

# Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Peter Bräutigam, Rechtsanwalt in München – Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Rechtsanwalt in Kiel – Prof. Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Dr. Hilke Herchen, Rechtsanwältin in Hamburg – Dr. Ulrich Karpenstein, Rechtsanwalt in Berlin – Dr. Nathalie Oberthür, Rechtsanwältin in Köln.

Schriftleiter: Rechtsanwalt Tobias Freudenberg, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

43 2017

Seite 3113–3184

70. Jahrgang

19. Oktober 2017

Rechtsanwalt Professor Dr. Ralf Leinemann\*

## Das neue Bauvertragsrecht und seine praktischen Folgen

Am 1.1.2018 tritt ein neues Bauvertragsrecht in Kraft. Nachdem es bisher für diesen wirtschaftlich bedeutenden Vertragstyp fast keine eigenständigen Vorschriften im BGB gab, findet der Bauvertrag nun eine ausdrückliche gesetzliche Basis. Das wird die Baupraxis erheblich beeinflussen: Alte Vertragsmuster sind zu ändern, und auf die Landgerichte kommen die Einrichtung von Baukammern und der einstweilige Rechtsschutz zu.

### I. Die Reform des Bauvertragsrechts

#### 1. § 632 a BGB nF – Abschlagszahlungen

Frühere Versuche, eine sachgerechte Regelung für Abschlagszahlungen im BGB zu implementieren, galten schon lange als wenig gelungen. Es half nichts, Abschlagszahlungen nur für „in sich abgeschlossene Teilleistungen“ vorzusehen oder auf einen Wertzuwachs beim Besteller<sup>1</sup> abzustellen, wenn doch bei Behauptung eines wesentlichen Mangels Abschlagszahlungen verweigert werden konnten.<sup>2</sup> Der neue § 632 a BGB<sup>3</sup> entkoppelt die Abschlagszahlung von Begriffen aus dem Recht der Abnahme. Zwar sind Einbehalte des Bestellers zulässig, aber gemäß Verweis auf § 641 III BGB in der Regel nur in Höhe des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten. Auf die Wesentlichkeit vorliegender Mängel oder einen tatsächlichen Wertzuwachs kommt es nicht mehr an. Die Abschlagsforderung richtet sich nur nach dem vom Unternehmer zu beweisenden Wert der von ihm erbrachten Vertragsleistungen und damit nach dem Vertragspreis. Das wird etwa relevant bei der Abrechnung der Baustelleneinrichtung, die in der Regel vertraglich bepreist ist, aber noch nicht zu einem Wertzuwachs beim Besteller führt.

§ 632 a I 5 BGB nF sieht vor, dass der Unternehmer zur Abschlagsrechnung eine „Aufstellung“ schuldet, die „eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglicht“. Damit wird analog zu § 16 I Nr. 1 VOB/B nunmehr auch im BGB-Bauvertrag eine prüffähige Rechnung<sup>4</sup> zur Fälligkeit voraussetzung für Abschlagszahlungen.<sup>5</sup>

#### 2. § 640 BGB nF – Abnahme

Die Abnahme ist und bleibt Hauptpflicht des Bestellers einer Bauleistung. Mit dem neuen Recht wird aber die bisher in § 640 I 3 BGB geregelte fiktive Abnahme gestrichen und durch einen neuen Absatz 2 anders ausgestaltet. Nunmehr soll ein Werk nach § 640 II BGB nF als abgenommen gelten, „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“.<sup>6</sup>

a) *Die fiktive Abnahme.* Bisher wurde eine fiktive Abnahme gem. § 640 I 3 BGB angenommen, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er hierzu verpflichtet ist. Lagen also keine wesentlichen Mängel vor, kam eine fiktive Abnahme in Betracht, sonst nicht. Mit § 640 II BGB nF wird eine so genannte Erklärungsobliegenheit des Bestellers geschaffen, weil bisher gelegentlich Unsicherheit aufkam, ob die Abnahmewirkungen eintraten oder wegen wesentlicher Mängel ausblieben.<sup>7</sup> Jedoch werden durch die Neuregelung die Möglichkeiten zur missbräuchlichen Verweigerung der Abnahme durch den Besteller ausgeweitet, weil sich irgendein Mangel stets benennen lässt, selbst wenn er sich später als unbegründet herausstellt. Soweit in der Gesetzesbegründung behauptet wird, die bisherige Formulierung „obwohl er dazu verpflichtet ist“ lasse an Klarheit vermissen, entsprach es der ganz herrschenden Meinung, dass das Fehlen wesentlicher Mängel Voraussetzung für eine Abnahmefiktion sein muss. Denn der Besteller war nur dann nicht verpflichtet, das Werk abzunehmen, wenn wesentliche Mängel vorlagen.<sup>8</sup> Nur wenn das Werk vollständig und im Wesentlichen mangelfrei war, konnte auch die Abnahmefiktion greifen.<sup>9</sup> Diese Rechtssicherheit geht durch die Neuformulierung von § 640 II BGB nF wieder verloren, da es auf die Wesentlichkeit des einen, vom Besteller mindestens zu

\* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie für Vergaberecht in Berlin.

1 Vgl. BGH, NJW 2013, 21.

2 Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl. 2017, § 642 a Rn. 7.

3 Das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts ist bereits in BGBl. I 2017, 969 verkündet worden. Da die Neuregelungen erst zum 1.1.2018 in Kraft treten, werden sie nachfolgend mit nF gekennzeichnet. An dieser Stelle sei Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Marc Steffen für seine Mitwirkung an diesem Beitrag gedankt.

4 Zum Begriff der prüffähigen Abrechnung vgl. Leinemann in Leinemann, VOB/B, 6. Aufl. 2016, § 16 Rn. 14 f.

5 Leinemann in Leinemann, § 16 Rn. 11.

6 Eine fiktive Abnahme gegenüber Verbrauchern greift nach § 640 II 2 BGB nF nur dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher in Textform zusammen mit der Abnahmeaufforderung auf die Folgen einer Nichterklärung oder einer Erklärung ohne Angaben von Mängeln hinweist.

7 So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486.

8 Vgl. Havers in Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 5. Aufl. 2015, § 12 VOB/B Rn. 34 mwN; zur neuen Rechtslage auch Oppler in Ingenstau/Korbion/Leupert/Leupert, VOB Teile A und B, 20. Aufl. 2017, § 12 VOB/B Rn. 30.

