moderne Architektur ist und der als solcher vom Bauherrn ausgewählt wurde, wird möglicherweise zu Recht fehlende Zumutbarkeit für diesen Planungsänderungswunsch geltend machen können. Der Architekt kann allerdings auch nicht verlangen, dass seine moderne Architektur realisiert wird. Die

einvernehmliche Aufhebung oder Kündigung des Vertrages wird die Folge sein.

Solche Fälle bleiben Ausnahmen. An der Tagesordnung sind indes Änderungsanordnungen, die nach fertiger Planung und nach Entscheidung des Bauherrn zur Freigabe der Planungslösung für die Bauausführung von ihm ausgesprochen werden.

Ein Architekt hat keinen Anspruch darauf, dass seine Planungslösung auch baulich umgesetzt wird. Es liegt in dem Wesen des Architektenvertrages, dass der Bauherr Änderungen anordnen kann. Es geht nämlich um die Realisierung der Bauwünsche des Bauherrn. Diese gilt es umzusetzen. Hier liegt der Schwerpunkt der Architektenaufgabe. Der Architekt muss nicht nur permanent die Bauwünsche im Einzelnen erfragen, sondern muss auch hinnehmen, dass der Bauherr nach seiner Entscheidung über ein Ausführungsdetail dessen Änderung verlangt. Der Architekt ist damit sozusagen der Erfüllungsgehilfe der jederzeit vom Bauherrn an ihn herangetragenen Bauwünsche.

Die einzige Frage, die sich stellt ist, welche Vergütungserfolge damit verbunden ist.

Es ist deshalb völlig praxisfremd, wenn die entsprechende Anwendung des Bauvertragsrechts den Architekten zunächst verpflichten sollte, ein Angebot über das Änderungshonorar abzugeben, bevor der Bauherr das Recht erhält, nach fruchtloser einmonatiger Verhandlung die Änderung anzuordnen. Diese Verfahrensweise widerspricht dem Kern des Architektenvertrages.

Die entsprechende Anwendung des Anordnungsrechts reduziert sich danach auf die Vergütungsfrage. Umplanungen nach erfolgter Planungsfreigabe zur weiteren Detailplanung oder zur Baufreigabe sind es, die Gegenstand zusätzlicher Vergütungsforderungen sind. Dem Grunde nach ist damit ein Änderungshonorar gegeben. Die Höhe des Änderungshonorars richtet sich nach der HOAI. Kann das Änderungshonorar nicht nach HOAI bestimmt werden, so ist es entsprechend § 650c nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine

Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Die tatsächlichen Kosten entsprechen den Personalkosten, die für den Änderungsaufwand zugrunde zu legen sind. Die Abrechnung erfolgt damit nach Stundensätzen für die eingesetzten Mitarbeiter und dem Stundensatz, den der Inhaber üblicherweise für seine Tätigkeit einsetzt (übliche Vergütung).

Die Verhandlungslösung mit Monatsfrist entfällt, weil die Erfüllung der Bauwünsche des Bauherrn, gleich wann sie geäußert werden, als vertragsgegenständliche Leistung umzusetzen ist. ■



Prof. Rudolf Jochem ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.



Der gesetzliche Anspruch der Architekten und Ingenieure auf Teilabnahme

von RA Timo Siemer LL.M., KOENEN BAUANWÄLTE, Bielefeld

Kann der Gesetzgeber mit der Einführung eines Rechts auf Teilabnahme eine ungleiche Belastung von Architekten bzw. Ingenieuren im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem Bauunternehmer reduzieren, und zwar vor dem Hintergrund, weil Architekten bzw. Ingenieuren bei einer späten Inanspruchnahme kein Rückgriff gegen den Bauunternehmer aufgrund bereits eingetretener Verjährung der Mängelhaftung im Verhältnis Auftraggeber zu Bauunternehmer mehr möglich sein soll?

Die Neuregelungen zum Architekten- und Ingenieurvertragsrecht im BGB

Derzeit gibt es wohl kaum ein anderes Thema, das die gesamte Baubranche so sehr beschäftigt, wie das neue Bauvertragsrecht, das am 01. Januar 2018 in Kraft treten wird. Durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung werden aber nicht nur erhebliche Änderungen des privaten Baurechts herbeigeführt. Denn erstmals in der Geschichte des Bestehens des bürgerlichen Gesetzbuches wurden mit den §§ 650p – 650t BGB eigenständige Vorschriften zum Architekten- und Ingenieurvertrag geschaffen.

Bislang gab es keine speziellen Vorschriften im BGB für diese Vertragsformen, auch wenn gelegentlich fälschlicherweise der HOAI (Honorarordnung der Architekten und Ingenieure) eine vertragsrechtliche Bedeutung beigemessen wurde, obwohl es sich dabei nicht um Vertrags-, sondern um reines Preisrecht handelt.

Für die rechtliche Einordnung kamen mangels ausdrücklicher Vorschriften in früheren Jahren das Dienstvertragsrecht (§§ 661 ff. BGB) und das bislang geläufige Werkvertragsrecht des BGB (§§ 631 ff. BGB) in Betracht. In einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1959 hat der BGH einen rund 50 Jahre währenden Streit über die rechtliche Qualität dieser Vertragstypen geklärt und sich für die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts ausgesprochen. Der BGH konnte aber bislang nur einen geringen Teil der juristischen Fragestellungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag entscheiden, so dass fortwährend teilweise hitzige Diskussionen in der Fachliteratur geführt werden.

Mit der Implementierung eines eigenständigen Architekten- und Ingenieurvertragsrechts im BGB möchte der Gesetzgeber ab dem 01.01.2018 diese „Lücke“ schließen und für mehr Rechtssicherheit sorgen. Ob ihm das mit der Schaffung der §§ 650p – 650t BGB gelungen ist, ist aufgrund der sprachlichen Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten der neuen Vorschriften kritisch zu betrachten.

Der Anspruch auf Teilabnahme gem. § 650s BGB

Für erforderlich hielt der Gesetzgeber jedenfalls einen gesetzlichen Anspruch auf Teilabnahme. Weil das derzeit noch anwendbare Werkvertragsrecht eine Teilabnahme nicht vorsieht, musste das Recht auf Teilabnahme zwischen den Parteien vertraglich vereinbart werden.

Mit der neuen Vorschrift soll das geän-

dert werden, die Folgendes regelt:

„Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.“

Gesetzgeberische Begründung für Teilabnahme

Mit der neuen Regelung soll dem Architekten bzw. Ingenieur die Möglichkeit gegeben werden, hinsichtlich der bis dahin erbrachten Leistungen einen Gleichlauf der Verjährungsfristen der Mängelhaftung mit der des Bauunternehmers zu erreichen. In der Gesetzesbegründung finden sich an mehreren Stellen Ausführungen zum Gesetzesentwurf.

Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 18/8486) auf Seite 27: „§ 650r BGB-E räumt Architekten und Ingenieuren ein Recht auf eine Teilabnahme ein, wenn das von ihnen geplante Bauwerk abgenommen ist.“

Auf Seite 34 heißt es: „Architekten und Ingenieure sollen künftig eine Teilabnahme ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer verlangen können (§650r BGB-E). Hierdurch wird die Abnahme der Gesamtleistung am Schluss durch zwei Abnahmen von Teilleistungen ersetzt.“

Die umfassendste Begründung des Gesetzgebers findet sich auf Seite 70: „Die Vorschrift eröffnet dem Architekten oder Ingenieur das Recht, ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Un-



Wenn die Bauarbeiter längst gegangen und nicht mehr greifbar sind, konnten die Architekten bislang für Bauausführungsfehler noch lange haftbar gemacht werden. Durch das Institut der Teilabnahme (§ 650s BGB) soll diese Möglichkeit nun zeitlich begrenzt werden.

ternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der bis dahin erbrachten Architekten - oder Ingenieurleistungen zu verlangen. Damit wird hinsichtlich des überwiegenden Teils der Leistungen des Architekten oder Ingenieurs ein Gleichlauf der Verjährungsfrist der Mängelhaftung mit der des bauausführenden Unternehmers erreicht.

Mit der Regelung soll die ungleiche Belastung von Architekten und Ingenieuren im Rahmen ihrer gesamtschuldnerischen Haftung für Baumängel zusammen mit dem Bauunternehmer reduziert werden. Diese ungleiche Belastung entsteht u.a. dadurch, dass die in Architekten- und Ingenieurverträgen gebündelten unterschiedlichen Leistungen bei einem umfassenden Vertrag beispielsweise auch die Objektbetreuung beinhalten und damit über die eigentliche Bauphase hinausgehen. Dies führt nach geltendem Recht zu einem späteren Beginn der Verjährungsfrist für Architekten- und Inge-

nieurleistungen als beim bauausführenden Unternehmer und in der Folge auch zu einem entsprechend späteren Ende der Frist. Nach dem Ende der Verjährungsfrist für den bauausführenden Unternehmer haften Architekt und Ingenieur weiterhin für die in dieser Phase noch vom Bauherrn geltend gemachten Baumängel, auch wenn diese ggf. überwiegend vom Bauunternehmer zu verantworten sind. Ein Rückgriff des in Anspruch Genommenen auf den Bauunternehmer ist wegen der für diesen Unternehmer dann bereits abgelaufenen Mängelgewährleistungsfrist jedoch nicht mehr möglich. Durch die Einführung eines Rechts auf Teilabnahme wird erreicht, dass die Verjährungsfristen von bauausführendem Unternehmer und Architekten und Ingenieur für ihre bis zur Bauabnahme erbrachten Leistungen nahezu parallel laufen und der Planer nach einer Inanspruchnahme noch die Möglichkeit hat, auf den bauausführenden Unternehmer zurückzugreifen.

Das neue Recht des Architekten oder Ingenieurs, parallel zu der Abnahme der Leistungen des bauausführenden Unternehmers eine Teilabnahme zu verlangen, hat keine praktische Bedeutung, wenn der Architekt oder Ingenieur nicht mit über die Planungs- und Bauüberwachungsphase hinausgehenden Tätigkeiten beauftragt ist. Wenn ein Architekt oder Ingenieur beispielsweise nur mit der Planung des Vorhabens beauftragt war, kann er nach dem Ende seiner Tätigkeiten bereits die (Gesamt-)Abnahme nach § 640 Absatz 1 verlangen. Für diese Fälle ändert sich durch das neue Recht auf Teilabnahme nichts. Hat der Architekt oder Ingenieur von seinem Recht auf Teilabnahme Gebrauch gemacht, schließt sich nach Erfüllung aller geschuldeten Leistungen die Schlussabnahme an.“

Gesetzgeberisches Ziel erreicht?

Der Gesetzgeber verfolgte mit der Schaffung des § 650s BGB das Ziel, einen Gleich-



Das Gefühl der Sicherheit durch den gesetzlichen Anspruch auf Teilabnahme (§ 650s BGB) kann trügerisch sein.

lauf der Verjährungsfristen der Mängelhaftung des Architekten bzw. Ingenieurs und des Bauunternehmers zu erreichen. Dies mit der Begründung, weil die Architekten bzw. Ingenieure bei einer späten Inanspruchnahme durch den Auftraggeber keine Ausgleichsansprüche gegen den mithaftenden Bauunternehmer hätten.

Eine gesetzliche Teilabnahme ist zumindest aus Sicht desjenigen Architekten bzw. Ingenieurs zu begrüßen, der neben der Leistungsphase 8 (Objektüberwachung) auch mit der Leistungsphase 9 (Objektbetreuung) beauftragt ist. Denn dieser könnte mangels vertraglicher Vereinbarung eine Teilabnahme nach der Leistungsphase 8 nicht verlangen, sondern erst die Schlussabnahme mit der Fertigstellung der Objektbetreuungsleistungen der Leistungsphase 9. Dies ist im Regelfall erst mit Eintritt der Verjährung aller Mängelansprüche des Auftraggebers gegen den Bauunternehmer der

Fall. Damit wird die Mängelhaftung des Architekten bzw. Ingenieurs auf nahezu 10 Jahre ausgedehnt.

Die Schaffung des § 650s BGB macht künftig die Vereinbarung der Teilabnahme überflüssig, was die Position der Architekten und Ingenieure verbessert.

Der Gesetzgeber hat allerdings übersehen, dass der beabsichtigte Gleichlauf der Verjährungsfristen nicht nur einen nahezu zeitgleichen Beginn der Verjährungsfristen voraussetzt, sondern auch, dass für einen Gleichlauf zeitgleich Verjährung eintreten müsste. Im Falle des klassischen BGB-Bauvertrags dürfte das noch zutreffen, wenn es sich um Mängel solcher werkvertraglicher Leistungen handelt, die zur Herstellung eines Bauwerks erbracht worden sind und der Architekt bzw. Ingenieur mit Planungs- und/oder Überwachungsleistungen für ein Bauwerk beauftragt ist (§ 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Die Verjährung

der Mängelrechte des Auftraggebers beträgt in diesen Fällen 5 Jahre. Haben sich hingegen die Bauvertragsparteien zur Einbeziehung der VOB/B entschlossen, beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche lediglich 4 Jahre bzw. teilweise sogar nur 2 Jahre (§ 13 Abs. 4 Nr. 1, 2 VOB/B). Schon aus diesem Grund wird ein Gleichlauf der Verjährungsfristen kaum zu erzielen sein, selbst wenn der Verjährungsbeginn mit der neuen Vorschrift nahezu angepasst werden könnte.

