

## GEMEINSAME POSITION

Stand 2. Mai 2018

### Neues gesetzliches Bauvertragsrecht 2018

Mehr Partnerschaft und Qualität am Bau

#### A. Grundsätzlich

Seit Januar 2018 enthält das Bürgerliche Gesetzbuch ein eigenes Kapitel zum Bauvertrag.

Wir begrüßen sowohl als Auftragnehmer des Bauherrn, als auch als Nachunternehmer und als Auftraggeber von Nachunternehmern, dass der Gesetzgeber insbesondere die nachträgliche Änderung einer vereinbarten Vertragsleistung sowie deren Vergütung und Durchsetzung im (vereinfacht zugänglichen) einstweiligen Rechtsschutz regelt.

Hauptursachen für einen oft langjährigen Rechtsstreit, in dem die Vertragspartner erhebliche finanzielle und personelle Mittel binden, die weder dem Bauherrn noch den Unternehmen der Leistungskette für produktive Bauzwecke zur Verfügung stehen, sind laut einer Studie aus dem Jahr 2005:<sup>1</sup>

- Nachträgliche Änderungen der vereinbarten Leistung,
- Fehler oder Unklarheiten in den Vertragsunterlagen,
- fehlende oder mangelhafte Planunterlagen oder Vorleistungen.

Eine „baubegleitende“ Planung mit ständigen kurzfristigen Leistungsänderungen führt zu Chaos auf der Baustelle und ist vom Gesetzgeber unerwünscht. Ausdrückliches Ziel des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts ist es, ständigen Vertragsänderungen infolge unklarer oder unvollständiger Ausschreibungen entgegenzuwirken.<sup>2</sup>

#### B. Einigung über Leistungsänderung

Positiv ist, dass die Vertragspartner sich über eine nachträgliche Änderung **einigen** sollen und das Unternehmen dazu ein Angebot vorlegt, was die Änderung kostet.

So sollen laut Gesetzesbegründung kostenintensive Konflikte und eine Störung des Liquiditätsflusses der Unternehmen vermieden werden.<sup>3</sup> Wir gehen davon aus, dass die weit überwiegende Zahl aller Fälle auf diesem Weg der Einigung schnell und praxisnah gelöst werden kann, **ohne** einen langjährigen, teuren und unproduktiven Rechtsstreit führen zu müssen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Unternehmen

- neben der vereinbarten auch jede nachträglich geänderte Leistung auf **eigene Kosten vorfinanzieren** müssen und
- mit dem Einbau des Baumaterials - auch ohne Bezahlung - das **Eigentum** daran **verlieren** und daher
- auf eine **pünktliche** und **vollständige** Vergütung ihrer auf eigene Kosten vorfinanzierten Leistung angewiesen sind, auch um die notwendige Liquidität zu behalten.

<sup>1</sup> Haghsheno / Kaben in Jahrbuch des Baurechts 2005, Seite 261 folgende.

<sup>2</sup> Gesetzentwurf Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 18/8486, Abschnitt A, Absatz 1 und Begründung, Abschnitt A.I.1., Absatz 2.

<sup>3</sup> Gesetzentwurf Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 18/8486, Begründung, Abschnitt A.II.1.

### C. Angemessene Einigungsfrist

Unabhängig vom neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht sind öffentliche Bauherren durch das Vergaberecht dazu verpflichtet, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.<sup>4</sup> Eine nachträgliche Leistungsänderung muss daher die Ausnahme sein. Sich über die nachträgliche Leistungsänderung und deren Vergütung zu einigen, schafft im Interesse beider Vertragspartner die notwendige Klarheit für ein erfolgreiches Bauvorhaben.

Wir unterstützen den gesetzlich vorgeschriebenen Einigungsversuch „binnen 30 Tagen“. Diese Frist beruht auf einem Vorschlag des Bundesrates,<sup>5</sup> in dem die Bundesländer als wichtige öffentliche Bauherren vertreten sind.

Sich „binnen 30 Tagen“ zu einigen, dürfte im Regelfall möglich sein, nachdem das Änderungsbegehren des Bauherrn, einschließlich der vom Bauherrn geschuldeten Planung, dem Unternehmen zugegangen ist. Jeder Vertragspartner ist an einer zeitnahen einvernehmlichen Lösung interessiert.

Dazu hat der Gesetzgeber einen Rahmen bestimmt, der dem Unternehmen Zeit gibt, ein Angebot vorzulegen und dem Bauherrn ermöglicht, dieses Angebot zu bewerten. Jeder Vertragspartner hat einen Anreiz, keine unnötige Zeit zu verlieren. Baustillstand führt zu einer Störung des Bauablaufs und verursacht für Bauunternehmen und Bauherrn zusätzlichen Aufwand und Kosten. Daran hat niemand ein Interesse.