9 Jansen in Leinemann, § 12 Rn. 2.

behauptenden Mangels nicht ankommt. Das sollte alsbald – mindestens durch richterliche Auslegung – korrigiert werden. Es muss von Bedeutung sein, ob sich der behauptete Mangel als wesentlich erweist, weil ansonsten das Erfinden von Mängeln für den Besteller vorteilhafter wird als die sorgfältige Aufstellung einer Mängelliste bei Abnahme.

b) *Die Fertigstellung des Werks.* Nach § 640 II 1 nF ist die „Fertigstellung des Werks“ Voraussetzung für eine Abnahmefiktion. Die Herstellung soll soweit abgeschlossen sein, dass in objektiver Hinsicht wesentliche Mängel fehlen (sog. Abnahmereife).<sup>10</sup> Es stellt sich dann aber die Frage, weshalb der Gesetzgeber den Wortlaut der Vorschrift ändert, wenn er nichts anderes als den Status quo wollte. Ein nicht fertiggestelltes Werk soll auch weiterhin nicht durch Fiktion abgenommen werden können. Streit um den Begriff „Fertigstellung des Werks“ dürfte vorprogrammiert sein, wenn der Besteller vergisst, einen Mangel zu benennen.

Bei einem gekündigten Bauvertrag ist das Werk nicht fertiggestellt. Gerade dann wird in der Baupraxis heftig gestritten. Oft ist ein Unternehmer für das Erreichen der erforderlichen Abnahmewirkung auf die Abnahmefiktion angewiesen, wenn eine Abnahme nicht ausnahmsweise entbehrlich ist.<sup>11</sup> Hier hätte der Gesetzgeber besser die frühere, vom BGH zu Unrecht aufgebene Rechtsprechung wieder aufgegriffen, die bei Kündigung vor Abschluss der Arbeiten keine Abnahme der unfertigen Leistungen erforderte und eine prüfbare Abrechnung ausreichen ließ.<sup>12</sup>

c) *Verbraucher und die Erklärungsobliegenheit.* Gegenüber Verbrauchern verbessert § 640 II 2 BGB nF die bisherige Rechtslage entgegen der gesetzgeberischen Absicht nicht. Nach bisherigem Recht konnte durch schlichtes Schweigen bei Vorhandensein eines wesentlichen Mangels keine Abnahmefiktion eintreten, so dass der Besteller das Werk nicht unbedingt prüfen musste. Ab 2018 muss er dagegen einen Mangel benennen.

### 3. § 648 a BGB nF – Kündigung aus wichtigem Grund

a) *Voraussetzungen; Teilkündigung.* § 648 a BGB nF kodifiziert erstmals für beide Vertragsparteien das schon immer als bestehend erachtete Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund.<sup>13</sup> Letztlich ergeben sich daraus aber keine Veränderungen in der Rechtspraxis. In § 648 a III BGB nF wird ausdrücklich die entsprechende Anwendbarkeit des § 314 II und III BGB angeordnet. Soll ein Werkvertrag wegen einer Pflichtverletzung aus wichtigem Grund gekündigt werden, ist regelmäßig zuvor eine Abhilfeaufforderung unter Fristsetzung erforderlich, die gem. § 323 II Nr. 1 und 2 BGB ausnahmsweise entbehrlich sein kann.<sup>14</sup> Eine Kündigung aus wichtigem Grund muss nach § 314 III BGB innerhalb einer angemessenen Frist ausgesprochen werden, nachdem der Kündigende von dem Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.<sup>15</sup> Auch eine Teilkündigung ist möglich. Derjenige, der der Leidtragende eines vertragswidrigen Verhaltens der anderen Partei wurde, soll nicht automatisch gezwungen werden, sich wirtschaftlich unvernünftig zu verhalten. Ist das Vertragsverhältnis in objektiver Hinsicht derart zerrüttet, dass es dem anderen Vertragsteil nicht zugemutet werden kann, am Vertrag festzuhalten, bedeutet dies noch nicht, dass er dieses ihm zustehende Recht auch ausüben muss. Er kann trotz der Zerrüttung den Vertrag teilweise zu Ende führen. Allerdings ergibt sich nicht ganz eindeutig, für welche Leistungsteile eine Teilkündigung ausgesprochen werden kann. Der Gesetzgeber folgt hier nicht dem Wortlaut von § 8 III Nr. 1 VOB/B, wo es heißt:

„Die Kündigung kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistungen beschränkt werden.“

Auch die ähnliche Formulierung des Referentenentwurfs,<sup>16</sup> wonach sich eine Teilkündigung auf einen nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistungen beziehen müsse, hat man noch einmal geändert. Nunmehr muss und kann die Teilkündigung sich nur auf „einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks“ beziehen. Nach der Begründung des Referentenentwurfs sollte die besonders hohe Hürde aus der VOB/B-Formulierung für das BGB nicht gelten. Den Vertragsparteien muss nur eine klare Abgrenzung der gekündigten von den nicht gekündigten Leistungen möglich sein. Der von der Kündigung betroffene Unternehmer soll andererseits in der Lage bleiben, die verbleibenden Leistungsteile ohne Beeinträchtigung erbringen zu können. Während eine in sich abgeschlossene Teilleistung nach VOB/B nur vorliegt, wenn die Leistung funktional eigenständig beurteilbar ist,<sup>17</sup> kommt es nach neuem Recht darauf nicht mehr an. Damit dürften alle durch Aufmaß festzustellenden Leistungen teilkündbar sein, da erbrachte und nicht erbrachte Leistungen aufmaßtechnisch voneinander abgegrenzt werden können.

b) *Gemeinsame Leistungsfeststellung.* Nach § 648 a IV BGB nF kann jede Partei von der anderen deren Mitwirkung an einer gemeinsamen Leistungsstandfeststellung nach der Kündigung verlangen. Verweigert eine Partei die Mitwirkung, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung,<sup>18</sup> es sei denn, dass sie die unterbliebene Mitwirkung nicht zu vertreten hat und sich dazu unverzüglich erklärt. Hinsichtlich des Vergütungsanspruchs nach § 648 a V und VI BGB nF gilt, dass der Unternehmer nur die Leistungen vergütet erhält, die er bis zum Zeitpunkt der Kündigung bereits erbracht hat. Hinsichtlich des nicht erbrachten Teils ist der Unternehmer auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beschränkt.

c) *Kritik.* Die undifferenzierte Behandlung des Vergütungsanspruchs, gleichgültig ob der Vertrag durch den Besteller oder den Unternehmer gekündigt wurde, erscheint wenig sachgerecht.<sup>19</sup> In Extremfällen könnte das neue Recht den Besteller dazu verleiten, sich nur deshalb vertragswidrig zu verhalten, um den Unternehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund zu zwingen und ihm auf diese Weise seinen Vergütungsanspruch für den gekündigten Leistungsteil abzuschneiden. Der dem Unternehmer zustehende Schadensersatzanspruch stellt gegenüber dem Vergütungsanspruch kein echtes Äquivalent dar.

