

Gutachten

im Auftrag

der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e. V. (BVMB),
des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie e.V. (HDB),
des Verbands der Bahnindustrie in Deutschland e.V. (VDB) und
des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes e.V. (ZDB)

**zur Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs der
Bundesregierung zur Reform des Bauvertragsrechts mit
dem Grundgesetz**

Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis

unter Mitarbeit von

Rechtsanwalt Thorsten Deppner

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen.....	II
I. Fragestellung.....	1
II. Zusammenfassung.....	2
III. Prüfung der Vereinbarkeit des § 650b BGB-E und des § 650c Abs. 4 BGB-E mit dem Grundgesetz.....	3
1. Eröffnung des Schutzbereichs: Verfassungsrechtliche Grundlagen der Vertragsfreiheit.....	5
2. Eingriff in den Schutzbereich der Vertragsfreiheit.....	9
a) Eingriff durch das Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB-E).....	10
b) Eingriff durch die Ausnahme von der AGB-Kontrolle (§ 650c Abs. 4 BGB-E).....	11
3. Unvereinbarkeit der Eingriffe mit der Berufsfreiheit.....	11
a) Schrankenregelung des Art. 12 Abs. 1 GG.....	12
b) Unvereinbarkeit des Anordnungsrechts des Bestellers (§ 650b BGB-E) mit der Berufsfreiheit.....	13
aa) Wesensgehaltsgarantie.....	13
bb) Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot).....	14
c) Unvereinbarkeit der Ausnahme von der AGB-Inhaltskontrolle (§ 650c Abs. 4 BGB-E) mit der Berufsfreiheit und dem Gleichheitssatz.....	22
aa) Wesensgehaltsgarantie.....	22
bb) Verstoß gegen die Schutzpflichten des Gesetzgebers (Untermaßverbot).....	23
cc) Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot.....	25
dd) Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).....	27
Literaturverzeichnis (Auswahl).....	29

Abkürzungen

Abs.	Absatz.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396) geändert worden ist.
BGB-E	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung vom 2. März 2016.
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist.
Nr.	Nummer.
RegE BauV	Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung vom 2. März 2016.
S.	Seite.
VOB/B	Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB).
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung).

I. Fragestellung

Mit Beschluss vom 2. März 2016 hat die Bundesregierung den vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (RegE BauV) gebilligt. Der Gesetzentwurf sieht mit der Einfügung eines Kapitels „Bauvertrag“ in das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine umfassende Neuregelung der gesetzlichen Bestimmungen für das Bauvertragsrecht vor.

Zu diesen Neuregelungen gehört auch ein in § 650b BGB-E vorgesehenes „Anordnungsrecht“ des Bestellers und eine damit korrespondierende Regelung zur Vergütungsanpassung in § 650c BGB-E. Letztere Regelung sieht in ihrem Absatz 4 vor, dass im Rahmen eines Bauvertrags die Regelungen der VOB/B abweichend von § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB auch dann der AGB-Kontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB nicht unterliegen, wenn die VOB/B nicht in ihrer Gesamtheit, sondern nur die Bestimmungen zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung übernommen in den Vertrag einbezogen werden.

Gegenstand des Gutachtens ist die Frage, ob die beiden genannten Regelungen des Anordnungsrechts (§ 650b BGB-E) und der eingeschränkten AGB-Kontrolle (§ 650c Abs. 4 BGB-E) in der Fassung des RegE BauV mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