Als Begründung für den Gleichlauf der Verjährungsfristen gibt der Gesetzgeber vor, dass dem Architekten bzw. Ingenieur ein Rückgriff auf den gesamtschuldnerisch mithaftenden Bauunternehmer dann nicht mehr möglich sei, wenn hinsichtlich der Mängelrechte des Bauherrn gegen den Bauunternehmer Verjährung eingetreten sei.

Der Gesetzgeber hat dabei allerdings übersehen, dass der gesamtschuldnerische



Ausgleichsanspruch des Architekten gegen den Bauunternehmer aus § 426 Abs. 1 BGB nicht von einer Verjährung des Mängelhaftungsanspruchs des Bauherrn gegen den Bauunternehmer berührt wird. Der Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB unterliegt nach gefestigter Rechtsprechung des BGH einer selbstständigen Verjährung und verjährt innerhalb von 3 Jahren nach der Entstehung der Gesamtschuld. Der Ausgleichsanspruch kann also unter bestimmten Umständen bereits der Verjährung unterliegen, wenn der Bauunternehmer dem Auftraggeber gegenüber noch haftet. In diesem Falle hätte der Architekt auch keinen Vorteil von gleichlaufenden Verjährungsfristen, wenn er in Anspruch genommen wird, während die Gewährleistungsfrist des Auftraggebers gegen den Bauunternehmer noch nicht abgelaufen ist, aber der Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 BGB bereits der Verjährung unterliegt.

Der Gesetzgeber geht somit von falschen Voraussetzungen aus, die ihn zur Schaffung der Teilabnahmeregelung bewogen haben. Mit der Einführung des § 650s BGB wird der Gesetzgeber jedenfalls nicht verhindern können, dass weiterhin nach der Inanspruchnahme des Architekten bzw. Ingenieurs ein Rückgriff auf den Bauunternehmer wegen Verjährung ausscheiden könnte.

Die Rechte der Architekten bzw. Ingenieure hätte der Gesetzgeber eher durch eine Neuregelung der Verjährungsvorschriften zum gesamtschuldnerischen Ausgleichsanspruch stärken können. Das hätte aber womöglich zu einer faktischen Haftungsverlängerung zu Lasten der Bauunternehmer geführt, womit das Problem letztlich nur auf einen anderen Baubeteiligten verlagert worden wäre.

Anwendungsbereich der Vorschrift

Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist eröffnet, wenn der Architekt bzw. Ingenieur neben der Planung auch mit Leistungen der Leistungsphase 8 HOAI (Objektüberwachung) und ggf. 9 (Objektbetreuung) beauftragt ist. Das Recht auf Teilabnahme hat hingegen keine praktische Bedeutung, wenn lediglich Planungsleistungen beauftragt sind. In diesen Fällen bedarf es der Teilabnahme nach § 650s BGB nicht, da unter den Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 BGB eine Abnahme verlangt werden kann, wenn die Planungen vertragsgemäß erbracht sind. Dies wird aus Sicht des Planers zu einem früheren Zeitpunkt der Fall sein.

Allerdings dürfte das Recht auf Teilabnahme auch dem „reinen Bauüberwacher“ verwehrt bleiben. Darauf stellt jedenfalls die Gesetzesbegründung auf Seite 27 ab („§ 650r BGB-E räumt Architekten und Ingenieuren ein Recht auf eine Teilabnahme ein, wenn das von ihnen geplante Bauwerk abgenommen ist.“).

Ob diese Voraussetzung tatsächlich vom Gesetzgeber beabsichtigt ist oder es sich um ein redaktionelles Versehen handelt, ist kaum zu beurteilen. Was den vom Gesetzgeber zu erzielenden Gleichlauf der Verjährungsfristen anbelangt, wäre auch derjenige Architekt bzw. Ingenieur grundsätzlich

schützenswert, der erst aber der Leistungsphase 8 für den Bauherrn tätig geworden ist, während ein anderer die Planungen erbracht hat.

In der Gesetzesbegründung lassen sich aber an zwei weiteren Stellen Anhaltspunkte dafür finden, dass der Gesetzgeber nur dem planenden Architekten bzw. Ingenieur ein Recht auf Teilabnahme gewähren wollte (BT-Drucksache 18/8486, Seite 70: „...der Planer nach einer Inanspruchnahme...“ und „der Architekt oder Ingenieur nicht mit über die Planungs- und Bauüberwachungsphase hinausgehenden Tätigkeiten...“). An einer Begründung für diese Einschränkung fehlt es hingegen.

Anspruchsvoraussetzungen der Vorschrift

Um das Recht auf Teilabnahme ausüben zu können, sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen: „§ 650s BGB Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.“

1. Verlangen nach Teilabnahme

Der in der Vorschrift als Unternehmer bezeichnete Architekt bzw. Ingenieur ist unter bestimmten Voraussetzungen dazu berechtigt, von seinem Auftraggeber eine Teilabnahme der bis dahin erbrachten Leistungen zu verlangen („kann“). Dafür muss er aber sein Verlangen nach Durchführung der Teilabnahme erklären. Da der Architekt die Teilabnahme verlangen „kann“, ist der Auftraggeber nicht automatisch von sich aus zur Teilabnahme verpflichtet, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Abnahmevorschrift des § 640 Abs. 1 BGB, wonach die Pflicht zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werks durch den Besteller nach dessen Wortlaut ausdrücklich kein Abnahmeverlangen voraussetzt („ist verpflichtet“).

Auch wenn für das Verlangen der Teilabnahme keine bestimmte Form vorgeschrie-

ben ist, sollte aus Nachweisgründen die Schrift- oder Textform gewählt werden.

2. Abnahme der letzten Leistung?

Der Anspruch auf Teilabnahme soll erst „*ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers*“ entstehen.

Die Hauptvorschrift zur Abnahme sieht hingegen in § 640 Abs. 1 BGB vor, dass Gegenstand der Abnahme das „*vertragsmäßig hergestellte Werk*“ ist, während § 650s BGB abweichend davon auf die Abnahme der letzten Leistung abstellt.

Eine Begründung für diese Abweichung fehlt. Der Architekt bzw. Ingenieur dürfte jedenfalls auf der sicheren Seite sein, wenn er gemäß § 640 Abs. 1 BGB von der Abnahme des Werks des Bauunternehmers ausgeht.

3. Mehrere Teilabnahmen möglich?

Ferner stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber aufgrund des Wortlauts des § 650s BGB eine einzige oder mehrere Teilabnahmen zulassen wollte. Denn durch die sprachliche Verknüpfung der Begriffe „*des bauausführenden Unternehmers*“ (Singular) und „*der bauausführenden Unternehmer*“ (Plural) durch das Wort „*oder*“, ist diese Frage nicht eindeutig zu beantworten. Es könnte der Eindruck entstehen, dass dem Architekten ein Wahlrecht zusteht, nach Abnahme jeder Bauunternehmerleistung jeweils eine gesonderte Teilabnahme zu verlangen oder nur eine einzige Teilabnahme nach Abnahme der letzten Bauunternehmerleistung.

Diese Auslegung würde dazu führen, dass der Architekt nicht eine einzige Teilabnahme, sondern zu unterschiedlichen Zeitpunkten eine Vielzahl von Teilabnahmen seiner eigenen Leistungen mit sämtlichen Abnahmewirkungen herbeiführen könnte. Dies würde vermutlich zu einer kaum beherrschbaren Aufspaltung der Verjährungsfristen für Mängelansprüche aus einer fehlerhaften Bauüberwachung des jeweiligen Bauunternehmers führen. Diese Sichtweise findet aber in der Gesetzesbegründung eine Stütze. Der Zweck des § 650s BGB soll ja gerade darin bestehen, einen Gleichlauf der Verjährungsfristen zu erzielen. Einen

Gleichlauf kann man aber wohl nur erreichen, wenn sich die Teilabnahme der Architekten- bzw. Ingenieurleistungen zeitnah an die jeweilige Abnahme eines jeden Bauunternehmerwerks anschließt.

Im Hinblick auf die Gesetzesbegründung lässt sich aber auch eine andere Sichtweise gut vertreten. **Denn auf Seite 34 der Gesetzesbegründung heißt es:** „*Architekten und Ingenieure sollen künftig eine Teilabnahme ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer verlangen können.*“

Danach würde § 650s BGB eine einzige Teilabnahme vorsehen.

Auch wurde bereits aufgezeigt, dass der Gleichlauf der Verjährungsfristen in der Praxis regelmäßig nicht zu erzielen sein wird und die Verjährung des Rückgriffsanspruchs davon unberührt bleibt.

Dies könnte für die Durchführung einer einzigen Teilabnahme sprechen, was auch aus praktischen Erwägungen zu begrüßen wäre.

Mit der Schaffung des § 650s BGB soll aber das Recht der Architekten und Ingenieure gestärkt werden. Praktikabilitäts Erwägungen dürfen bei der Auslegung keine Rolle spielen. Daher hält der Verfasser des Beitrags mehrere Teilabnahmen für möglich. Denn nur damit kann jedenfalls aus Sicht des Architekten bzw. Ingenieurs ein nahezu parallel laufender Verjährungsbeginn der Mängelhaftung im Verhältnis zum Bauunternehmer erreicht werden.

4. Maßgebliche Bauleistungen?

Da in der Realität vielfach nicht die Beauftragung eines Generalunternehmers den Regelfall bildet, sondern eine Vielzahl von Bauunternehmen für unterschiedliche Gewerke beauftragt werden, stellt sich die Frage, für welche Bauleistungen eine Abnahme vorliegen muss, um das Recht auf Teilabnahme geltend machen zu können.

Je nach Auftragsumfang schuldet der bauüberwachende Architekt die Grundleistung „*Organisation der Abnahme der Bauleistungen unter Mitwirkung anderer an der Planung und Objektüberwachung*

fachlich Beteiligter, Feststellung von Mängeln, Abnahmeempfehlung für den Auftraggeber“ (Leistungsphase 8, Grundleistung k) gemäß Anlage 10 HOAI). Dabei schuldet der Architekt die Koordinierung der Abnahme z.B. von technischen Anlagen wie Heizung, Lüftung, Sanitär- und Elektroinstallation und dies ggf. durch Fachingenieure zu veranlassen.

Sind diese Bauleistungen daher auch dem Leistungsbereich des planenden Architekten zuzuordnen bzw. für das Verlangen auf Teilabnahme von Bedeutung?

Die Gesetzesbegründung verhält sich zu dieser Frage allenfalls mittelbar (Seite 27): „*§ 650r BGB-E räumt Architekten und Ingenieuren ein Recht auf eine Teilabnahme ein, wenn das von ihnen geplante Bauwerk abgenommen ist.*“

Der Gesetzgeber stellt also auf die Abnahme des vom Architekten bzw. Ingenieur geplanten Bauwerks ab. Maßgeblich für den Anspruch auf Teilabnahme können somit nur diejenigen Bauunternehmerleistungen sein, die er selbst geplant und fachlich überwacht hat.

Für eine abschließende Beantwortung dieser Frage dürfte vor allem von Bedeutung sein, ob nur eine oder sogar mehrere Teilabnahmen nach § 650s BGB zugelassen werden sollen (s.o.). Soll nur eine einzige Teilabnahme möglich sein, dürfte es sachgerechter sein, für den Anspruch auf Teilabnahme maßgeblich auf diejenigen Bauunternehmerleistungen abzustellen, deren Ausführung der Architekt bzw. Ingenieur unmittelbar fachlich überwacht.

5. Berechtigte/unberechtigte Abnahmeverweigerung der Bauunternehmerleistung

Aus Sicht der Architekten bzw. Ingenieure stellt sich auch die Frage, was denn passiert, wenn der Auftraggeber die Abnahme der Bauunternehmerleistungen verweigert. Wird damit auch das Verlangen auf Teilabnahme blockiert?

Erfolgt die Abnahmeverweigerung der Bauleistungen aus Gründen, die der Auftraggeber zu vertreten hat, wird teilweise angenommen, dass sich dieser gegenüber



Der Umgang mit der Möglichkeit der Teilabnahme sollte – nicht nur aus Architektensicht – sorgfältig überlegt sein

dem Architekten bzw. Ingenieur hierauf entsprechend §§ 162, 242 BGB nicht berufen dürfe. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Anspruchs auf Teilabnahme trägt allerdings der Architekt bzw. Ingenieur. Er müsste in diesem Fall auch den Nachweis dafür erbringen, dass der Auftraggeber die Abnahme der Bauunternehmerleistungen nicht verweigern durfte. Der damit verbundene Aufwand und die Beweisschwierigkeiten dürften so erheblich sein, dass viele Architekten bzw. Ingenieure von einer klageweisen Geltendmachung des Teilabnahmeanpruchs absehen werden.

Verweigert der Auftraggeber hingegen die Abnahme aus Gründen, die nicht er und auch nicht der Architekt zu vertreten hat, sondern der ausführende Bauunternehmer, wird es an den Voraussetzungen für eine Teilabnahme fehlen.

Der Architekt bzw. Ingenieur sollte dann alles daran setzen, den Bauunternehmer zu einer Mängelbeseitigung aufzufordern (in Abstimmung mit dem Bauherrn).