### 4. § 650 a BGB nF – Begriff des Bauvertrags

a) *Definition.* In § 650 a BGB nF wird der Bauvertrag definiert, für den die nachfolgenden Vorschriften anwendbar

10 So auch die spärliche Begründung aus dem Referentenentwurf, wonach das Merkmal der Fertigstellung des Werks aufgenommen wurde, um einen Missbrauch der Fiktion zu verhindern. Ein vorzeitiges Andienen der Leistung beim Besteller soll verhindert werden, vgl. RefE, 51; Langen, NZBau 2015, 658 (659 Fn. 9).

11 Vgl. BGHZ 153, 244 = NJW 2003, 1450.

12 BGH, NJW 1987, 382; BGHZ 140, 365 = NJW 1999, 1867; BGHZ 145, 245 = NJW 2001, 367.

13 BGH, NJW 1951, 836; Franz in Leinemann § 8 Rn. 6 mwN.

14 StRSpr, vgl. OLG Stuttgart, NJW-RR 2016, 470 = NZBau 2016, 289.

15 Vgl. Franz in Leinemann, § 8 Rn. 46.

16 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung des kaufrechtlichen Mängelhaftung (RefE), 11.

17 BGH, BauR 1983, 573 = BeckRS 1983, 31076021; Pause/Vogel in Kniffka, IBROK BauvertragsR, 17. Ed. 12.5.2017, § 640 Rn. 82.

18 Das entspricht der Praxis im VOB/B-Vertrag, vgl. Leinemann in Leinemann, § 4 Rn. 194 ff. mwN.

19 Langen, NZBau 2015, 658 (661).

sein sollen.<sup>20</sup> Unter Anknüpfung an bekannte Begrifflichkeiten aus den §§ 634 a I Nr. 2, 648 I und 648 a BGB werden das Bauwerk, eine Außenanlage oder Teile davon zum Ausgangspunkt der Definition des § 650 a BGB nF. Ferner zählen dazu die unterschiedlichen Tätigkeiten, die zu einem Bauwerk, einer Außenanlage oder Teilen davon führen können, so die *Herstellung*, die *Wiederherstellung* oder der *Umbau* eines Bauwerks oder einer Außenanlage. Nach § 650 a II BGB nF ist auch ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks als Bauvertrag anzusehen, aber nur dann, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

b) *Kritik*. Es bleibt unklar, weshalb die Instandhaltung von Außenanlagen nicht mitgeregelt wurde, wo doch deren Herstellung per Bauvertrag erfolgt. In Ermangelung von Angaben in der Gesetzesbegründung scheint es plausibel, dass es sich um ein schlichtes Redaktionsversehen handelt. Natürlich wird man die Instandhaltung von Außenanlagen als Bauvertrag ansehen müssen.

### 5. § 650 b BGB nF – Änderung des Vertrags/Anordnungsrecht des Bestellers

Mit § 650 b BGB nF im Zusammenspiel mit dem neuen § 650 c BGB wird erstmals im Gesetz ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers einer Bauleistung geregelt. Dies ist der eigentliche Kern der Neuregelung. Ein Besteller soll auch im weiteren Verlauf der Vertragsabwicklung Modifikationen an dem von ihm bestellten und zu bezahlenden Bauwerk fordern dürfen. Entscheidend ist aber, dass damit auch eine Regelung zur Vergütung der veränderten Leistungen in engem zeitlichen Zusammenhang erfolgt und der Unternehmer seinen Mehraufwand auch vergütet bekommt. Letzteres ist gerade deshalb von Bedeutung, weil sich der Unternehmer nicht schon bei Vertragsschluss auf die einseitig vom Besteller geforderten Veränderungen einstellen konnte. Das BGB enthielt bislang keine Regelung für einseitige Eingriffe in den Vertrag durch den Besteller, während der VOB/B-Bauvertrag hier schon seit Langem Anordnungsbefugnisse und Vergütungsfolgen vorsah.<sup>21</sup> Jedenfalls für größere Bauvorhaben, die nicht mit einem VOB/B-Bauvertrag realisiert werden, besteht ein Bedarf für die gesetzliche Regelung eines einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers.<sup>22</sup>

a) *Einigungsmodell*. Nach § 650 b I–III BGB nF ist dem Anordnungsrecht des Bestellers das so genannte Einigungsmodell vorgeschaltet. Begehrt der Besteller eine Änderung, sind die Parteien zunächst gesetzlich verpflichtet, ein Einvernehmen hierüber anzustreben, und zwar sowohl hinsichtlich der Änderung als auch hinsichtlich der daraus resultierenden Vergütung. Der Unternehmer wird infolge des Begehrens des Bestellers verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Wird eine Einigung zwischen den Parteien über die Änderung und deren Vergütungsfolgen nicht *innen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens* erzielt, entsteht ein Recht des Bestellers zur einseitigen Anordnung seiner Änderung.

b) *Änderungsbefugnisse*. Der Besteller kann nach den beiden Alternativen des § 650 b I BGB nF entweder eine *Änderung des vereinbarten Werkerfolgs* anordnen oder eine *Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig* ist. Eine *Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig* ist, wird erforderlich, wenn eine Lücke zwischen dem vertraglich bepreisten Leistungsumfang und dem etwa darüber hinausgehend geschuldeten Erfolg besteht. Bei dem Anordnungsrecht zur *Änderung des vereinbarten Werkerfolgs* darf der Besteller nach § 650 b I Nr. 1

BGB nF sogar etwas anderes als das ursprünglich Vereinbarte verlangen. Anders als bei dem Änderungsrecht im Rahmen des ursprünglichen Werkerfolgs wird dieses Leistungsänderungsrecht daher von der zusätzlichen Anspruchsvoraussetzung der *Zumutbarkeit* abhängig gemacht.

aa) *Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (Nr. 2)*. In einem Bauvertrag ist zwischen dem verpreisten Leistungsumfang und dem geschuldeten Erfolg zu differenzieren. Dazu existieren mehrere Entscheidungen des BGH.<sup>23</sup> Der unklaren Rechtslage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen dem Unternehmer aufgrund von Änderungen der Leistung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zusteht, wird nun durch § 650 b I Nr. 2 BGB nF dadurch begegnet, dass der Besteller Änderungen anordnen darf, um den vereinbarten Werkerfolg sicherzustellen. Der Vergütungsanspruch des Unternehmers folgt dann aus § 650 c BGB nF. Schuldet der Unternehmer nicht nur die Ausführung, sondern auch die Planung des Bauwerks, ist er auch zur Erstellung einer mangelfreien Planung verpflichtet. Anordnungen zur Beseitigung von Planungsmängeln sind dann kein Grund zur Vergütungsanpassung, da Planung und Ausführung eines mangelfreien Werks ohnehin Gegenstand seiner vertraglichen Leistungspflicht ist. Wenn aber der Besteller die Planungsverantwortung trägt, ist der Unternehmer zur Abgabe eines Angebots nur dann verpflichtet, wenn der Besteller zuvor eine Planung für die Änderung zur Verfügung stellt. Das ist eine für die Praxis wichtige Voraussetzung.