II. Zusammenfassung

1. Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Bauvertragsrechts vorgesehenen Regelungen zum Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB-E) und zur Ausnahme einzelner Regelungen der VOB/B von der AGB-Inhaltskontrolle (§ 650c Abs. 4 BGB-E) greifen in die Vertragsfreiheit der betroffenen Bauunternehmer und damit in ihr von Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschütztes Grundrecht der Berufsfreiheit ein.
2. Das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB-E stellt wegen eines zu weiten Anwendungsbereichs und mangels einer umfassenden Ausnahmeregelung bei Unzumutbarkeit der Anordnung für den Bauunternehmer eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit der betroffenen Bauunternehmer dar. § 650b BGB-E ist damit in seiner derzeitigen Fassung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit unvereinbar und verfassungswidrig.
3. Die in § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Ausnahme für Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung von der AGB-Inhaltskontrolle stellt einen Verstoß gegen die staatliche Schutzpflicht zur Gewährleistung der Vertragsfreiheit als tatsächliche Entscheidungsfreiheit dar. Eine solche Rücknahme der Kontrolldichte ist höchstens bei einer gesamtheitlichen Einbeziehung der VOB/B als insgesamt „faïres“ und gut austariertes Regelwerk verfassungsrechtlich haltbar. Darüber hinaus verstößt die Regelung wegen mangelnder Differenzierung nach der Verhandlungsmacht der betroffenen Unternehmer gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. § 650c Abs. 4 BGB-E ist damit mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit und mit dem Gleichheitssatz unvereinbar und verfassungswidrig.
4. Darüber hinaus stellt die in § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene „dynamische Verweisung“ auf weder eindeutig benannte noch abschließend bestimmbare Regelungen der VOB/B „in ihrer jeweils geltenden Fassung“ einen Verstoß gegen das sich aus dem Gesetzesvorbehalt ergebende verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot dar.

III. Prüfung der Vereinbarkeit des § 650b BGB-E und des § 650c Abs. 4 BGB-E mit dem Grundgesetz

Der RegE BauV sieht unter anderen die Einfügung der folgenden Normen in ein neu zu schaffendes Kapitel 2 „Bauvertrag“ in den Untertitel „Werkvertragsrecht“ des BGB vor:

„§ 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 Vertrages; 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.

(2) Erzielen die Parteien keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung 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.

(3) Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird, wenn zuvor unter Beiziehung eines Sachverständigen versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen.

§ 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.

(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 eine 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 Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren.

(4) Die Parteien können eine andere Vereinbarung für die Vergütungsanpassung treffen. Wird die Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, findet § 307 Absatz 1 und 2 in Bezug auf eine Inhaltskontrolle von Bestimmungen zur Berechnung der Vergütungsanpassung abweichend von § 310 Absatz 1 Satz 3 auch dann keine Anwendung, wenn nur die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen sind.

(5) Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird, wenn zuvor unter Beiziehung eines Sachverständigen versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen.“

Sowohl § 650b BGB-E als auch § 650c Abs. 4 BGB-E sind Vorschriften des besonderen Schuldrechts und stellen als solche eine gesetzgeberische Ausgestaltung des Vertragsrechts dar. Ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz hängt damit – neben der Einhaltung der Vorschriften der Art. 76 ff GG im Gesetzgebungsverfahren – in formeller Hinsicht von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes sowie in materieller Hinsicht insbesondere von ihrer Vereinbarkeit mit den Grundrechten ab.

Da an der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das bürgerliche Recht nach

Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG kein vernünftiger Zweifel besteht, beschränkt sich dieses Gutachten auf die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit der beiden Vorschriften, also insbesondere ihrer Vereinbarkeit mit den Grundrechten.

Dazu ist zunächst zu prüfen, der Schutzbereich welcher Grundrechte durch die Regelungen berührt wird. Da beide Vorschriften das Werkvertragsrechts betreffen und damit im Hinblick auf den berührten Lebenssachverhalt vergleichbar sind, erfolgt diese Prüfung einheitlich (dazu 1). In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob die beiden Vorschriften in den Schutzbereich der berührten Grundrechte auch eingreifen (dazu 2). Diese Prüfung erfolgt wegen der unterschiedlichen Eingriffsrichtung gesondert für jede Vorschrift. Entscheidend ist schließlich danach zu fragen, ob die jeweiligen Eingriffe in den Schutzbereich der berührten Grundrechte gerechtfertigt sind, ob die Regelungen also mit den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs vereinbar sind (dazu 3). Dabei ist insbesondere auf die Vereinbarkeit der Regelungen mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (Über- und Untermaßverbot) einzugehen.