6. Folgen des Mängelvorbehalts bei der Abnahme?

Hat der Auftraggeber Kenntnis von Mängeln des Bauunternehmerwerks, muss er sich zur Wahrung seiner Mängelrechte aus § 634 BGB diese ausdrücklich bei der Abnahme vorbehalten. Für den Architekten bzw. Ingenieur stellt sich dann aber die Frage, ob die Teilabnahme auch verlangt werden darf, wenn der Auftraggeber die Abnahme der Bauunternehmerleistungen unter dem Vorbehalt der Mängelrechte erklärt hat und die festgestellten Mängel zum Zeitpunkt des Teilabnahmeverlangens noch nicht beseitigt wurden.

Da bislang höchstrichterlich die Wirkungen einer unter Vorbehalt erklärten Abnahme noch nicht geklärt wurden, ist bei der Beantwortung dieser Frage Zurückhaltung geboten. Das OLG Hamm ist allerdings der Auffassung, dass die Abnahmewirkung trotz eines solchen Vorbehalts eintrete (OLG Hamm, Urteil vom 02.10.2013 - 12 U 5/13). Nach dieser Auffassung dürfte dem Verlangen auf Teilabnahme nichts entgegenstehen.

Der BGH hat mit dem Urteil vom 24.10.1996 - VII ZR 98/94 entschieden, dass bei einem Vorbehalt gemäß § 640 Abs. 2 BGB der Unternehmer, wenn der Besteller das Vorhandensein eines Mangels substantiiert vorträgt, die Beweislast dafür trägt, dass das Werk im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Durch den erklärten Vorbehalt bei der Abnahme findet offensichtlich hinsichtlich der vorbehaltenen Mängel keine Verlagerung der Beweislast auf den Bauherrn statt, so dass der Bauunternehmer weiterhin die Beweislast dafür trägt, dass sein Werk vertragsgemäß ist.

Auch wenn sich der BGH nicht zu den weiteren Abnahmewirkungen bei erklärtem Vorbehalt geäußert hat, sprechen aus Sicht des Verfassers die besseren Argumente gegen das Bestehen eines Anspruchs auf Teilabnahme in einem solchen Fall. Denn

hätte der Bauunternehmer hier seine Leistungen teilweise noch nicht vertragsgemäß erfüllt, könnte das auch auf den Architekten sinngemäß übertragen werden. Denn mangels vertragsgerechter Erfüllung der Bauunternehmerleistungen hätte auch der überwachende Architekt bzw. Ingenieur seine vertraglichen Pflichten ebenfalls noch nicht vollständig erbracht.

Empfehlungen

Dass es bereits vor dem In-Kraft-Treten der Vorschrift zur Teilabnahme nach § 650s BGB eine Vielzahl von Ungereimtheiten gibt, wird Architekten, Ingenieure und Bauherren künftig vor einige Schwierigkeiten stellen. Aber auch Rechtsanwälte werden sich frühzeitig mit diesen Themen zu befassen haben, um den Mandanten ab dem 01. Januar 2018 rechtssichere Handlungsanweisungen mit auf den Weg zu geben, wie mit der neuen Rechtslage umzugehen sein wird.

In einer Vielzahl von Architekten- bzw. Ingenieurverträgen werden bekanntlich die Grundleistungen der HOAI vereinbart. Die Auftragnehmer sind gehalten, eine sorgfältige Dokumentation der Arbeitsstände für die Zeit bis zum Teilabnahmeverlangen und die Zeit danach vorzunehmen. Denn anderenfalls werden sich Unsicherheiten hinsichtlich der teilabgenommenen und der nicht-teilabgenommenen Leistungen kaum vermeiden lassen. In den meisten Fällen wird das Verlangen auf Teilabnahme zu einem Zeitpunkt erfolgen, wenn sich der Auftragnehmer inmitten der Ausführung einer konkreten Grundleistung befinden wird. Dies wird zur Folge haben, dass für eine einheitliche Grundleistung durch die Teilabnahme künftig unterschiedliche Verjährungsfristen für die Mängelrechte des Auftraggebers gelten werden. Das wiederum wird dazu führen, dass zum Zeitpunkt des Teilabnahmeverlangens eine von der HOAI vorgesehene Grundleistung insgesamt noch nicht abgeschlossen sein könnte.

Dies soll einmal an einem Beispiel verdeutlicht werden, das tagtäglich auf Baustellen Realität ist. Der Architekt hat regelmäßig nicht nur die Ausführung eines Gewerks

zu überwachen, sondern mehrere, wie z.B. die Rohbau- und Putzarbeiten. Die Rohbauarbeiten gehen den Arbeiten der Putzer zweifellos voraus, so dass auch die Abnahme der Rohbauarbeiten und die Prüfung der Schlussrechnung des Rohbauunternehmens zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem die Putzarbeiten noch andauern dürften. Nun kann es dazu kommen, dass der Architekt unmittelbar nach der Abnahme der Putzarbeiten die Teilabnahme seiner bis dahin erbrachten Leistungen verlangt. Zu diesem Zeitpunkt wird er regelmäßig die Schlussrechnung des Rohbauunternehmens geprüft haben. Die Schlussrechnung des Putzers wird dem Architekten jedoch zum Zeitpunkt der Teilabnahme zumeist noch nicht vorliegen. Der Architekt kann dann dessen Schlussrechnung erst nach der erfolgten Teilabnahme seiner eigenen Leistungen prüfen. Dieser Bestandteil der Grundleistung „Rechnungsprüfung“ der Leistungsphase 8 wird dann erst Gegenstand der Schlussabnahme seiner Architektenleistungen.

Die Rechte des Auftraggebers wegen Mängeln bei der Rechnungsprüfung unterliegen im geschilderten Fall unterschiedlichen Verjährungsfristen, da auch die zu überwachenden Gewerke nicht zeitgleich fertiggestellt werden.

Ohne eine sorgfältige Dokumentation dürfte es zu kaum überwindbaren Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten kommen, welche Leistungen bereits von der Teilabnahme erfasst sind und welche nicht.

Aus Sicht der Rechtsanwälte dürfte durch die Teilabnahmevorschrift die Bestimmung der Verjährung von Mängelansprüchen massiv erschwert werden. Sollte es an einer entsprechenden Nachverfolgbarkeit der bis zur Teilabnahme erbrachten Leistungen fehlen, wird es kaum möglich sein, verlässliche Verjährungszeitpunkte zu ermitteln.

FAZIT: Es bleibt mit großer Spannung abzuwarten, wie die Praxis, dabei vor allem die Gerichte, mit den vielen ungeklärten Fragen der neuen Vorschrift zur Teilabnahme umgehen wird. Eine große Bürde tragen dabei vor allem die Rechtsanwälte,

die in der Regel als Erstanwender mit den neuen Regelungen arbeiten und rechtliche Beurteilungen abgeben müssen. ■



Timo Siemer LL.M. ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.



Nachjustierung zur gesamtschuldnerischen Architektenhaftung bei Fehlen der Fristsetzung zur Nacherfüllung an den Bauunternehmer

von Rechtsanwalt Johannes Jochem, RJ Anwälte Jochem Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden

So mancher Architekt, Kammern und diverse Verbände mögen schon Jubelsprünge machen: „Endlich ist die gesamtschuldnerische Haftung der Architekten weg!“ Doch Vorsicht gegenüber allzu schnellen Schlussfolgerungen ist geboten, ganz abgesehen von dem damit einhergehenden Wegfall des Gesamtschuldnerausgleichsanspruchs. Ab 1.1.2018 wird Titel 9. „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ den Untertitel 2. „Architektenvertrag und Ingenieurvertrag“ zwar die Vorschrift des § 650t mit der amtlichen Überschrift „Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer“ enthalten. In vielen Fällen wird sich für Architekten hierdurch womöglich nichts ändern. Bauunternehmer hingegen dürften die Existenz der Vorschrift begrüßen.

I. Einführung: Bestandsaufnahme

Die gesetzliche Regelung wird lauten:

(§ 650t Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer) *Nimmt der Besteller den Unternehmer wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.*

Hiermit existiert erstmalig eine gesetzli-

che Vorschrift speziell zur baurechtlichen Gesamtschuld. Die geltende Fassung des BGB kannte keine Vorschrift, die sich ausdrücklich mit der Thematik der Gesamtschuld der am Bau beteiligten Personen befasst. Das Gesetz kannte in § 421 BGB nur die „normale“ bzw. „allgemeine“ Gesamtschuld, die besteht, wenn mehrere eine Leistung schulden, die der Gläubiger nur einmal fordern darf. Bauausführende Unternehmer schulden – jedenfalls – ein körperliches Werk. Was Architekten/Ingenieure schulden, ist umso schwieriger auf den Punkt zu bringen, je intensiver man sich mit der Frage befasst,¹ dürfte aber – jedenfalls – ein unkörperliches Werk, ein geistiges Werk sein² und jedenfalls gerade nicht das körperliche Bauwerk. Erst in der Haftung schulden beide die gleiche Leistung, die nach der Rechtsprechung aus den 1960er Jahren in der Kompensation für den Mangel besteht und zwar unabhängig davon, ob dies durch Nacherfüllung, Selbstvornahme, Minderung oder Schadensersatz durch den Unternehmer oder Schadensersatz durch den Architekten/Ingenieur erfolgt.³ Auf einer ersten Stufe ist also zu beurteilen, ob ein Architekt/Ingenieur aufgrund eines eigenen Versäumnisses gegenüber dem Bauherrn haftet. Eine Fragestellung dahingehend, ob ein Architekt oder Ingenieur „wegen“ oder „aufgrund“ der Haftung des Bauunternehmers (mit-)haftet ist verfehlt und unerheblich, denn seine Haftung kann immer nur

bestehen, wenn ein eigener Fehler im Rahmen der eigenen Tätigkeit besteht. Allein für die zweite Stufe ist zu prüfen, ob zusätzlich ein Bauunternehmer oder Handwerker gegenüber dem Bauherrn haftet. Nur wenn der Bauherr mehrere Schuldner in Anspruch nehmen kann, besteht eine Gesamtschuld seiner unabhängig von einander haftenden Schuldner. Hiermit geht für den in Anspruch genommenen Gesamtschuldner ein Innenverhältnis gemäß § 426 BGB einher, nach dessen zwei Absätzen ein Gesamtschuldnerausgleich erfolgen kann. In vielen Fällen heißt dies, dass der in Anspruch genommene Gesamtschuldner von dem oder den weiteren Gesamtschuldner(n) eine Quote zu gleichen Teilen oder nach Schwere des jeweiligen Verursachungsbeitrages zur Zahlung an sich verlangen kann, damit er in wirtschaftlicher Betrachtung nicht auf dem Schaden sitzen bleibt, obwohl auch noch andere Mitverursacher bestehen, die wirtschaftlich auch zu beteiligen wären. Diese wirtschaftliche Beteiligung soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht den Geschädigten belasten, sodass er dies nicht organisieren muss. Die Rechtsprechung hat die baurechtliche Gesamtschuld deswegen „erfunden“, weil die Alternative gewesen wäre, dass der in Anspruch genommene Gesamtschuldner ansonsten wirtschaftlich in voller Höhe alleine dasteht. Diese Rechtsprechung wurde jetzt durch den Gesetzgeber bestätigt. In ihrer Historie



Die gesamtschuldnerische Haftung des Architekten mit dem bauausführenden Unternehmen ist mit dem Bauvertragsgesetz lediglich modifiziert worden.

hatte die Rechtsprechung andere Varianten der rechtlichen Lösung des wirtschaftlichen Mehrpersonenverhältnisses ausprobiert, im Ergebnis aber aufgegeben.

II. Beginn der Rechtsprechung zur baurechtlichen Gesamtschuld

Früher existierten mehrere obergerichtliche Entscheidungen, die nach Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls eine gesamtschuldnerische Haftung des Architekten ablehnten. Beginnen wir mit Entscheidungen des BGH

aus den 1960er Jahren.⁴

1. BGH, Urteil vom 2. Mai 1962: Haftung des Architekten „vielleicht“, Gesamtschuld „nein“, Ausgleichsanspruch „nein“.

Eine mittlerweile aufgegebene Rechtsprechung aus dem Jahre 1962 legte dem Bauherrn eine besondere Rücksichtnahme gegenüber seinem Architekten auf, wonach in der Regel der Bauunternehmer auf Nachbesserung in Anspruch zu nehmen

sei, wenn und weil dies günstiger sei. Ansonsten verletzte der Bauherr das Gebot des § 242 BGB, das auch in § 254 BGB Niederschlag gefunden habe, sodass er sich rechtsmissbräuchlich verhalte, mit der Folge einer Kürzung des Anspruchs der Höhe nach ggf. bis zum Entfall des dem Grunde nach bestehenden Anspruchs gegen den Architekten. Zu dieser Wertung sah sich der BGH gezwungen, weil Architekt und Bauherr nach damaliger Rechtsprechung **keine** Gesamtschuldner gewesen seien und deswegen

ein Architekt **keinen** Ausgleich gemäß § 426 BGB hätte erlangen können. Er hätte daher den Schaden ganz alleine zahlen müssen und der Handwerker (im zur Entscheidung stehenden Fall ein Zimmermann, der ein Dachgerüst auf Basis mangelhafter Pläne mangelhaft erstellt hatte) wäre „fein raus“ gewesen. Die Ausführungen des Urteils geben zu erkennen, dass es sich bei dem zu entscheidenden Einzelfall nicht um einen Extremfall handelt und sich die Gedankenführung zur Verhaltenspflicht des Bauherrn gemäß § 242 BGB nicht auf die Regelfälle des Bauens übertragen lässt. So zum Beispiel in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Juli 2007⁵, die zunächst ausdrücklich die Entscheidung aus dem Jahre 1963 bestätigt und somit die Möglichkeit, auf Treuwidrigkeit zu erkennen, wenn eine besonders billige Heranziehung eines anderen Gesamtschuldners zum Greifen nahe ist. In einem weiteren Hinweis bestätigt es zudem die Möglichkeit, auf Treuwidrigkeit zu erkennen, wenn der „Gläubiger arglistig handelt, wenn also sein Vorgehen im Hinblick auf die besonderen Umstände des Falles sich als Missbrauch seines Rechts darstellen würde, die Leistung nach Belieben von jedem Schuldner zu fordern. Als rechtsmissbräuchliches Verhalten wäre das Verhalten des Gläubigers anzusehen, wenn er sich nur deswegen an einen von mehreren Gesamtschuldnern halten und ihm das Regressrisiko aufbürden würde, weil er aus missbilligenswerten Motiven die Absicht hat, gerade diesen Schuldner zu belasten.“ Im zu entscheidenden Fall waren diese hohen Hürden entsprechender Extremfälle nicht gegeben, weswegen es bei der ganz normalen baurechtlichen Gesamtschuld verblieb.