bb) *Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs – Zumutbarkeit*. Soll der vereinbarte Werkerfolg geändert werden, besteht (nur) dann eine Pflicht des Unternehmers, der Anordnung nachzukommen, wenn ihm die Änderungen *zumutbar* sind. § 650 b I 3 BGB nF unterscheidet zwischen betriebsinternen Unzumutbarkeitsgründen und anderen Gründen. Nur für eine behauptete betriebsinterne Unzumutbarkeit trägt der Unternehmer die Beweislast. Das werden vor allem Personaldispositionen sein. Bei anderen Unzumutbarkeitsgründen muss im Umkehrschluss der Besteller darlegen und beweisen, dass sie nicht bestehen.

Ist die Anordnung des Bestellers unzumutbar, steht dem Unternehmer künftig ein Leistungsverweigerungsrecht jedenfalls in Bezug auf die geänderte Leistung zu. Die Zumutbarkeit soll nach Abwägung der Interessen beider Parteien beurteilt werden.<sup>24</sup> Dazu gehören die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und die Qualifikation des Unternehmers neben „den betriebsinternen Vorgängen“. Ebenso ist zu berücksichtigen, ob der Unternehmer durch die Anordnung zu Leistungen verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprachen. Die Schwelle für die Unzumutbarkeit soll unterhalb derjenigen des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit gem. § 275 II und III BGB liegen.<sup>25</sup> Es dürfte somit nicht auf ein „grobes Missverhältnis“ ankommen, sondern jedes Missver-

20 Leider hat der Gesetzgeber die Definitionen in § 99 III GWB (Bauauftrag), § 1 VOB/A (Bauleistung sowie Bauauftrag) übersehen und eine Synchronisation vergessen, vgl. auch *Langen*, NZBau 2016, 658.

21 Anordnungsbefugnisse in § 1 III u. IV VOB/B, Vergütungsfolgen in § 2 IV–X VOB/B.

22 Vgl. etwa Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss für privates Bau- und Architektenrecht; Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags e. V. zum RefE eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, 15.

23 BGH, NJW-RR 2011, 886 = NZBau 2011, 353; *Steffen*, BauR 2011, 579.

24 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486, 54.

25 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486, 54.

hältnis genügt, um die Ausführung der Anordnung unzumutbar werden zu lassen. Außerdem wird zu verlangen sein, dass der Besteller sein Interesse an der begehrten Anordnung inhaltlich darlegt. Anderenfalls kann der Unternehmer nicht eigenständig beurteilen, ob nach Abwägung der wechselseitigen Interessen eine Unzumutbarkeit naheliegt. An diese Darlegung wird man keine allzu hohen Anforderungen stellen dürfen; der Unternehmer muss abschätzen können, ob er diese Leistungen ohne Weiteres erbringen kann, welche Folgen dies für ihn hat und wie notwendig die Ausführung der Anordnung für das Vertragsziel ist. Ein Anordnungsrecht kann nicht bestehen, wenn der Unternehmer die geforderten Leistungen nicht selbst ausführen kann, dafür keinen Nachunternehmer gebunden hat und sie technisch auch nicht zur Erreichung des Vertragsziels erforderlich sind. Hier können auch die einschlägige Rechtsprechung und die Kommentierungen zu § 1 IV VOB/B herangezogen werden.<sup>26</sup>

c) *Textform.* Die Anordnung des Auftraggebers muss schließlich in Textform nach § 126 b BGB erfolgen. Damit kommt es gerade nicht auf ein Schriftformerfordernis an. Ausreichend ist jede lesbare Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger, die die Person des Erklärenden erkennen lässt. Eine bloß mündliche Anordnung wäre gem. § 125 BGB nicht ausreichend,<sup>27</sup> wenn die Parteien nicht zuvor auf die Textform verzichtet haben.

d) *Praktische Hürden des Einigungsmodells.* Das in § 650 b I–III BGB nF vorgeschaltete Einigungsmodell dürfte in der Praxis einige Probleme bereiten.<sup>28</sup> Der Zeitrahmen von 30 Tagen könnte oft als zu lang empfunden werden. Es erscheint zweifelhaft, ob er in AGB wirksam verkürzt werden kann, ohne dadurch die Interessen des Unternehmers entgegen den wesentlichen Grundgedanken der neuen gesetzlichen Regelung zu vernachlässigen. Mit dem ausdrücklichen Änderungsrecht des Bestellers nach § 650 b BGB nF importiert der Gesetzgeber letztlich auch alle Probleme, die zu §§ 1 und 2 VOB/B bereits seit vielen Jahren diskutiert werden. Mit der Einführung des Merkmals der Zumutbarkeit ist noch eine neue Sollbruchstelle hinzugekommen. Der Unternehmer ist schon nicht zur Unterbreitung eines Angebots zur Ausführung des Änderungsbegehrens verpflichtet, wenn er der Ansicht ist, dass ihm die Ausführung der Änderungen nicht zumutbar ist. Zwar muss er das Vorliegen betriebsinterner Gründe beweisen; dieser Beweis wird jedoch regelmäßig als erbracht angesehen werden müssen, wenn der Unternehmer die begehrten Änderungsleistungen nicht im eigenen Betrieb ausführen kann und auch keinen entsprechenden Nachunternehmer dafür gebunden hat. Oft wird der Besteller – wenn ihm die Planung obliegt – nicht in der Lage sein, hinreichend schnell eine Planung vorzulegen, zu der der Unternehmer dann erst ein Angebot zu erstellen hätte. Die Frist kann aber erst mit Vorlage der Planung zu laufen beginnen. Bei zeitlich eng getakteten Baustellen oder vielen aufeinanderfolgenden Änderungen wird die 30-Tagesfrist pro Änderungsbegehren ein gravierendes – wenngleich für den Besteller vorhersehbares und durch gute Vorbereitung lösbares – Problem. Kein Ausweg wäre die Bündelung zahlreicher Änderungen in einem Anordnungsschreiben – es lägen dennoch mehrere Änderungen vor, die einzeln zu betrachten sind. Meint aber der Besteller, die veränderte Leistung sei vom Unternehmer ohnehin zu erbringen, etwa weil dieser schon von Anfang an falsch geplant hatte, entsteht der Streit schon um die Frage, ob überhaupt eine den Vertrag ändernde Anordnung vorliegt. § 650 b I Nr. 2, S. 5 BGB nF, bringt hier keine Lösung. Der Unternehmer muss sich entscheiden, ob er bei Ablehnung jeglicher Mehrvergütung

durch den Besteller die Leistung verweigert und möglicherweise eine Kündigung des Vertrags riskiert, oder erst einmal auf eigenes Risiko ausführt und seine Mehrforderungen später stellt.