### D. Wirtschaftlicher Ausgleich bei „Anordnung“

Gelingt den Vertragspartnern keine Einigung über die Änderung und deren Vergütung, darf der Bauherr die Leistung ausnahmsweise einseitig ändern (= „anordnen“).<sup>6</sup>

Gibt der Gesetzgeber – wie im Fall eines einseitigen „Anordnungsrechts“ – einem Vertragspartner ausnahmsweise das Recht, einseitig den Vertragsinhalt zu ändern, liegt darin eine **Einschränkung** der **Privatautonomie** des anderen Vertragspartners, die sich nur rechtfertigen lässt, wenn die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen des betroffenen Vertragspartners durch **kompensatorische gesetzliche Schutzregelungen** gewahrt werden.<sup>7</sup>

Als notwendige Folge dieser einseitigen Leistungsänderung (= „Anordnung“) des Bauherrn muss das Unternehmen einen **wirtschaftlichen Ausgleich** erhalten. Dazu

- wird die Höhe der Vergütung gesetzlich bestimmt (= tatsächlich erforderliche Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn),<sup>8</sup>
- darf das Unternehmen seinen gesetzlichen Vergütungsanspruch vereinfacht berechnen, indem es die Urkalkulation fortschreiben darf (aber nicht muss) und dann vermutet wird, dass dies den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn entspricht,<sup>9</sup> und
- darf das Unternehmen seine Abschlagsforderungen auf die geänderte Leistung pauschaliert berechnen (muss es aber nicht = nach Baufortschritt 80 % auf die zur Einigung angebotene Vergütung).<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Siehe § 7 Absatz 1 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A).

<sup>5</sup> Siehe Stellungnahme Bundesrat, Bundesratsdrucksache 123/16 (Beschluss), Nummer 14.

<sup>6</sup> Siehe § 650b Absätze 1 und 2 Bürgerliches Gesetzbuch neu.

<sup>7</sup> Gutachten Professor Battis, 17. Mai 2016, Zur Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Reform des Bauvertragsrechts mit dem Grundgesetz, Seite 9.

<sup>8</sup> Siehe § 650c Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch neu.

<sup>9</sup> Siehe § 650a Absatz 2 Bürgerliches Gesetzbuch neu.

<sup>10</sup> Siehe § 650c Absatz 3 Bürgerliches Gesetzbuch neu.

Es handelt sich um einen auch **verfassungsrechtlich** zwingend erforderlichen wirtschaftlichen Ausgleich dafür, dass der Bauherr die ursprünglich vereinbarte Leistung nachträglich ausnahmsweise einseitig ändern darf.

Allerdings muss das Unternehmen - damit die gesetzlichen Ausgleichsregelungen eingreifen - seine Leistung bereits zum abgerechneten Teil erbracht und vorfinanziert haben, weshalb dem Unternehmen lediglich (**nachträglich**) **Liquidität** verschafft wird und dies - soweit das Unternehmen die Möglichkeit hat, Abschlagsforderungen nach Baufortschritt pauschaliert zu berechnen - auch nicht in vollem Umfang, sondern nur zu einem bestimmten Prozentsatz. Es handelt sich **nicht** um „**Vorauszahlungen**“, wie teilweise behauptet wird.

Einen wirksamen wirtschaftlichen Anreiz, bei pauschaliert berechneten Abschlagsforderungen keine überhöhten Rechnungen zu stellen, hat der Gesetzgeber dadurch geschaffen, dass etwaige **Überzahlungen** ab Erhalt **verzinst zurückzuzahlen** sind, und zwar mit **9 % über dem Basiszinssatz** der Europäischen Zentralbank.<sup>11</sup>

### E. Erleichterter einstweiliger Rechtsschutz

Zu begrüßen ist, dass bei Streit über Anordnungen des Bauherrn und deren Vergütung den Vertragspartnern einstweiliger gerichtlicher Rechtsschutz (erleichtert) zur Verfügung stehen soll, nachdem das Bauvorhaben begonnen wurde.<sup>12</sup>

Die dazu vorgesehenen spezialisierten Baukammern bei den Landgerichten und Bausenate bei den Oberlandesgerichten zeitnah und kompetent besetzt einzurichten, ist eine anspruchsvolle, aber längst überfällige Aufgabe.

### F. VOB/B

Konsequent wäre, die vom Gesetzgeber getroffenen Regelungen zur nachträglichen Änderung einer vereinbarten Vertragsleistung, deren Vergütung und Durchsetzung **unverändert** in die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (= VOB/B) zu übernehmen.

Bauherren und Unternehmen hätten so eine **einheitliche Regelung**, die durch den Einigungsgrundsatz zu mehr Partnerschaft und weniger Streit auf der Baustelle führt und auf die künftige Rechtsprechung einheitlich angewendet werden könnte.

*Mögliche Umsetzung (= durch Verweis auf das Gesetz, siehe unten, oder ausformuliert):*

- *VOB/B § 2a (neu) Leistungsänderung und Vergütung*  
*Für eine nachträgliche Leistungsänderung, deren Vergütung und Durchsetzung gelten die §§ 650b bis d des Bürgerlichen Gesetzbuchs (= oder ausformuliert).*
- *Es entfallen die bisherigen Klauseln der VOB/B zu nachträglichen Vertragsänderungen (= § 1 Absätze 3 und 4) sowie zu den Vergütungsfolgen (= § 2 Absätze 5 und 6).*

Eine vom Gesetz abweichende Neuregelung der VOB/B hätte für Bauherren und Unternehmen den Nachteil, dass damit eine **doppelte Rechtsunsicherheit** geschaffen würde: Einerseits, wie die neuen VOB-Klauseln **inhaltlich** zu verstehen sein sollen und andererseits, ob die neuen VOB-Klauseln einer **AGB-rechtlichen Überprüfung** standhalten oder **unwirksam** sind und auf diesem Wege dann durch die gesetzlichen Regelungen ersetzt werden. Dies gilt insbesondere für „Anordnungsrechte“ und deren Vergütungsfolgen.

<sup>11</sup> Siehe § 650c Absatz 3 Sätze 3 und 4 Bürgerliches Gesetzbuch neu.

<sup>12</sup> Siehe § 650d Bürgerliches Gesetzbuch neu.