2. BGH, Urteil vom 2. Mai 1963: Haftung des Architekten „ja“, Gesamtschuld „nein“, Ausgleichsanspruch „ja“

Ein Jahr nach der Entscheidung des Jahres 1962 verschärfte der BGH die Architektenhaftung durch Anheben der Hürde des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Bauherrn. Er begründete dies mit dem Ge-

danken, dass ein Architekt doch nicht so schutzwürdig sei, wie ein Jahr früher noch angenommen. Denn es bestünden zwar **keine** Gesamtschuld und deswegen auch kein Ausgleichsanspruch des Architekten gegen den Bauunternehmer nach § 426 BGB. Aber es kämen **andere** „*Ausgleichsansprüche*“ nach Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 683 BGB andernfalls nach § 812 BGB in Betracht. Deswegen sei die vorherige Inanspruchnahme des Bauunternehmers nur in besonderen Ausnahmefällen von Belang. Denn keinesfalls sei es dem Bauherrn zuzumuten, sich nennenswerten Schwierigkeiten bei Durchsetzung seiner Ansprüche gegen den Unternehmer auszusetzen. Im zu entscheidenden Einzelfall haftete der überwachende Architekt wegen Rissen in einer Kellerdecke und Fußbodenbelag wegen fehlerhafter Bewehrung. Der Bauunternehmer machte dem Bauherrn bei einer Inanspruchnahme „*erhebliche Schwierigkeiten*“ und war nicht „*ohne weiteres bereit (...), den Schaden zu beheben*“. ⁶

3. BGH Beschluss Großer Senat für Zivilsachen vom 01.02.1965⁷ Haftung des Architekten „ja“, Gesamtschuld „ja“, Ausgleichsanspruch „ja“

Diesen Gedanken zur Einschränkung der Bauherrenrechte und zu Ausgleichsansprüchen jenseits des gesamtschuldnerischen Innenausgleichs gemäß § 426 BGB versetzte der Große Senat für Zivilsachen in seiner Grundsatzentscheidung eine Abfuhr. Seitdem besteht die baurechtliche Gesamtschuld mit dem Ziel, dem Architekten und Ingenieur einen Ausgleichsanspruch zu verschaffen, damit er nicht auf dem Gesamtschaden sitzen bleibt, wenn der Bauherr sich entscheidet, ihn in voller Höhe in die Haftung zu nehmen und nicht den Bauunternehmer.

III. Ausblick: § 650t BGB als zukünftig geltendes Recht neben dem Recht der Gesamtschuld

Die seit der Entscheidung des Großen Senats bestehende Rechtslage ist nun durch den Gesetzgeber bestätigt und für einen Teilaspekt modifiziert worden. Die bereits zitierte Regelung enthält in der Überschrift

das Stichwort „*Gesamtschuldnerische Haftung*“. Der Anwendungsbereich ist jedoch begrenzt. Zunächst bezieht sich die Vorschrift nur auf **bauüberwachende** Architekten/Ingenieure und nicht auf planende.⁸ Inhaltlich besagt sie außerdem nicht, dass ein Gesamtschuldverhältnis nicht bestünde.⁹ Sie verhindert damit nicht eine gesamtschuldnerische Haftung des Bauüberwachers dem Grunde nach. Was ist also Zweck und Wirkung der neuen Vorschrift? § 650t BGB gibt dem Architekten/Ingenieur ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn auch ein ausführender Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Das Leistungsverweigerungsrecht dürfte sich allerdings als stumpfes Schwert herausstellen, wenn der Bauunternehmer nicht „ohne weiteres bereit ist, den Schaden zu beheben“, ein Zustand, wie ihn die Rechtsprechung seit den 1960er Jahren kennt¹⁰ und die Baupraxis auch. Wird also eine Frist gesetzt, die erfolglos verstreicht, ist der Mehrwert der neuen Regelung gleich null. Die Fristsetzung bzw. deren Ablauf kann zudem neben einem Gerichtsverfahren gegen den Architekten/Ingenieur noch bis zum Ablauf der letzten mündlichen Verhandlung erfolgen.

In Einzelfällen mag sich womöglich darüber gestritten werden, ob die Frist „dem richtigen“ Bauunternehmer oder allen in Betracht kommenden Bauunternehmern gesetzt wurde. Vorsorgliche „Massenfristsetzungen“ auch an abwegige Adressaten werden ggf. zu eigenen Streitigkeiten oder Diskussionen des sich verteidigenden „unschuldigen“ Unternehmers führen. Außerdem verhindert die neue Regelung nicht die Geltendmachung von Ansprüchen des nacherfüllenden gesamtschuldnerisch haftenden Bauunternehmers gemäß § 426 BGB gegenüber dem bauüberwachenden Architekten. Die Haftung des Architekten/Ingenieurs aufgrund eigener Pflichtverletzung bleibt also eine altbekannte baurechtliche Gesamtschuld im Sinne des § 426 BGB und keine subsidiäre Haftung. Dennoch ist die neue Regelung sinnvoll, da sich

eine Vielzahl der in der Praxis vorkommenden Fälle durch Nacherfüllung des (einsichtigen) Bauunternehmers oder Handwerkers lösen lassen und eine Inanspruchnahme des Architekten in der Vergangenheit gelegentlich als vorschnell anmutete.¹¹ Außerdem löst die neue Regelung das Problem, dass die Grundlage zur betragsmäßigen Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Architekten gegenüber dem „nichtfristgesetzten“ Bauunternehmer geringer ist, als der von ihm tatsächlich gezahlte Betrag.¹² Eine im Schrifttum schon lange geforderte Kurskorrektur¹³ hat damit zumindest begonnen. ■

1 Vgl. Gedankenansätze von: Rath, FS Thode, 487 (491f) „Der Architekt schuldet das Entstehenlassen eines mangelfreien Bauwerks – Kritische Anmerkungen zu einer gängigen Behauptung, Überlegungen einer Neubestimmung“; R. Jochem in FS Koeble, 347 (351f), „Brauchen wir ein Planungsrecht für Architekten und Ingenieure?“ und J. Jochem, FS R. Jochem, 213ff, „Die Nacherfüllung des Architekten, Schadensersatz statt der Leistung und neben der Leistung“. Zu Widersprüchen in der Rechtsprechung vgl. Geck, FS Jochem, 177-203 (177-183) „Naturalrestitution durch den Architekten?“.

2 Die Reform des Bauvertragsrechts hält in § 650p übrigens zwei Definitionen parat. Abs. 1: Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen. Abs. 2: Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.

3 BGH Beschluss Großer Senat für Zivilsachen vom 01.02.1965 Az.: GSZ 1/64, BGHZ 43, 227 = NJW 1965, 1175: „Im Hinblick darauf, daß Architekt und Bauunternehmer in einer engen rechtlichen Zweckgemeinschaft verbunden sind, daß die von ihnen geschuldeten Leistungen nicht völlig verschieden sind, daß vielmehr auch die Verbindlichkeit desjenigen, der den Mangel in natura zu beseitigen hat, zu einer Verpflichtung, Schadensersatz in Geld zu leisten, werden kann, ist hier ein Gesamtschuldverhältnis anzunehmen, obwohl Architekt und Bauunternehmer verschiedene Leistungen schulden.“

4 BGH, Urteil vom 7.5.1962, Az.: VII ZR 7/61, NJW 1962, 1499; BGH, Urteil vom 2. Mai 1963, Az.: VII ZR 171/61, BGHZ 39, 261ff.

5 BGH, Urteil vom 26.7.2007, Az.: VII ZR 5/06, NZBau 2007, 721.

6 Beides: BGH, Urteil vom 2.5.1963, Az.: VII ZR 171/61, BGHZ 39, 261ff.

7 Az.: GSZ 1/64, BGHZ 43, 227 = NJW 1965, 1175.

8 Bundesrat Drucksache 123/16, 78: „Diese Beschränkung, die Planungsmängel nicht in den Anwendungsbereich des Leistungsverweigerungsrechts einbezieht, ist dadurch gerechtfertigt, dass der Architekt oder Ingenieur in diesen Fällen die Hauptursache für den Mangel gesetzt hat.“ Ebenso: Bundestag Drucksache 18/8486, 71.

9 Bundesrat Drucksache 123/16, 79. Ebenso: Bundestag Drucksache 18/8486, 71.

10 So die Formulierung in: BGH, Urteil vom 2.5.1963, Az.: VII ZR 171/61, BGHZ 39, 261ff.

11 Preussner, in: BauR 2015, 345-358 (353), „Die „Chance zur zweiten Andienung“, insbesondere in Drei- und Mehrpersonenverhältnissen“ nennt die regelmäßige Praxis „paradox“ und verweist auf eine „überproportionale Belastung“, die auch die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesjustizministerium erkannt hat, jetzt: BR-Drucksache, 123/16, 25 und 78. Auch Langen, in: NZBau 2015, 2-8 und 71-78 (74) „Gesamtschuld der Planungs- und Baubeteiligten – Eine kritische Bestandsaufnahme“ nennt Kritik in diesem Bereich „nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen“. Tomic, in: FS Jochem, 235-335 (327), „Haftungsfällen im Zusammenhang mit der Gesamtschuld“, nennt weitere Fundstellen und meint, Unmutsäußerungen in der Literatur seien im Kern berechtigt. Ganten, in BauR 1975, 177-184 (181), „Gibt es doch eine gesetzliche Subsidiärhaftung des bauleitenden Architekten?“ verweist auf ein „Billigkeitsempfinden“. Scholtissek, in: NZBau 2007, 767-768 (767), „Der Fluch der gesamtschuldnerischen Haftung zwischen Architekt und Unternehmer“ verweist auf die für Bauherrn immer attraktiver gewordene Inanspruchnahme des Architekten wegen des hinter ihm stehenden solventen Versicherers.

12 Vgl. hierzu: Voit, in: BauR 2011, 392-403 (401f), „Der Nacherfüllungsanspruch und Nacherfüllungsbefugnis im Gesamtschuldnerausgleich“ sowie Glöckner, in: BauR 1997, 529-539 (539), „Zurück zur Subsidiärhaftung des Architekten bei konkurrierender Gewährleistungsverpflichtung ei-

nes Bauunternehmers?“.

13 Vgl. Preussner, aaO, 354 und Preussner, NZBau 2017, 65-66, „Editorial – Die Chance zur zweiten Andienung“ mit Verweis auf eine quotale Haftung in Österreich und Preussner, in BauR 2014, 751-763, „Steter Tropfen höhlt den Stein – Zum Gesamtschuldverhältnis zwischen Architekt und Unternehmer“ mit der damaligen Forderung sich gegenüberstehender konkurrierender Ansprüche, wie es in England praktiziert werde [mit Hinweis auf Lembcke, Gesamtschuldnerische Haftung der Baubeteiligten – Entwicklungsalternativen am Beispiel der Haftung des Architekten in England, VersR 2007, 1479]; Kirberger, in FS Koeble, 115-123 „Gestörter“ Gesamtschuldnerausgleich bei Bestehen eines Mangelbeseitigungsrechts“.



Johannes Jochem ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.



Sicherheiten für die Bauvertragsparteien

von RA Marco Röder und RAin Jennifer Essig, Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte PartG mbB, Karlsruhe

Das neue Bauvertragsrecht greift nur moderat in die bisherigen gesetzlichen Regelungen zu den Sicherheiten für die Bauvertragsparteien ein. Die gravierendste Änderung liegt sicher in der Vorschrift des neuen § 650m BGB. Diese Vorschrift führt dazu, dass einerseits Verbrauchern nun eine Sicherheit in Höhe von 15 % der Gesamtvergütung zur Verfügung steht und andererseits durch den Unternehmer vom Verbraucher maximal eine Sicherheit in Höhe von 20 % der Gesamtvergütung gefordert werden kann. Ansonsten ergeben sich nur sehr geringfügige Änderungen gegenüber den bisherigen Regelungen. Insbesondere die in der Praxis wichtigen – und regelmäßig in AGB vereinbarten – Vertragserfüllungs- und Mängelsicherheiten sind nach wie vor nicht gesetzlich geregelt.