Für Bauverträge, denen nicht die VOB/B zugrunde liegt, ist nun klar, dass der Besteller Änderungen fordern kann, wie diese zu vergüten sind und wie der Unternehmer darauf reagieren kann. Im kommerziellen Baugeschäft dagegen, wo der VOB/B-Vertrag Standard ist, dürfte sich in der Praxis zunächst wenig ändern. Man wird allerdings die 30-Tagesfrist berücksichtigen müssen, bevor eine Änderungsanordnung durchgesetzt werden kann.<sup>29</sup> Vieles spricht auch dafür, die geänderte und die zusätzliche Leistung nach § 1 III und IV VOB/B der neuen Terminologie des § 650 b I BGB nF anzupassen. Da die VOB/B in der Regel vom Besteller als Verwender gestellt wird, sind immer wieder geäußerte Unwirksamkeitsbedenken im kommerziellen Baugeschäft weitgehend irrelevant, da selbst eine eventuelle Unwirksamkeit jedenfalls kein Problem des Unternehmers darstellen würde.<sup>30</sup> Gegen § 1 IV VOB/B bestehen ohnehin keine Wirksamkeitsbedenken, da die Zumutbarkeit der Regelung immanent ist.

## 6. § 650 c BGB nF – Vergütungsanpassung

Aus § 650 c BGB nF ergibt sich als notwendige Folge des Anordnungsrechts des Bestellers ein aus der Veränderung der Vertragsleistung resultierender Vergütungsanspruch des Unternehmers. Nach § 2 V und VI VOB/B ist ein neuer Preis für geänderte oder zusätzliche Leistungen durch die Fortschreibung der Preiselemente in der Urkalkulation zu bilden.<sup>31</sup> Das gilt für § 650 c BGB nF nicht mehr ohne Weiteres. Vielmehr sind dem Unternehmer für die aufgrund einer Änderungsanordnung zu erbringende Leistung grundsätzlich die „tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“ zu vergüten. Durch die Anknüpfung an tatsächliche Kosten soll eine mögliche Potenzierung von Gewinnen und Verlusten, die aus der bisherigen Urkalkulation abgeleitet werden könnten, vermieden werden.<sup>32</sup>

a) *Berechnung der anzupassenden Vergütung.* Der Unternehmer hat indes ein Wahlrecht zur Nachtragspreisbildung: Entweder legt er seiner Preisforderung tatsächliche Kosten zugrunde, für deren Entstehen er darlegungs- und beweisbelastet ist, oder er greift auf seine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurück (Abs. 2). Entscheidet er sich für die Preisbildung nach der Urkalkulation, wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die darin hinterlegten Preise iSd § 650 c I BGB nF die tatsächlich erforderlichen Kosten widerspiegeln. Damit besteht zugunsten des Unternehmers eine Beweislastumkehr: Der Besteller muss darlegen und beweisen, wenn seines Erachtens niedrigere Kosten anfallen als sich aus der Urkalkulation ergeben. Vorrangig gilt somit die Ermittlung der Vergütung anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich der Zuschlagssätze nach § 650 c I BGB nF. Allerdings wird der Besteller oft keine niedrigeren tatsächlichen

<sup>26</sup> Vgl. *Schoofs* in *Leinemann*, § 1 Rn. 74 ff.

<sup>27</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11437, 47.

<sup>28</sup> Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags e. V. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, 4 ff.

<sup>29</sup> Wenn nicht die VOB/B als Ganzes vereinbart ist, § 310 I BGB, was praktisch jedoch fast nie vorkommt.

<sup>30</sup> § 1 IV VOB/B dürfte ohnehin auch nach dem Maßstab von § 650 b I BGB nF nicht unwirksam sein, da hier die Zumutbarkeit bereits der Anordnungsbefugnis immanent ist.

<sup>31</sup> *BGHZ* 197, 52 = *NJW* 2013, 2423; *Franz/Kues*, *BauR* 2010, 678.

<sup>32</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486, 56.

Kosten nachweisen können, wenn der Unternehmer für die Berechnung anhand der Urkalkulation optiert. Fälle krasser Fehlkalkulationen oder spekulativer Preise dürften allerdings so recht gut korrigiert werden können. Genau das war auch die gesetzgeberische Absicht: Die Lösung von der Urkalkulation zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse.<sup>33</sup> Ist die Hinterlegung einer Urkalkulation nicht vereinbart, wird der Unternehmer nicht darauf zurückgreifen können.

Im VOB/B-Vertrag ist die Preisbildung anhand der Urkalkulation vorgegeben. Das bleibt auch nach neuem Bauvertragsrecht wirksam. Hier wird es auch nicht darauf ankommen, ob die Urkalkulation schon hinterlegt wurde oder erst noch hinterlegt werden muss. Da Preise im VOB/B-Vertrag immer aus einer Urkalkulation abzuleiten sind, bleibt – wie schon bisher – auch ihre Nachreichung zulässig.

b) *Vorläufige Pauschalierung – 80 %-Regelung.* § 650 c III BGB nF soll Streit über die Höhe von Mehrkosten aus zusätzlichen oder geänderten Leistungen leichter klären und Leistungsverweigerungen vermeiden. Sind Abschlagszahlungen – wie meist – gem. § 650 c III BGB nF vereinbart oder gem. § 632 a BGB nF möglich, kann der Auftragnehmer 80 % des Preises des gem. § 650 b I 2 BGB nF von ihm vorgelegten Nachtragsangebots als Zahlung nach Leistungserbringung fordern. Damit erhält er schnell und auf einfachem Weg einen Mehrvergütungsanspruch iHv 80 % seines ursprünglich angebotenen Nachtragspreises. Hält der Besteller diesen Preis für überhöht, hat er die Möglichkeit, die überhöhte Vergütung per einstweiliger Verfügung herabsetzen zu lassen, wenn Verhandlungen dazu ohne Ergebnis bleiben.<sup>34</sup> Eine solche Verfügung wird durch § 650 d BGB nF erleichtert. Verweigert ansonsten der Besteller die Zahlung auf eine Abschlagsrechnung, mit der nach Ausführung 80 % des Angebotspreises berechnet werden, steht dem Unternehmer auch ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 273 BGB zu. Alternativ kann er per einstweiliger Verfügung einen Zahlungstitel zu erlangen versuchen.

c) *Kritik.* Der Wortlaut des § 650 c III 2 BGB nF ist nicht geglückt und sollte gelegentlich nachgebessert werden. Macht der Unternehmer 80 % der Vergütung auf Basis seines ersten Nachtragsangebots durch Abschlagsrechnung geltend, wird diese Forderung auch fällig. Mit der Formulierung, dass die gem. § 650 c I und II BGB nF geschuldete Mehrvergütung *erst nach Abnahme des Werks fällig* wird, ist der vollständige Vergütungsanspruch gemeint, der (erst) nach Abnahme endgültig und korrekt abzurechnen ist. Wählt der Unternehmer aber die Abrechnung von 80 % seines Nachtragsangebots, kann dies in jedem Fall sofort nach Ausführung abgerechnet werden, aber eben maximal 80 %. Eine darüber hinausgehende Forderung ist dann erst mit der Schlussrechnung nach Abnahme möglich.