I. Sicherheiten des Unternehmers

1. Sicherungshypothek des Bauunternehmers, § 650e BGB

§ 650e BGB regelt den Anspruch des Unternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers, der sich bislang aus § 648 Abs. 1 BGB a.F. ergab. Der Anwendungsbereich des § 650e BGB wurde gegenüber der Altfassung leicht erweitert: Nunmehr ist auch der Unternehmer einer **Außenanlage** in den Kreis der Anspruchsberechtigten mit einbezogen worden. Das ergibt sich aus der Definition des Bauvertrages in § 650a Abs. 1 BGB, auf den § 650e BGB Bezug nimmt. Diese Änderung hat der Gesetzgeber bewusst herbeigeführt, wie sich aus den Motiven ergibt (BR-Drs. 123/16, Seite 64). Auch der

Abbruchunternehmer genießt nunmehr den Schutz des § 650e BGB, da § 650a BGB ausdrücklich auch die Beseitigung eines Bauwerks als Bauvertrag einordnet. Der **Gerüstbauer** dürfte dagegen weiterhin nicht in den Schutzbereich der Norm einbezogen sein, da der Gerüstbauer keine Bauleistung im Sinne des § 650a BGB erbringt und der Vertrag über die Stellung eines Gerüsts regelmäßig als Mietvertrag eingeordnet wird.

Für **Architekten, Ingenieure und Baubetreuer** galt bislang, dass sie nur dann Berechtigte waren, soweit sie werkvertragliche Leistungen erbrachten, die sich im Bauwerk verkörperten. Daraus folgte auch, dass der Vergütungsanspruch für solche Planungsleistungen, die nicht zur Ausführung kamen, nicht vom Schutzbereich des § 648 BGB a.F. erfasst war. Nunmehr ergibt sich die Anwendung des § 650e BGB jedenfalls für Architekten und Ingenieure über den Verweis aus § 650q Abs. 1 BGB. Eine Einschränkung, dass nur die Planung, die sich im Bauwerk verkörpert, sicherungsfähig sein soll, ergibt sich aus dem Verweis nicht. Somit kann auch die Vergütung für zusätzliche Planungsleistungen, etwa einen zweiten Entwurf, vom Schutzbereich des § 650e BGB umfasst sein. Für den Baubetreuer dürfte sich nichts ändern: Seine Tätigkeit kann nur insoweit sicherungsfähig sein, als es sich um Leistungen der Planung und Überwachung im Sinne des § 650p BGB handelt. Für diesen Teil der Leistung muss ebenfalls der Verweis in § 650q Abs. 1 zum Tragen kommen.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber lediglich geringfügige redaktionelle Änderungen vorgenommen. Es bleiben die altbe-

kannten Schutzlücken des § 648 BGB a.F., die der Gesetzgeber wohl bewusst nicht geschlossen hat: **Subunternehmer**, die nicht direkt vom Bauherren beauftragt sind, gehören nach wie vor nicht zu dem berechtigten Personenkreis.

An dem Erfordernis der **Identität** zwischen Besteller und Eigentümer hat der Gesetzgeber keine Änderung vorgenommen. Es bleibt also bei dem altbekannten Problem, dass im Regelfall eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gerade nicht vorgenommen wird, sondern es auf die formale Beurteilung im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs ankommt.

Auch in Bezug auf den **sicherungsfähigen Anspruch** hat sich der Gesetzgeber nicht zu einer Änderung entschließen können. Es bleibt wie bei § 648 BGB a.F. dabei, dass der Unternehmer nur eine Sicherung des Werklohns für die bereits erbrachte Werkleistung beanspruchen kann. Bei Mängeln besteht der Anspruch daher auch nur in der Höhe, in der der Wert des Grundstücks gesteigert ist, weshalb der einfache Betrag der Mangelbeseitigungskosten vom Werklohn abzuziehen ist. Die Bedeutung des § 648 BGB a.F. war wegen der sich daraus ergebenden Schwierigkeiten bei der Geltendmachung des Anspruchs und aufgrund der Tatsache, dass in der Regel nur eine nachrangige – und damit in ihrem Wert sehr fragwürdige – Sicherheit erlangt werden konnte, in der Praxis äußerst gering. Trotz der geringfügigen Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten dürfte auch § 650e BGB – wie bereits § 648 BGB a.F. – daher kaum mehr als ein Schattendasein führen.



Gegenstück für die Vorleistungspflicht des Bauunternehmers: Sicherheit nach § 650a, 650f BGB.

2. Bauhandwerkersicherung, § 650f BGB

§ 650f BGB regelt den Anspruch des Unternehmers auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherung, der sich bislang aus § 648a BGB a.F. ergab. Auch der Anwendungsbereich des § 650f BGB wurde gegenüber der Altfassung leicht erweitert: Auch der **Abbruchunternehmer** genießt nunmehr den Schutz des § 650f BGB, da § 650a BGB ausdrücklich auch die Beseitigung eines Bauwerks als Bauvertrag einordnet. Im Übrigen kann bezüglich des Kreises der Anspruchsberechtigten auf die Ausführungen zu § 650e BGB verwiesen werden.

Eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des bisherigen § 648a BGB a.F. ergibt sich aus der Ausweitung des Verbraucherprivilegs. Während § 648a Abs. 6 BGB a.F. natürliche Personen, die maximal ein Einfamilienhaus mit oder ohne Einliegerwohnung errichten ließen, ausnahm, ist gemäß § 650f Abs. 6 Nr. 2. BGB nunmehr jeder **Verbraucher** von dem Anwendungsbereich ausgenommen, sofern es sich bei dem Bauvorhaben um einen Verbraucherbauvertrag im Sinne des § 650i BGB oder um einen Bauträgervertrag nach § 650u BGB handelt. Damit fällt nunmehr auch der Bau eines Mehrfamilienhauses durch einen Verbraucher aus dem Anwendungsbereich des § 650f BGB.

Im Übrigen liegen auch bei § 650f BGB lediglich geringfügige redaktionelle Änderungen vor, sodass davon auszugehen

ist, dass die bisherige Rechtsprechung zu § 648a BGB auf den neuen § 650f BGB übertragbar ist.

3. Vertragserfüllungssicherheit des Unternehmers

Die Vertragserfüllungssicherheit des Unternehmers ist - nach wie vor - nicht gesetzlich geregelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Vereinbarung von Sicherheiten über 100 % der Vergütung angesichts des Vorleistungsrisikos des Unternehmers auch in AGB und selbst gegenüber Verbrauchern nicht zu beanstanden (BGH, Urteil vom 27.05.2010 - VII ZR 165/09).

Für **Verbraucherbauverträge** wird mit dem neuen § 650m Abs. 4 BGB nun die Möglichkeit des Unternehmers **eingeschränkt**, vom Verbraucher eine Vertragserfüllungssicherheit zu verlangen. Es ist ausdrückliche Intention des Gesetzgebers, (nur) bei Verbraucherbauverträgen das Recht des Unternehmers auf Sicherheitsleistung auf das jeweilige Vorleistungsrisiko zu beschränken. Macht der Unternehmer von der Möglichkeit Gebrauch, Abschlagszahlungen zu verlangen, so geht der Gesetzgeber davon aus, dass das Vorleistungsrisiko des Unternehmers nur in Höhe der nächsten Abschlagszahlung besteht (BR-Drs. 123/16, Seite 70). Daher wird nur in den Fällen, in denen der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangt, der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheitsleistung

der Höhe nach auf die nächste Abschlagszahlung, maximal jedoch auf 20 % der Gesamtvergütung beschränkt.

II. Sicherheiten des Bestellers

1. Vertragserfüllungssicherheit des Verbrauchers, § 650m

Mit § 650m Abs. 1 BGB wird eine neue Schutzvorschrift für Verbraucher eingeführt. Sie sieht vor, dass der Unternehmer vom Verbraucher über Abschlagszahlungen maximal 90 Prozent der vereinbarten Vergütung verlangen kann. Der Gesetzgeber möchte ausweislich der Motive der Gefahr vorbeugen, dass es durch überhöhte Abschlagsforderungen zu „*versteckten Vorauszahlungen*“ kommt, da der fachlich unkundige Verbraucher nicht ersehen könne, ob die Höhe der Abschlagsforderung korrekt ermittelt wurde (BR-Drs. 123/16, Seite 69). Die Vorschrift legt allerdings nur die Obergrenze für die Gesamtsumme fest, die der Unternehmer vom Verbraucher als Abschlagszahlungen fordern kann. Eine Begrenzung der einzelnen Abschlagsforderungen auf 90 % des jeweiligen korrekten Wertes ist nicht vorgesehen.

Das ergibt sich auch aus dem Zusammenspiel mit dem bisherigen § 632a Abs. 3 BGB a.F., der nun in § 650m Abs. 2 und 3 BGB geregelt ist. Diese Vorschrift verpflichtet den Unternehmer, dem Verbraucher bei der Stellung der ersten Abschlagsrechnung eine Sicherheit in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel zu leisten. Wird eine Sicherheit nicht gestellt, so ist der Verbraucher wie bisher berechtigt, 5 % der Gesamtvergütung von der ersten Abschlagszahlung einzubehalten. Die Verlagerung der Regelung in das Kapitel 3 „Verbraucherbauvertrag“ hat rein systematische Gründe. Eine inhaltliche Änderung des bislang geltenden Rechts war nicht Intention des Gesetzgebers.

Zu beachten ist, dass die Regelungen in § 650m Abs. 1 BGB und § 650m Abs. 2 BGB **nebeneinander** gelten. Das bedeutet, dass der Unternehmer, der keine Vertragserfüllungssicherheit nach § 650m Abs. 2

leistet, über Abschlagszahlungen lediglich 85 % der Gesamtvergütung in Rechnung stellen kann, nämlich 90 % nach § 650m Abs. 1 BGB abzüglich der als Sicherheit einbehaltenen weiteren 5 % nach § 650m Abs. 2 BGB.

2. Vertragserfüllungssicherheit des Bestellers

Nach wie vor nicht gesetzlich geregelt ist das in der Praxis wichtige Instrument der Vertragserfüllungssicherheit des Bestellers, der nicht Verbraucher ist. Es geltend daher die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien weiter. In Individualvereinbarungen – die in der Praxis wohl kaum vorkommen – kann jede Form der Vertragserfüllungssicherheit bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit vereinbart werden. Absicherungen in Höhe von 100 % der Gesamtvergütung sind möglich (BGH, Urteil vom 24.09.1998 - IX ZR 371/97).

In AGB des Bestellers sind die Beschränkungen der Rechtsprechung zu beachten. Die Vereinbarung einer Sicherheit, die 10 % der Gesamtvergütung übersteigt, ist nach der Rechtsprechung des BGH nichtig. Die Nichtigkeit kann sich auch daraus ergeben, dass die Gesamtbelastung des Unternehmers bei der Kumulation von unterschiedlichen Klauseln das Maß des Angemessenen überschreitet. Das ist z.B. bei einer Regelung der Fall, die neben der Vertragserfüllungssicherheit von 10 % auch eine Beschränkung der Abschlagszahlungen vorsieht (BGH, Urteil vom 09.10.2010 - VII ZR 7/10).

Das neue Bauvertragsrecht dürfte auf diese Rechtsprechung keinen Einfluss haben. Insbesondere können die Regelungen in § 650m BGB, die dem Verbraucher faktisch eine Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 15 % an die Hand geben, nicht dazu führen, dass ab dem 01.01.2018 Vertragserfüllungssicherheiten von 15 % in AGB des Bestellers, der nicht Verbraucher ist, vereinbart werden. Denn die Regelungen in § 650m BGB gelten nur für Verbraucherverträge und können somit keinen Leitbildcharakter für die sonstigen Bauverträge beanspruchen. Im Übrigen hat die Rechtsprechung bereits dem bisherigen

§ 632a Abs. 3 BGB a.F. diesbezüglich keine Leitbildfunktion zugestanden (BGH, Urteil vom 07.04.2016 - VII ZR 56/15)

3. Mängelsicherheit des Bestellers

Ebenfalls nicht geregelt ist das in der Praxis besonders wichtige Instrument der Sicherung der Mängelansprüche des Bestellers. Hier sind die Beschränkungen zu beachten, welche die Rechtsprechung für die Vereinbarung von Mängelsicherheiten in AGB des Bestellers entwickelt hat. Nach der Rechtsprechung darf die Höhe der Sicherheit 5 % der Abrechnungssumme nicht deutlich überschreiten, wobei 7 % zu viel sind (BGH, Urteil vom 01.10.2014 - VII ZR 164/12). Ferner ist zu beachten, dass auch das Zusammenwirken von Vertragsbestimmungen dazu führen kann, dass die Vereinbarung der Mängelsicherheit nichtig ist. Hier sind aus jüngerer Zeit insbesondere die Urteile des Bundesgerichtshofes zur unzulässigen Kumulation von Vertragserfüllungssicherheit und Mängelsicherheit (BGH, Urteil vom 22.01.2015 - VII ZR 120/14), zur Notwendigkeit der Teilhaftung der Sicherheit bei Verlängerung der Verjährungsfristen über die gesetzlichen Fristen hinaus (BGH, Urteil vom 26.03.2015 - VII 92/14) und zur Unzulässigkeit, die Ablösung des Sicherheitseinhalts von der Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel abhängig zu machen (BGH, Urteil vom 30.03.2017 - VII ZR 170/16), zu berücksichtigen.

FAZIT: Das Recht der Sicherheiten für die Bauvertragsparteien erfährt für Verbraucherverträge Veränderungen zu Gunsten des Verbrauchers und zu Lasten der Unternehmer. Einerseits wird die Möglichkeit des Unternehmers noch weiter eingeschränkt, vom Verbraucher eine Sicherheit zu erlangen, andererseits erhält der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer faktisch eine Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 15 %. Im Übrigen wird das Recht der Sicherheiten für die Bauvertragsparteien nur geringfügig geändert. Das besonders bedeutsame Feld der Mängelsicherheit ist – leider – weiterhin völlig ohne spezialgesetzliche Regelung und der Fortentwicklung durch die Rechtsprechung überlassen. ■



Marco Röder ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.



Jennifer Essig ist Rechtsanwältin und auf das private Baurecht spezialisiert.



Der Gesetzgeber hat den „Bauträgervertrag“ zwar als eigenständigen Vertragstyp eingeführt, aber – trotz enormem Regelungsbedarf – nicht geregelt.

Das „Neue Bauträgerrecht“

von RA Dr. Walter Müller, Leinen & Derichs Anwaltssozietät, Köln/Berlin



In dem zum 01.01.2018 in Kraft tretenden neuen Bauvertragsrecht finden sich auch Regelungen zum Bauträgervertrag, der bislang im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) nicht erwähnt war, obwohl es Bauträgermaßnahmen in vielfältigster Form seit vielen Jahrzehnten gibt. Die dabei aufgetretenen Rechtsfragen wurden durch die Gerichte einer Klärung zugeführt, ohne dass nach einem Eingreifen des Gesetzgebers gerufen wurde. Bedurfte es daher überhaupt einer gesetzlichen Regelung?

Eine solche enthalten die §§ 650u und v, die jetzt neu in das BGB eingestellt werden, bei genauer Betrachtung nicht: die zahlreichen Rechtsfragen, die sich bei Bauträgermaßnahmen aktuell stellen, sind in den beiden Vorschriften nicht einmal angesprochen. Vielmehr enthält § 650u Abs. 1 eine Definition dessen, was sich der Gesetzgeber unter

einem Bauträgervertrag vorstellt (Legaldefinition), sowie eine Verweisung auf anwendbare Vorschriften des „*allgemeinen*“ Bauvertragsrechts sowie des Kaufrechts. Im zweiten Absatz sind die Vorschriften aufgezählt, die auf den Bauträgervertrag nicht angewendet werden sollen. § 650v „*Abschlagszahlungen*“ enthält ebenfalls keine neue eigenständige Regelung, sondern verweist auf „*eine Verordnung aufgrund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch*“, wohinter sich die altbekannte Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) verbirgt.

Bringt die Neuregelung daher überhaupt einen Vorteil, darf man mit Fug und Recht fragen. Wie man hört, waren die Überlegungen zu den Rechtsproblemen beim Bauträgervertrag noch nicht abgeschlossen, als am Ende der letzten Wahlperiode das neue Bauvertragsrecht unter Dach und

Fach gebracht werden sollte. Wegen seiner wirtschaftlichen Bedeutung hat dann zwar auch das Bauträgerrecht den Weg in die Gesetzesreform gefunden, aber eben nur rudimentär. Die eigentlichen Regelungen, an der eine Expertenrunde weiterhin arbeitet, sollen in der jetzigen Wahlperiode folgen.

Ein rein gesetzgebungstechnisches Problem stellt sich dadurch, dass die beiden Paragraphen zum Bauträgerrecht bereits nahezu am Ende des Alphabets stehen (§§ 650u und v), so dass nur noch vier weitere Buchstaben zur Verfügung stehen. Ob das reicht, um die zahlreichen Probleme, die sich im Bauträgerrecht stellen – mit deren Fülle haben sich im März 2017 beispielsweise die Weimarer Baurechtstage befasst –, dürfte fraglich sein. Indes ließe sich der „*Platzbedarf*“ auch durch entsprechend zahl- und umfangreiche Absätze in

den noch zur Verfügung stehenden Paragraphen decken.

Was ist denn nun geregelt und was nicht?

1. § 650u Abs. 1 S. 1 definiert den Bauträgervertrag: „Ein Bauträgervertrag ist ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerkes zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen.“

Diese Beschreibung ist korrekt und überdies sehr genau, denn es wird nicht nur der Regelfall erfasst, wonach der Bauträger das Grundstück, auf dem er das Objekt errichtet, nach dessen Fertigstellung dem Erwerber überträgt, sondern auch der in der Praxis eher seltene Fall, dass ein Erbbaurecht bestellt oder übertragen wird. Zur Erläuterung: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).

2.

In jedem Falle besteht ein Bauträgervertrag aus zwei Komponenten, nämlich zum einen der Verpflichtung zur Errichtung des vereinbarten Baues oder Umbaus, die sich nach Werkvertragsrecht und damit jetzt nach dem „neuen“ Bauvertragsrecht richtet, zum andern aus der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums, für die Kaufrecht gilt. Dem tragen die Sätze 2 und 3 des ersten Absatzes von § 650u Rechnung. Die Aufspaltung in einerseits kauf-, andererseits werkvertragliche Verpflichtungen des Bauträgers ist vom Grundsatz her korrekt, denn sie entspricht dem Wesen des Bauträgervertrages, wonach während der Bauarbeiten das Grundstück noch dem Bauträger gehört, es erst nach Fertigstellung der Baumaßnahme auf den Erwerber übertragen wird. Grund und Boden, wie man so schön sagt, werden also verkauft, das Bauwerk errichtet. Da die Übertragung des Eigentums

erst nach Fertigstellung des Bauwerkes erfolgt, geht das fertiggestellte Bauwerk nach sachenrechtlichen Grundsätzen als wesentlicher Bestandteil des Grundstückes mit auf den Erwerber über, so dass an sich zu fragen ist, warum es überhaupt Sonderregelungen für den Bauträgervertrag geben muss.

Die sind indes deshalb erforderlich, weil die Bezahlung nicht wie bei Grundstückskaufverträgen Zug um Zug gegen Umschreibung im Grundbuch erfolgt, sondern kontinuierlich während der Bauarbeiten, wobei der anteilige Preis für das Grundstück in die vom Erwerber an den Bauträger zu zahlenden Raten einkalkuliert ist. Steht fest, dass der Verkäufer das Grundstück nicht übereignen kann, braucht der Kaufpreis nicht bezahlt zu werden. Bleibt hingegen eine Bauträgermaßnahme stecken, sind Teile des Kaufpreises bereits bezahlt, wobei im Hinblick auf den einkalkulierten Grundstückswert die geleisteten Zahlungen regelmäßig den Wert der bis dahin erbrachten Bauleistungen übersteigen. Das ist für den Kunden misslich; er muss also geschützt werden.

3.

Was die werkvertraglichen Verpflichtungen des Bauträgers angeht, verweist § 650u Abs. 1 Satz 2 auf „die Vorschriften des Untertitels 1“, also die gesamten werkvertraglichen Regelungen: Kapitel 1 „Allgemeine Vorschriften“, Kapitel 2 „Bauvertrag“, Kapitel 3 „Verbraucherbauvertrag“ und Kapitel 4 „Unabdingbarkeit“. Von der Verweisung ausgenommen ist lediglich der Untertitel 2, also die Vorschriften über den Architekten- und Ingenieurvertrag (§§ 650 p bis t), was sachgerecht ist.

Allerdings gilt die Verweisung nicht durchgängig; vielmehr sind gemäß § 650u Abs. 2 einzelne Vorschriften des allgemeinen Werk- und Bauvertragsrechts **nicht** auf den Bauträgervertrag anwendbar.

4.

Bevor wir dazu kommen, eine kurze Auflistung dessen, was auch für den Bauträgervertrag gilt, nämlich:

- Die Errichtungsverpflichtung des Bauträgers und die Zahlungsverpflichtung des Erwerbers (§§ 631, 632).
- Die Sach- und Rechtsmängelhaftung des Bauträgers (§§ 633 bis 638) einschließlich der Verjährungsregelung des § 634a.
- Die Mitwirkungsverpflichtung des Erwerbers (§ 642 BGB) und seine Verpflichtung zur Abnahme des Werkes (§ 640).
- Das Kündigungsrecht des Bauträgers bei unterlassener Mitwirkung des Erwerbers (§ 643).
- Die Verpflichtung zur Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme (§ 650g).
- Das Schriftformerfordernis bei Kündigungen des Bauvertrages (§ 650h), wobei die Kündigungsrechte indes wesentlich eingeschränkt sind.
- Die Verpflichtung zur Übergabe einer Baubeschreibung (§ 650j), deren etwaige Unklarheiten zu Lasten des Bauträgers gehen (§ 650k Abs. 2).
- Die Verpflichtung zu verbindlichen Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werkes bzw. zur Dauer der Bauausführung (§ 650k Abs. 3).
- Anwendbar sind auch die Absätze 2 bis 4 von § 650m, was jedoch mit der Anwendbarkeit der Makler- und Bauträgerverordnung kollidiert.
- Die Verpflichtung zur Erstellung und Herausgabe von Planungsunterlagen (§ 650n).
- Da der Erwerber als Verbraucher angesehen wird, sind abweichende Regelungen zu seinen Lasten ausgeschlossen (§ 650o).

5.

Die Besonderheit des neuen Bauträgerrechts besteht darin, dass einzelne Regelungen des „allgemeinen“ Bauvertragsrechts nicht anwendbar sind, was zur Folge hat:

§ 648

kein freies Kündigungsrecht des Erwerbers;
§ 648a

kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für beide Vertragsparteien;

§§ 650b bis d

kein Anordnungsrecht des Erwerbers;

§ 650e

keine Sicherungshypothek des Bauunternehmers;

§§ 650k Abs. 1

Baubeschreibung als Bestandteil des Notarvertrages;

§ 650 l

kein Widerrufsrecht des Erwerbers;

§ 650m Abs. 1

Abschlagszahlungen anders als nach § 632a.

6.

Die Verweisung auf das bzw. der Abschluss der Anwendung einzelner Vorschriften des „allgemeinen Bauvertragsrechts“ auf den Bauträgervertrag bedürfen der Erläuterung:

a) Baubeschreibung: Für den Verbraucherbaupvertrag gilt gemäß §§ 650j und k Abs. 1, dass der Unternehmer dem Verbraucher eine Baubeschreibung vorvertraglich zur Verfügung zu stellen hat, die grundsätzlich zum Inhalt des Vertrages wird. § 650j soll gemäß den Verweisungsvorschriften in § 650u auf den Bauträgervertrag Anwendung finden, § 650k Abs. 1 jedoch nicht. Diese verwirrende Rechtslage klärt sich dadurch, dass die vorherige Zurverfügungstellung der Baubeschreibung ohnehin Verpflichtung des Bauträgers ist, da der Vertrag notariell beurkundet werden muss, und zwar unter Einschluss der Baubeschreibung als dessen wesentlichen Bestandteil. Da Notare Vertragsentwürfe zwei Wochen vor der Beurkundung den Beteiligten zukommen lassen müssen, erfüllt sich die Segnung von § 650j für den Verbraucherbaupvertrag beim Bauträgervertrag von selbst. Zugleich erklärt sich daraus die Nichtanwendbarkeit von § 650k Abs. 1, denn die Baubeschreibung wird ja in jedem Fall Inhalt des notariell beurkundeten Vertrages. Anwendbar bleiben die Regelungen der Absätze 2 und 3 von § 650k, also die Unklarheitenregelung zu Lasten des Bauträgers und dessen Verpflichtung, verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung bzw. zur Dauer der Bauausführung zu machen.

b) Abschlagszahlungen: Die Anwendbarkeit von § 632a, der eine Regelung für

Abschlagszahlungen vorsieht, ist zwar seltsamerweise nicht durch § 650u Abs. 2 ausgeschlossen, aber durch die Regelung in § 650v. Denn danach gilt für Abschlagszahlungen die MaBV, deren Regelungen von § 632a abweichen.

Die Voraussetzung dafür, dass und in welcher Höhe der Bauträger Abschlagszahlungen verlangen kann – die an sich Vorauszahlungen sind, denn der Erwerber ist ja noch nicht Eigentümer und läuft daher ein enormes Risiko, dem Bauträger vorab Zahlungen zukommen zu lassen – sind nach wie vor die in § 3 MBV unter dem Stichwort „besondere Sicherungspflichten für Bauträger“ Genannten. Danach darf der Bauträger Vermögenswerte des Erwerbers erst entgegennehmen, wenn

(1) ein notarieller Vertrag geschlossen ist und der Notar bestätigt, dass alle zu dessen Vollzug erforderlichen Genehmigungen vorliegen, und dem Bauträger kein vertragliches Rückzugsrecht eingeräumt ist,

(2) eine Vormerkung zur Übertragung des Eigentums am Grundstück vertragsgemäß zu Gunsten des Erwerbers eingetragen ist,

(3) die Freistellung des Vertragsobjektes von allen Grundpfandrechten, die der Bauträger als Veräußerer hat eintragen lassen, gesichert ist, und zwar auch für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird,

(4) die Baugenehmigung erteilt ist, oder eine Bestätigung des Bauaufsichtsamtes vorliegt, wonach sie als erteilt gilt oder erteilt werden wird, so dass mit den Bauarbeiten begonnen werden darf.