Führt die Inanspruchnahme der 80 %-Regelung nach der Schlussrechnung zu einer Überzahlung des Unternehmers, sind zurückzugewährende Beträge nach §§ 288 I 2, II, 289 I BGB zu verzinsen. Erstreckt sich die Inanspruchnahme der 80 %-Regelung über mehrere Abschlagsrechnungen und Zahlungen, wird die Zinspflicht ab dem Zeitpunkt fällig, zu dem erstmals die tatsächlich geschuldete Mehrvergütung überschritten wurde.

d) *Die tatsächlich erforderlichen Kosten.* Der Gesetzgeber wollte sich bei der Ermittlung der Mehr- und Minderkosten gem. § 650 c BGB nF von der VOB/B-gemäßen Fortschreibung der Urkalkulation ebenso lösen wie von anderen, unpraktikableren Methoden, wie eines wie auch immer gearteten „Vertragspreinsniveaus“ oder der „üblichen Vergütung“

iSv § 632 II BGB. Der konkrete Vorgang der Preisermittlung wird in der Begründung des Gesetzentwurfs wie folgt beschrieben:

„Mehr- oder Minderleistungen werden nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn abgerechnet. Bei der Ermittlung des veränderten Aufwands nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.“<sup>35</sup>

Dieses Berechnungsmodell ist weniger präzise als noch die Begründung des Referentenentwurfs.<sup>36</sup>

Richtigerweise wird künftig so vorzugehen sein, dass der ursprüngliche Vertragspreis als Ausgangsgröße gewählt wird. Davon sind sodann die Mehr- oder Minderkosten hinzuzusaddieren oder abzusetzen. Sie werden auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich der Zuschläge ermittelt, wenn sich der Unternehmer nicht alternativ für eine Abrechnung nach der Urkalkulation entscheidet, was ihm nach freier Wahl überlassen bleibt.

Bei der Darlegung der tatsächlich erforderlichen Kosten wird zu erwarten sein, dass der Unternehmer für sämtliche Einzelkosten der veränderten Teilleistungen jeweils die Mengen darlegt und hierzu die einzelnen Kosten begründet. Schwieriger ist es, tatsächlich erforderliche Kosten für nicht angefallene Leistungen zu berechnen. Während es bei Mehrleistungen möglich ist, beispielsweise Rechnungen von Subunternehmern und/oder Zulieferern vorzulegen, scheidet dies bei Minderleistungen oft aus. Selbst ein Rückgriff auf kalkulierte Preise ist nicht immer möglich, da die Mengenreduzierung nicht einkalkulierte Einflüsse auf diese Preise haben kann. Faktisch werden hier (fiktive) Preise für die Einzelleistung zu bilden sein. Oft wird man aber auch die Kosten der Teilkündigung von Subunternehmern für entfallene Leistungen dem ursprünglichen Vertragspreis gegenüberstellen können, so dass analog einer Teilkündigung des Vertrags abgerechnet werden kann.

Schließlich findet sich in der Gesetzesbegründung keine Erklärung, was in Bezug auf die anerkanntermaßen zu berücksichtigenden Zuschlagssätze als *angemessen* anzusehen ist. Hier liegt zweifellos erhebliches Streitpotenzial, wobei die Angemessenheit von Zuschlagssätzen stets eine Frage des Einzelfalls sein dürfte. Es empfiehlt sich, die kalkulierten Zuschlagssätze als angemessen anzusehen, wenn sie nicht besonders krass vom Üblichen abweichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kalkulation der Preise – zu denen auch Zuschläge gehören – im Ermessen des Unternehmers steht.<sup>37</sup>

### 7. § 650 d BGB nF – Einstweilige Verfügung wegen Anordnungsrecht und Vergütungsanpassung

Nach § 650 d BGB nF ist es für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gem. § 650 b BGB nF oder die Vergütungsanpassung gem. § 650 c BGB nF nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird. Daran scheiterten früher die meisten Anträge in

33 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486, 56.

34 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486, 57.

35 Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/8486, 56.

36 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (RefE), 59.

37 Grundsatz der Kalkulationsfreiheit, vgl. Leinemann in Leinemann, § 2 Rn. 142; vgl. zur Zulässigkeit von Kalkulationsvorgaben des Auftraggebers BGH, NZBau 2006, 797; OLG München, NJOZ 2006, 2326; OLG Koblenz, VergabeR 2006, 233 (234 f.) = BeckRS 2006, 01103.

Bausachen, so dass es solche Verfügungen kaum gab. Jetzt kann einstweiliger Rechtsschutz zur Abwehr oder Durchsetzung einer Anordnung ebenso erlangt werden wie zur Abwehr oder Durchsetzung eines Vergütungsanspruchs nach einer Anordnung gem. § 650 b BGB nF.

Nach ergebnislosem Ablauf der nach § 650 b I BGB nF vorgeschalteten 30-tägigen Einigungsphase sieht der Gesetzgeber die Möglichkeit eines schnellen Rechtsschutzes vor, um einen Baustillstand bzw. Liquiditätsengpässe zu vermeiden. Das führt dazu, dass künftig in Bausachen vielfach einstweilige Verfügungen möglich werden, allerdings nicht vor Baubeginn. Ob sie auch nach Abnahme noch möglich wären, erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen. Jedenfalls muss nur noch der Anspruch als solcher belegt werden.

Ziel ist, dass der Unternehmer schnell einen Titel über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch oder die erforderliche erhöhte Sicherheit erlangen kann. Der Besteller soll andererseits den Unternehmer verpflichten lassen können, eine für unzumutbar erklärte Anordnung zu befolgen oder eine erhobene, für zu hoch befundene Abschlagsforderung (zB 80 % der Summe des ersten Angebots) des Unternehmers per einstweiliger Verfügung herabzusetzen.<sup>38</sup>

Als wichtiges organisatorisches Instrument der Justiz sind ab 1.1.2018 mit Inkrafttreten der §§ 71, 72, 72 a und 119 a GVG bei den Landgerichten Baukammern einzurichten.<sup>39</sup> Die Zukunft wird wohl eine Reihe von Bauprozessen im einstweiligen Verfügungsverfahren mit sich bringen, denn es sind bauvertragliche Ansprüche nach Grund und Höhe mit allen Kostenarten zu beurteilen, ebenso mögliche Gegenforderungen aller Art. Künftig können Anordnungen ebenso wie Zahlungsansprüche per einstweiliger Verfügung durchgesetzt – und abgewehrt – werden.