Auch an der Höhe der Abschlagszahlungen hat sich nichts geändert. Sie sind an den Baufortschritt gekoppelt, wozu hier aus Platzgründen auf § 3 Abs. 2 MaBV verwiesen werden kann.

c) Einschränkung der Kündigungsrechte:

Das Recht zur freien Kündigung des Werkvertrages (bisher § 649, ab 01.01.2018 § 648) gilt nicht, denn im Bauträgervertrag sind die kauf- und werkvertraglichen Elemente derartig miteinander verknüpft, dass sie gegenüber einem vertragstreuen Bauträger nicht durch eine freie Kün-

digung des Erwerbers getrennt werden können sollen. Unerwünschte Folge einer solchen freien Kündigung wäre, dass der Erwerber das Grundstück mit den bis zur Kündigung erbrachten Leistungen überschrieben verlangt, um mit einem anderen Bauunternehmen weiterbauen zu können. Das gilt umso mehr für den Fall, dass das freie Kündigungsrecht bereits unmittelbar nach Vertragsschluss ausgeübt wird, um von vorneherein auf dem Baugrundstück mit einem anderen Unternehmer zu bauen. So etwas laufe den wirtschaftlich schützenswerten Zielen des Bauträgers entgegen, meint der Gesetzgeber.

Aus ähnlichen Gründen ist – insoweit für beide Parteien – das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a) ausgeschlossen. Angesichts der Einheitlichkeit des Vertrages soll es nicht möglich sein, sich teilweise aus einem Bauträgervertrag zu lösen. Stattdessen stellt sich der Gesetzgeber eine Gesamtabwicklung des Vertrages aufgrund Rücktritts vor. Rücktrittsrechte sollen sich aus Mängeln des Werkes oder gravierenden sonstigen Pflichtverletzungen des Bauträgers ergeben können.

Diese Vorstellung des Gesetzgebers wird in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen, zumal der Bundesgerichtshof für einzelne Fallgestaltungen durchaus sachgerechte Lösungen „auf dem Kündigungsweg“ gefunden hat. Insoweit dürfte es in Zukunft spannend werden.

d) Kein Anordnungsrecht des Erwerbers:

Bauträgermaßnahmen münden häufig in eine Eigentumswohnanlage, die ein einheitliches Erscheinungsbild zur Voraussetzung hat. Da bauliche Veränderungen durch einzelne Miteigentümer nach WEG regelmäßig ausgeschlossen sind, muss das vorverlagert auch während der Bauphase gelten. Selbst Wünsche des Erwerbers im Hinblick auf das Sondereigentum können Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum haben mit der Folge, dass der Bauträger die Änderungen nur nach entsprechenden Abreden mit den anderen Erwerbern = späteren Wohnungseigentümern umsetzen könnte, die er indes nicht erzwingen kann.

e) **Kein Widerrufsrecht:** Das beim Verbraucherbaupvertrag geltende Widerrufsrecht ist beim Bauträgervertrag unnötig, denn durch die obligatorische notarielle Beurkundung und die Pflicht des Notars, den Vertragsentwurf zwei Wochen vor der Beurkundung vorzulegen, ist der Kaufinteressent ausreichend vor Übereilung geschützt.

f) **Keine Bauhandwerkersicherung:** Warum der Gesetzgeber in § 650u die Anwendung von § 650e (Sicherheitshypothek des Bauunternehmers) ausgeschlossen hat, erschließt sich nicht, denn zum einen ist der Bauträger regelmäßig nicht auch der Bauunternehmer. Zudem würde sich der Bauträger, wenn er zugleich Unternehmer wäre, keine Sicherheitshypothek auf seinem eigenen Grundstück eintragen lassen – der Erwerber ist ja definitionsgemäß noch nicht dessen Eigentümer. Zum anderen erfolgt die Grundstücksumschreibung regelmäßig erst nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises. Es ist also im Rahmen eines Bauträgervertrages gar kein Anwendungsfall von § 650e erkennbar.

Demgegenüber ist die Anwendbarkeit von § 650f (Bauhandwerkersicherung) durch § 650u nicht ausdrücklich ausgeschlossen, obwohl auch insoweit kein Anwendungsfall denkbar erscheint, denn die wechselseitigen Sicherungen ergeben sich aus der MaBV.

AUSBLICK UND FAZIT: Die Ungereimtheiten bei den Verweisungen stellen noch das geringere Manko der Novellierung dar; wesentlicher ist, dass die eigentlichen Probleme des Bauträgervertragsrechts auch nicht ansatzweise gelöst sind. Herausgegriffen werden können Sicherungslücken bei der Abwicklung nach den baulenstandabhängigen Zahlungsplänen, die Abgrenzung von Neu- und Altbauten, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, die Rechtsstellung der sogenannten Nachzügler sowie der systemwidrige Verweis auf eine gewerberechtliche Regelung (MaBV) im zivilrechtlichen Vertragsrecht. Die Arbeitsgruppe beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat also noch genug

Arbeit vor sich. Angeblich soll sogar die grundlegende Struktur des Bauträgervertrages zur Überprüfung anstehen. ■



Dr. Walter Müller ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

Synopse zum neuen Bauvertragsrecht (Auszug)

I. Kaufverträge

§ 439 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

„(3) Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

§ 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.“

b) Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden die Absätze 4 und 5.

§ 440 wird wie folgt gefasst:

„§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz
Außer in den Fällen des § 281 Absatz 2 und des § 323 Absatz 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 4 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.“

Nach § 445 werden die folgenden §§ 445a und 445b eingefügt:

“§ 445a Rückgriff des Verkäufers

(1) Der Verkäufer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis

zum Käufer nach § 439 Absatz 2 und 3 sowie § 475 Absatz 4 und 6 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

(2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristsetzung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

(4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.

§ 445b Verjährung von Rückgriffsansprüchen

(1) Die in § 445a Absatz 1 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.

Die Verjährung der in den §§ 437 und 445a Absatz 1 bestimmten Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Verkäufer abgeliefert hat.

(2) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.“

Untertitel 3 – Verbrauchsgüterkauf

II. Werkvertrag und ähnliche Verträge

Untertitel 1 – Werkvertrag

Kapitel 1 – Allgemeine Vorschriften

§ 632a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Die Sätze 1 und 2 werden durch die folgenden Sätze ersetzt:
„Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer.“

~~(...(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden....)~~

bb) In dem neuen Satz 6 werden die Wörter „Sätze 1 bis 4“ durch die Wörter „Sätze 1 bis 5“ ersetzt.

b) Die Absätze 2 und 3 werden aufgehoben.

~~(...(2) Wenn der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, können Abschlagszahlungen nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind. (3) Ist der Besteller ein Verbraucher und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält....)~~

c) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 2 und wird wie folgt gefasst:
„(2) Die Sicherheit nach Absatz 1 Satz 6 kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.“

§ 640 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 3 wird aufgehoben.

~~(...Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist....)~~

b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

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

c) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

Nach § 647 wird folgender § 647a eingefügt:

„§ 647a Sicherheitshypothek des Inhabers einer Schiffswerft
Der Inhaber einer Schiffswerft kann für seine Forderungen aus dem Bau oder der Ausbesserung eines Schiffes die Einräumung einer Schiffshypothek an dem Schiffsbauwerk oder dem Schiff des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Schiffshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. § 647 findet keine Anwendung.“

Die §§ 648 und 648a werden aufgehoben.

§ 648 Sicherheitshypothek des Bauunternehmers [jetzt § 650e]

§ 648a Bauhandwerkersicherung [jetzt § 650f]

§ 649 wird § 648 [entspricht § 649 a.F.].

Nach § 648 wird folgender § 648a eingefügt:

„§ 648a Kündigung aus wichtigem Grund

(1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

(2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.

(3) § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

(4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die

Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.

(5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

(6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“

Kapitel 2 – Bauvertrag

§ 650a Bauvertrag

(1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

(2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

§ 650b Änderung des Vertrags;

Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen.

Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen

nach § 650b Absatz 2

(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

(2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

(3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werks fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.

§ 650d Einstweilige Verfügung

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

§ 650e Sicherungshypothek des Bauunternehmers

Der Unternehmer kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

§ 650f Bauhandwerkersicherung

(1) Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazu gehörender Nebenforderungen, die mit

10 Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach Absatz 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 650e ausgeschlossen.

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

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

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder
2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauprojektvertrag

nach § 650i oder um einen Bau-trägervertrag nach § 650u handelt.

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

(7) Eine von den Absätzen 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

§ 650g Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme;

Schlussrechnung

(1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.

Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.

(2) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.

(3) Die Vergütung ist zu entrichten, wenn

1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist und
2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat.

Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.

§ 650h Schriftform der Kündigung

Die Kündigung des Bauvertrags bedarf der schriftlichen Form.

Kapitel 3 – Verbraucherbauprojekt

§ 650i Verbraucherbauprojekt

- (1) Verbraucherbauprojekte sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.
- (2) Der Verbraucherbauprojekt bedarf der Textform.
- (3) Für Verbraucherbauprojekte gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

§ 650j Baubeschreibung

Der Unternehmer hat den Verbraucher über die sich aus Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten, es sei denn, der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter macht die wesentlichen Planungsvorgaben.

§ 650k Inhalt des Vertrags

- (1) Die Angaben der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung werden Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart. Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist, ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszulegen. Zweifel bei der Auslegung des Vertrags bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten.
- (2) Der Bauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Enthält der Vertrag diese Angaben nicht, werden die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.

§ 650l Widerrufsrecht

Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, es sei denn, der Vertrag wurde notariell beurkundet. Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch über sein Widerrufsrecht zu belehren.

§ 650m Abschlagszahlungen;

Absicherung des Vergütungsanspruchs

- (1) Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c nicht übersteigen.

(2) Dem Verbraucher ist bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge einer Anordnung des Verbrauchers nach den §§ 650b und 650c oder infolge sonstiger Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags um mehr als 10 Prozent, ist dem Verbraucher bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 Prozent des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Verbraucher die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(3) Sicherheiten nach Absatz 2 können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, ist eine Vereinbarung unwirksam, die den Verbraucher zu einer Sicherheitsleistung für die vereinbarte Vergütung verpflichtet, die die nächste Abschlagszahlung oder 20 Prozent der vereinbarten Vergütung übersteigt. Gleiches gilt, wenn die Parteien Abschlagszahlungen vereinbart haben.

§ 650n Erstellung und Herausgabe von Unterlagen

(1) Rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung hat der Unternehmer diejenigen Planungsunterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird. Die Pflicht besteht nicht, soweit der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben erstellt.

(2) Spätestens mit der Fertigstellung des Werks hat der Unternehmer diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn ein Dritter, etwa ein Darlehensgeber, Nachweise für die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt und wenn der Unternehmer die berechtigte Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten.

Kapitel 4 – Unabdingbarkeit

§ 650o Abweichende Vereinbarungen

Von § 640 Absatz 2 Satz 2, den §§ 650i bis 650l und 650n kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

Untertitel 2 – Architektenvertrag und Ingenieurvertrag

§ 650p Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen

(1) Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

(2) Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.

§ 650q Anwendbare Vorschriften

(1) Für Architekten- und Ingenieurverträge gelten die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1 sowie die §§ 650b, 650e bis 650h entsprechend, soweit sich aus diesem Untertitel nichts anderes ergibt.

(2) Für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Absatz 2 gelten die Entgeltberechnungsregeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der jeweils geltenden Fassung, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden. Im Übrigen ist die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand auf Grund der angeordneten Leistung frei vereinbar. Soweit die Vertragsparteien keine Vereinbarung treffen, gilt § 650c entsprechend.

§ 650r Sonderkündigungsrecht

(1) Nach Vorlage von Unterlagen gemäß § 650p Absatz 2 kann der Besteller den Vertrag kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist, in der es ausgeübt werden kann, und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet hat.

(2) Der Unternehmer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650p Absatz 2 Satz 2 setzen. Er kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung verweigert oder innerhalb der Frist nach Satz 1 keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt.

(3) Wird der Vertrag nach Absatz 1 oder 2 gekündigt, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt.

§ 650s Teilabnahme

Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Un-

ternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.

§ 650t Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

Nimmt der Besteller den Unternehmer wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.

Untertitel 3 – Bauträgersvertrag

§ 650u Bauträgersvertrag; anwendbare Vorschriften

(1) Ein Bauträgersvertrag ist ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus finden die Vorschriften des Untertitels 1 Anwendung, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

(2) Keine Anwendung finden die §§ 648, 648a, 650b bis 650e, 650k Absatz 1 sowie die §§ 650l und 650m Absatz 1.

§ 650v Abschlagszahlungen

Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind.“

III. Ergänzungen zum Verbraucherbaupertrag – Auszug (§ 650i - § 650n BGB)

Artikel 249 Informationspflichten bei Verbraucherbauperträgen

§ 1 Informationspflichten bei Verbraucherbauperträgen

Der Unternehmer ist nach § 650j des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpflichtet, dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen.

§ 2 Inhalt der Baubeschreibung

(1) In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Sie muss mindestens folgende Informationen enthalten:

1. allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, gegebenenfalls Haustyp und Bauweise,
2. Art und Umfang der angebotenen Leistungen, gegebenenfalls der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe,
3. Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte,
4. gegebenenfalls Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,
5. Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke,
6. gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus,
7. gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen,
8. Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss,
9. gegebenenfalls Beschreibung der Sanitärobjekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.

(2) Die Baubeschreibung hat verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks zu enthalten. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.

§ 3 Widerrufsbelehrung

(1) Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 650l Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu, ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in Textform über sein Widerrufsrecht zu belehren. Die Widerrufsbelehrung muss deutlich gestaltet sein und dem Verbraucher seine wesentlichen Rechte in einer an das benutzte Kommunikationsmittel angepassten Weise deutlich machen. Sie muss Folgendes enthalten:

1. einen Hinweis auf das Recht zum Widerruf,
2. einen Hinweis darauf, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgt und keiner Begründung bedarf,
3. den Namen, die ladungsfähige Anschrift und die Telefonnummer

desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, gegebenenfalls seine Telefaxnummer und E-Mail-Adresse,

4. einen Hinweis auf die Dauer und den Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung genügt, und

5. einen Hinweis darauf, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d des Bürgerlichen Gesetzbuchs schuldet, wenn die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.

(2) Der Unternehmer kann seine Belehrungspflicht dadurch erfüllen, dass er dem Verbraucher das in Anlage 10 vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung zutreffend ausgefüllt in Textform übermittelt.“

IV. Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) – Auszug

1. § 71 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 4 wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.

bb) Folgende Nummer 5 wird angefügt:

„5. in Streitigkeiten

a) über das Anordnungsrecht des Bestellers gemäß § 650b des Bürgerlichen Gesetzbuchs,

b) über die Höhe des Vergütungsanspruchs infolge einer Anordnung des Bestellers (§ 650c des Bürgerlichen Gesetzbuchs).“

b) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Entscheidungen in Verfahren nach Absatz 2 Nummer 4 Buchstabe a bis e und Nummer 5 einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zu übertragen. In Verfahren nach Absatz 2 Nummer 4 Buchstabe a bis e darf die Übertragung nur erfolgen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.“

2. In § 72 Absatz 1 Satz 1 werden nach den Wörtern „einschließlich der Kammern für Handelssachen“ die Wörter „und der in § 72a genannten Kammern“ eingefügt.

3. Nach § 72 wird folgender § 72a eingefügt:

„§ 72a

Bei den Landgerichten werden eine Zivilkammer oder mehrere Zivilkammern für folgende Sachgebiete gebildet:

1. Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften,
2. Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen,
3. Streitigkeiten über Ansprüche aus Heilbehandlungen und
4. Streitigkeiten aus Versicherungsvertragsverhältnissen.

Den Zivilkammern nach Satz 1 können neben den Streitigkeiten aus den in Satz 1 Nummer 1 bis 4 genannten Sachgebieten auch

Streitigkeiten nach den §§ 71 und 72 zugewiesen werden.“

4. Nach § 119 wird folgender § 119a eingefügt:

„§ 119a

Bei den Oberlandesgerichten werden ein Zivilsenat oder mehrere Zivilsenate für die folgenden Sachgebiete gebildet:

1. Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften,
2. Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen,
3. Streitigkeiten über Ansprüche aus Heilbehandlungen und
4. Streitigkeiten aus Versicherungsvertragsverhältnissen.

Den Zivilsenaten nach Satz 1 können neben den Streitigkeiten aus den in Satz 1 Nummer 1 bis 4 genannten Sachgebieten auch Streitigkeiten nach § 119 Absatz 1 zugewiesen werden.“

Unser Selbstverständnis

Netzwerker ...

... eint der hohe **Qualitätsanspruch**, den sie an sich und ihre Tätigkeit stellen und der mit der Marke „Netzwerk Bauanwälte – Baurechtskompetenz. Bundesweit“ zum Ausdruck gebracht werden soll.

... sind **Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht**, die sich auf dieses Rechtsgebiet spezialisiert und ihre anwaltliche Tätigkeit darauf ausgerichtet haben.

... wirken durch die Diskussion rechtspolitischer und rechtswissenschaftlicher Themen an der **Fortentwicklung des Bau- und Architektenrechts** mit.

... üben ihren Beruf unabhängig und selbständig aus, können jedoch durch Vereinbarungen untereinander zur Bewältigung **komplexerer Aufgabenstellungen** in kurzer Zeit einen **größeren Stab von Spezialisten** zur Verfügung stellen, der in der Lage ist, das vom Mandanten der mandatsführenden Mitgliedskanzlei geforderte Beratungspotenzial kompetent abzudecken.

... unterstützen sich gegenseitig bei der Wahrnehmung ihrer beruflichen Aufgaben durch **Rat und Tat**.

... pflegen untereinander einen intensiven **Meinungs- und Erfahrungsaustausch** über aktuelle Fragen des Bau- und Architektenrechts.

... führen sowohl **interne Fortbildungsveranstaltungen** (zur Stärkung der Kompetenz ihrer Kanzleimitarbeiter) als auch regionale und überregionale **Seminarveranstaltungen** für Mandanten der Mitgliedskanzleien durch.

... festigen durch Verwendung eines gemeinsamen **Netzwerk-Magazins „BAURECHT AKTUELL“** sowie eines regelmäßig erscheinenden **Newsletters** das Qualitätssiegel „Netzwerk Bauanwälte“, das letztlich auch der Außendarstellung der jeweiligen Mitgliedskanzleien dient.

... wirken aktiv an dem weiteren Aufbau des bundesweit aufgestellten Netzwerks von Bau- und Architektenrechtspezialisten mit, das sich mit weiteren Kooperationspartnern **europaseit** ausdehnen wird.

... pflegen untereinander einen besonders **kollegialen Umgang** und betreiben **keine Abwerbung** untereinander; sie wissen – wie auch ihre Mandanten – den bundesweiten Rückhalt bei der Bewältigung ihres Berufsalltags zu schätzen.

Entwicklung des Netzwerks

Seit 2003 sind wir gewachsen. Die Idee, das Netzwerk bundesweit zu erweitern, ist umgesetzt.

Networking schafft Erfolg! Der intensive Erfahrungs- und Wissensaustausch unter den Baurechtsspezialisten im NETZWERK BAUANWÄLTE verschafft unseren Mandanten einen Wettbewerbsvorteil, von dem diese bei Projekten in ganz Deutschland profitieren.

Mehr über das Experten-Netzwerk erfahren Sie auf www.netzwerk-bauanwaelte.de

Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte“ ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht. Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen. Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört auch dieses regelmäßig erscheinende Magazin „Baurecht Aktuell“.



1 Prof. Dr. Hans Ganten

c/o Ganten Hünecke Bieniek & Partner mbB,
Bremen, Ostertorstraße 32, 28195 Bremen,
T 0421 329070
www.ghb-law.de

**2 KOENEN BAUANWÄLTE,
Essen/Hannover/Münster/Bielefeld**

Il. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover,
T 0511 898402-0
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 7038989-0
Ravensberger Straße 12b, 33602 Bielefeld,
T 0521 9676638-0
www.bauanwaelte.de

3 RJ Anwälte Jochem

Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden
Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden,
T 0611 3081436-7
www.rj-anwaelte.de

**4 GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbH,
Saarbrücken**

Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken,
T 0681 936390
www.rechtsanwaelte-gessner.de

5 IRMLER & COLLEGEN Rechtsanwälte, Schwerin

Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin,
T 0385 593600
www.irmler.org

**6 Leinen & Derichs Anwaltssozietät,
Köln/Berlin/Brüssel**

Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0
Littenstr. 108, 10179 Berlin (Mitte),
T 030 91456817
www.leinen-derichs.de

**7 Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte,
Oldenburg**

Marschweg 36, 26122 Oldenburg, T 0441 350995-0
www.kanzlei-ehb.de

**8 MUFFLER KITTLER KRIEGER HAHNE PartmbB
Partnerschaftsgesellschaft
mit beschränkter Berufshaftung**

Goethestraße 25a, 80336 München,
T 089 5508945-0
www.mlk-partner.de

9 Kanzlei Prof. Dr. Jörg Zeller, Koblenz

Neustadt 8, 56068 Koblenz, T 0261 20178644
www.baurecht-architektenrecht.info

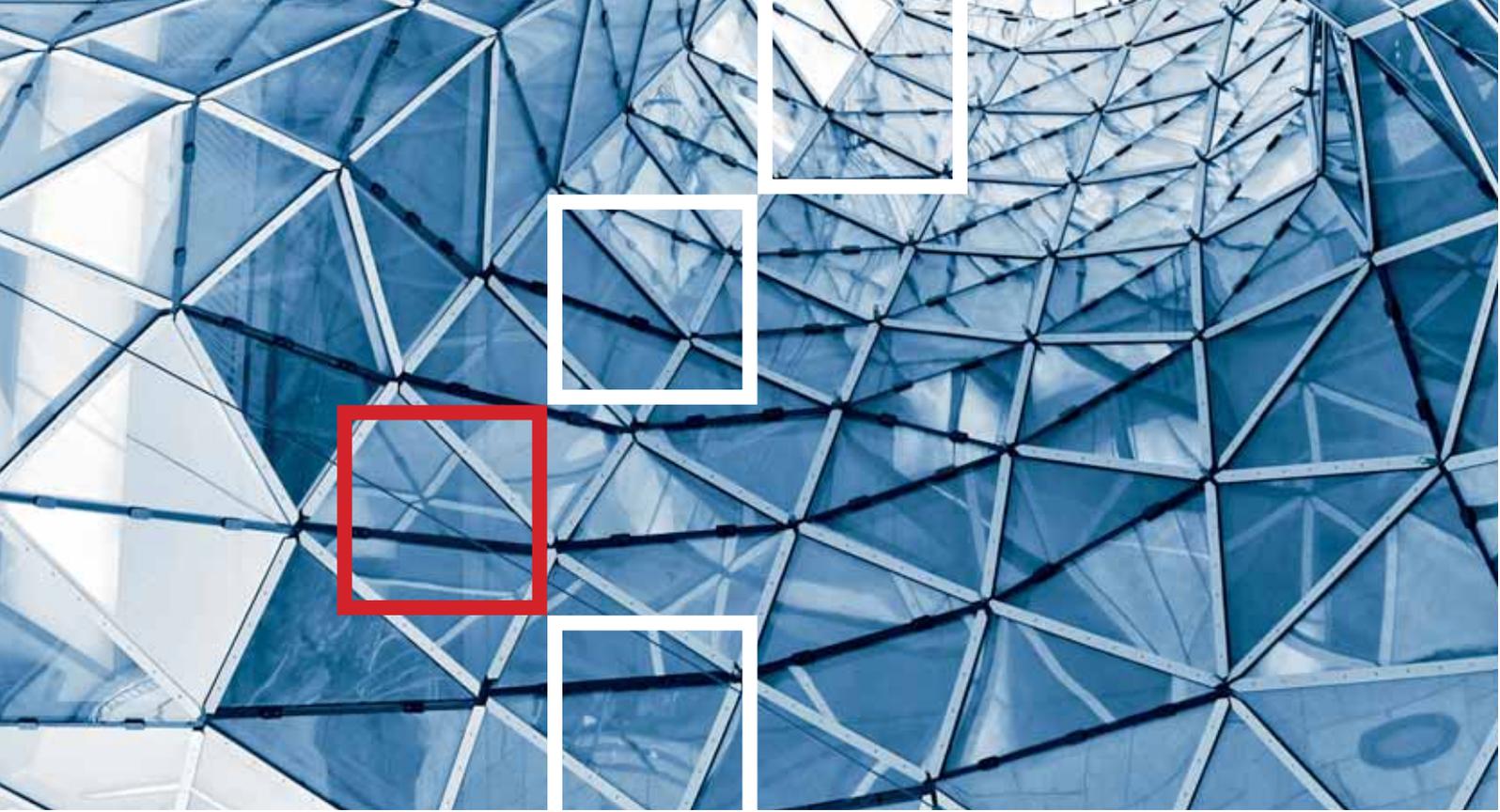
**10 Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte |
Partnerschaft mbB, Karlsruhe**

Mozartstr. 13, 76133 Karlsruhe, T 0721 98548-0
www.deubnerkirchberg.de

11 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte

Innere Neumatten 15, 79219 Staufen,
T 07633 93337-0
www.rae-steiger.de

Profitieren Sie von einem **kompetenten Netzwerk**



Networking schafft Erfolg! Der intensive Erfahrungs- und Wissensaustausch unter den Baurechtsspezialisten im **NETZWERK BAUANWÄLTE verschafft unseren Mandanten einen Wettbewerbsvorteil, von dem diese bei Projekten in ganz Deutschland profitieren. Mehr über das Experten-Netzwerk erfahren Sie auf www.netzwerk-bauanwaelte.de**

PROF. DR. HANS GANTEN C/O GANTEN HÜNECKE BIENIEK & Partner mbB, BREMEN
GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbH, SAARBRÜCKEN
IRMLER & COLLEGEN RECHTSANWÄLTE, SCHWERIN
KOENEN BAUANWÄLTE, ESSEN/HANNOVER/MÜNSTER/BIELEFELD
LEINEN & DERICHS ANWALTSOZIELTÄT, KÖLN/BERLIN/BRÜSSEL
RJ ANWÄLTE JOCHEM Partnerschaftsgesellschaft mbB, WIESBADEN
KANZLEI EINFELD HALFMANN BIERNOTH RECHTSANWÄLTE, OLDENBURG
MUFFLER LERCH KITTLER & PARTNER Partnerschaftsgesellschaft mbB, MÜNCHEN/CHEMNITZ
KANZLEI PROF. DR. JÖRG ZELLER, KOBLENZ
DEUBNER & KIRCHBERG RECHTSANWÄLTE | Partnerschaft mbB, KARLSRUHE
STEIGER, SCHILL & KOLLEGEN RECHTSANWÄLTE, STAUFEN



**NETZWERK
BAUANWÄLTE**
Baurechtskompetenz.
Bundesweit.