### 8. § 650 g BGB nF – Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme

§ 650 g BGB nF räumt dem Unternehmer das Recht ein, nach Abnahmeverweigerung des Bestellers eine Zustandsfeststellung des Werks zu verlangen. Eine Zustandsfeststellung führt in Bezug auf *offenkundige Mängel* zu einer Vermutung dahingehend, dass diese, wenn das Werk dem Besteller verschafft und die offenkundigen Mängel nicht in der Zustandsfeststellung erfasst wurden, als später entstanden und vom Besteller zu vertreten anzusehen sind. Die Vermutungsregelung soll lediglich dann nicht gelten, wenn *der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann*.

Die Teilnahme an der gemeinsamen Zustandsfeststellung ist eine Obliegenheit des Bestellers. Nimmt der Besteller (schuldhaft) nicht teil, steht es dem Unternehmer frei, die Zustandsfeststellung allein durchzuführen. Hat der Besteller das Fernbleiben von der gemeinsamen Zustandsfeststellung nicht zu vertreten, muss er dies dem Unternehmer unverzüglich anzeigen. Anderenfalls dürfte – auch wenn das nicht ausdrücklich im Gesetz steht – die vom Unternehmer allein vorgenommene Zustandsfeststellung als widerlegbare Vermutung gelten.<sup>40</sup>

Eine Zustandsfeststellung nach § 650 g BGB nF kann nach dem Gesetzeswortlaut nur dann verlangt werden, wenn der Besteller die Abnahme *unter Angabe von Mängeln* verweigert. Insofern hängt § 650 g BGB nF mit § 640 II BGB nF zusammen. Denkbar ist es, dass die Parteien ohnehin intensiv über das Vorhandensein eines vermeintlich wesentlichen Mangels streiten und deshalb der Unternehmer aufgrund der ernsthaften und endgültigen Abnahmeverweigerung des Be-

stellers eine Abnahme (noch) nicht verlangt hat. Weshalb soll hier eine Zustandsfeststellung nach Ingebrauchnahme durch den Besteller nicht genauso opportun und erforderlich sein? Einer Zustandsfeststellung bedarf es deshalb in allen Fällen der Abnahmeverweigerung und Ingebrauchnahme durch den Besteller, auch ohne vorherige Fristsetzung zur Abnahme oder vorangegangener Weigerungserklärung des Bestellers.<sup>41</sup>

### 9. § 650 g IV BGB nF – Prüffähige Schlussrechnung

Durch § 650 g IV BGB nF wird für Bauverträge nun die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung neben der Abnahme zur Fälligkeit Voraussetzung gemacht. Den Einwand der fehlenden Prüfbarkeit kann der Besteller nur innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung gegenüber dem Unternehmer erheben. Es gilt dasselbe wie nach § 16 III VOB/B: Die Rechnung wird dann fällig, kann aber noch inhaltlich angegriffen werden.<sup>42</sup> Prüfbar ist eine Schlussrechnung, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung aller erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist, § 650 g IV BGB nF. Im Wesentlichen wird man hier auf die zu § 14 VOB/B entwickelten Grundsätze zurückgreifen.<sup>43</sup>

### 10. § 650 h BGB nF – Schriftform der Kündigung

In § 650 h BGB nF ist geregelt, dass die Kündigung eines Bauvertrags grundsätzlich der Schriftform bedarf. Sie war bislang formfrei möglich, unabhängig davon, ob es sich um eine freie Kündigung nach § 649 BGB oder um eine Kündigung aus wichtigem Grund gehandelt hat. Im VOB/B-Vertrag ist nach § 8 V VOB/B für alle Arten der Kündigung schon immer die Schriftform vorgesehen.

Sinn und Zweck des neu aufgenommenen Schriftformerfordernisses soll die Rechtsicherheit und die Beweissicherung sein. Überdies soll die kündigende Partei vor einer Übereilung bewahrt werden.<sup>44</sup> Da es sich um eine gesetzliche Schriftform gem. § 126 BGB handelt, kann sie gem. § 126 a BGB nur durch die elektronische Form, nicht aber gem. § 126 b BGB durch die Textform ersetzt werden. Zukünftig gibt es keine Kündigung von Bauverträgen mehr per E-Mail.

## II. Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrags

### 1. Vertragstyp und anzuwendende Vorschriften

Für den Architekten- und Ingenieurvertrag gelten nach § 650 q I BGB nF die Vorschriften des Kapitels 1 des Unterabschnitts 1 sowie §§ 650 b, 650 e und 650 h BGB nF entsprechend. Der Architekten- und Ingenieurvertrag wird ausdrücklich nicht als Werkvertrag qualifiziert, sondern als eigener Vertragstyp. Dies eröffnet der Rechtsprechung die Möglichkeit, den Architekten- und Ingenieurvertrag losgelöst von sonstiger Judikatur zum Werkvertragsrecht zu behandeln und so einige Besonderheiten zu berücksichtigen. Das Architekten- und Ingenieurrecht wird sich daher allmählich vom Werkvertragsrecht lösen und mehr als heute eine eigenständige Rechtsmaterie bilden. Der Gesetzgeber hat

38 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8486, 58 f.

39 Bei den Oberlandesgerichten entsprechend Bausenate.

40 So auch die Rechtsprechung zu § 4 VOB/B; zu Mitwirkungspflichten vgl. *Leinemann* in *Leinemann*, § 4 Rn. 4.

41 *Zutr. Langen*, NZBau 2015, 658 (666).

42 *Locher* in *Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim*, § 16 III VOB/B Rn. 17.

43 vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11437, 49; *Leinemann* in *Leinemann*, § 16 Rn. 128.

44 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (RefE), 62.

auch auf eine Bezugnahme auf die HOAI verzichtet. Damit bleibt die HOAI reines Preisrecht und erlangt keine vertragsrechtliche Bedeutung. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des *BGH*<sup>45</sup> und wurde in der Gesetzesbegründung zu § 650 p BGB nF ausdrücklich bestätigt.<sup>46</sup>

Das Architekten- und Ingenieurvertragsrecht bleibt indes im Wesentlichen den Vorschriften des Werk- und Bauvertragsrechts unterworfen. Durch § 650 p BGB nF werden erstmals vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen gesetzlich definiert. Dabei unterstreicht der Gesetzgeber die stufenweise zu erbringenden Leistungen des Architekten und Ingenieurs. In einer ersten Leistungsphase sind gem. § 650 p II BGB nF die Planungsziele zu definieren, nämlich welcher Art das zu schaffende Bauwerk sein soll, für das er den werkvertraglichen Erfolg schuldet. Schon diese erste Planungsphase ist aber vergütungspflichtig. So wird der (Grau-)Bereich der unentgeltlichen Akquise verringert.

## 2. Einseitiges Anordnungs- und Sonderkündigungsrecht, Teilabnahme und Haftungserleichterung

Auch im Architekten- und Ingenieurvertrag gelten künftig die Vorschriften der §§ 632–650 BGB nF sowie der §§ 650 b, 650 e–650 h BGB nF entsprechend. Damit besteht auch hier ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650 b BGB nF. Für die der Anordnung folgende Vergütungsanpassung soll nach § 650 q II BGB nF in erster Linie nicht § 650 c BGB nF, sondern das Preisrecht der HOAI Anwendung finden. Gilt die HOAI jedoch nicht, ist § 650 c BGB nF maßgeblich.

Neu eingeführt wird mit § 650 r BGB ein so genanntes Sonderkündigungsrecht, sowohl für den Besteller (Abs. 1) als auch für den Unternehmer (Abs. 2). Nach der Vorlage von erstellten Unterlagen durch den Planer gem. § 650 p II BGB nF kann der Besteller den Vertrag kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn er in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet wurde. Der Planer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650 p II 2 BGB nF setzen. Er kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung verweigert oder innerhalb der Frist nach § 650 p II 2 BGB nF keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt. Damit soll den Parteien möglichst früh die Möglichkeit gegeben werden, sich wieder vom Vertrag zu lösen, und zwar ohne dass dem Unternehmer für die noch nicht erbrachten Leistungen ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zusteht (§ 650 r III BGB nF).

Mit § 650 s BGB nF wird für den Architekten und Ingenieur das Recht auf Teilabnahme eingeführt, wenn die letzte Leistung des ausführenden Unternehmens abgenommen ist. Damit wird den stark auseinanderfallenden Verjährungsfristen zwischen bauausführenden Unternehmen, Architekten und Ingenieuren, die auch für die Objektbetreuung beauftragt sind, entgegengewirkt. Eine Folge hieraus kann sein, dass der Gesamtschuldnerausgleich mit dem bauausführenden Unternehmen bereits verjährt sein kann, wenn der Architekt wegen eines Überwachungsmangels in Anspruch genommen wird. Der Wortlaut der Vorschrift ist hier sicher noch optimierungsbedürftig.<sup>47</sup>

Mit der Neuregelung nach § 650 t BGB wird schließlich die vermeintlich überproportionale Belastung der Architekten und Ingenieure durch die gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer reduziert. Danach kann der Planer seine Inanspruchnahme verweigern, wenn der

Besteller nicht zuvor den Bauunternehmer zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung aufgefordert hat (sog. Vorrang der Nacherfüllung). Bisher konnte der Besteller den Haftungspartner hier frei wählen; künftig soll zunächst der Bauunternehmer haften. Es ist allerdings zweifelhaft, ob dieses Haftungsprivileg sinnvoll ist, wenn der Planer den Mangel verursacht hat.

## III. Besondere Regeln bei Bauverträgen mit Verbrauchern

Mit den §§ 650 i–650 n BGB nF werden erstmals eigenständige Regelungen für den so genannten Verbraucherbauvertrag<sup>48</sup> in das Gesetz aufgenommen, die hier nur kurz angesprochen werden sollen. Gegenüber Verbrauchern muss nach § 650 j BGB nF vom Unternehmer eine Baubeschreibung erstellt werden, deren Angaben zum Vertragsinhalt werden. Auslegungszweifel gehen nach § 650 k II BGB nF zulasten des Unternehmers. Ferner muss ein Fertigstellungszeitpunkt oder mindestens die Ausführungsdauer benannt werden. Der Verbraucher kann bei nicht notariell beurkundeten Bauverträgen nach § 650 l BGB nF seine Vertragserklärung widerrufen. Er muss eine Widerrufsbelehrung erhalten, um die Widerrufsfrist nach § 355 BGB in Lauf zu setzen. Dafür wird ein gesetzliches Muster als Anlage 10 zu Art. 249 § 3 EGBGB geschaffen, dessen unveränderte Verwendung sich dringend empfiehlt. Nach § 650 m BGB nF darf der Unternehmer durch Abschlagsrechnungen nur 90 % der Gesamtvergütung berechnen. Er muss dem Verbraucher eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung stellen. Dem Unternehmer steht nach § 650 n BGB nF kein Zurückbehaltungsrecht an von ihm erstellten Planungsunterlagen zu, die der Verbraucher zur Vorlage bei Behörden benötigt. Von den §§ 640 II 2, 650 i–650 l, 650 n BGB nF kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, so § 650 o BGB nF.

## IV. Fazit

Viele in der Praxis wichtige Aspekte werden sich für ab 2018 abgeschlossene Verträge verändern. Das Bauvertragsrecht rückt näher an die Bedingungen der VOB/B heran, modifiziert sie jedoch auch zum Teil. Ein Auftraggeber kann künftig nicht mehr einfach Änderungen anordnen; er muss 30 Tage lang eine Einigung versuchen, dazu eine Planung vorlegen und sich mit einem darauf basierenden Angebot des Auftragnehmers befassen. Der Auftragnehmer wiederum sollte sein Nachtragsangebot sorgfältig kalkulieren, weil er nur aus diesem Angebot später im Streitfall eine Abschlagsforderung von 80 % vorläufig beanspruchen kann. Beide Parteien können künftig ihre Meinungsunterschiede per einstweiliger Verfügung klären lassen. Im einstweiligen Rechtsschutz können Preise festgesetzt und Zahlungsansprüche bestätigt werden, was wir in Zukunft häufiger sehen werden. Das dürfte zur raschen Klärung typischer Streitfragen beitragen und wird hoffentlich viele Hauptsacheverfahren vermeiden. Zugleich bedeutet das eine Chance für eine engagierte Richterschaft, die zunehmend auf Schiedsgerichte abwandernde Deutungshoheit der staatlichen Gerichtsbarkeit für größere Bauprojekte wieder zurückzugewinnen. ■

45 *BGHZ* 159, 376 = *NJW* 2004, 2588 = *NZBau* 2004, 509.

46 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, Stand: 1.3.2016, 77.

47 Vgl. zum Ganzen ausf. *Kühn*, *ZfBR* 2017, 211.

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