1. Eröffnung des Schutzbereichs: Verfassungsrechtliche Grundlagen der Vertragsfreiheit

Die beiden zu prüfenden Normen treffen Regelungen, die den Abschluss und die Ausgestaltung von Werkverträgen betreffen. Sie berühren damit die zivilrechtliche „Vertragsfreiheit“, also die Freiheit, Verträge eines selbstgewählten Inhalts über einen selbstgewählten Gegenstand mit einem selbstgewählten Vertragspartner abzuschließen.

Das Grundgesetz schützt die Vertragsfreiheit – anders als noch Art. 152 der Weimarer Reichsverfassung¹ – zwar nicht explizit.² Allerdings findet die Vertragsfreiheit nach ganz herrschender Meinung als Ausfluss der Privatautonomie ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Allgemeinen in der durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit.³ Diese Zuordnung der Vertragsfreiheit zum Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit hat schon früh ihren Niederschlag in der

1 Art. 152 Abs. 1 WRV lautete: „Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze.“

2 Vgl. für einen geschichtlichen Überblick *Höfling*, Vertragsfreiheit – eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991, S. 7 ff und für einen umfassenden Gesamtüberblick über die Thematik *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001.

3 BVerfGE 8, 274 (328); 89, 48 (61); 95, 267 (304); st. Rspr.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 101 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 145; a.A. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 1 Nr. 10 lit. a (S. 18), nach dem das Grundgesetz nur die Grundentscheidung für eine Privatrechtsordnung, wegen der Angewiesenheit der Vertragsfreiheit auf die Rechtsordnung aber nicht bestimmte Inhalte dieser Privatrechtsordnung schützt. Eine Aufarbeitung der Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Diskussion unter dem Grundgesetz bietet *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, S. 280 ff.

Rechtsprechung des Bundesverwaltungs- und auch des Bundesverfassungsgerichts gefunden:

„Als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit, soweit sie nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen gewährleistet sind (vgl. BVerfGE 6, 32 [41 f.]).“⁴

Aus diesem Zitat wird gleichzeitig deutlich, dass die Vertragsfreiheit über den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG hinaus auch den Schutz speziellerer Grundrechte, namentlich den der in Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Berufsfreiheit, genießen kann.⁵ Konsequenterweise will *Höfling* alle in Ausübung oder zur Ermöglichung beruflicher, unternehmerischer bzw. gewerblicher Betätigungen abgeschlossenen Verträge dem Schutzbereich der Berufsfreiheit unterstellen.⁶ Daran könnte man deswegen Zweifel haben, weil es dafür grundsätzlich der Zuordnung der von den Regelungen des Bauvertragsrechts betroffenen Tätigkeiten zu einem oder mehreren bestimmten Berufsbildern bzw. den Merkmalen spezifischer Berufe⁷ bedarf. Darüber hinaus ist ein unmittelbarer Berufsbezug oder jedenfalls eine berufsregelnde Tendenz der zu prüfenden Regelungen erforderlich.⁸

Allerdings umfasst der Begriff „Beruf“ jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁹ Die Herstellung von Bauwerken – und diese ist gem. § 650a BGB-E Gegenstand des Bauvertrags – wird seitens des Bauunternehmers wohl fast ausnahmslos im Rahmen einer gewerblichen, also auf Dauer angelegten und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienenden Art und Weise erbracht werden. Zwar mögen verschiedene Berufstätigkeiten (von Architekten über Handwerker bis hin zu Bauarbeitern) betroffen sein, an der Betroffenheit von „Berufen“ im o.g. Sinne besteht aber kein Zweifel.

Eine Betroffenheit der Berufsfreiheit scheidet auch nicht etwa deswegen aus, weil die Berufsfreiheit durch die Regelungen des Bauvertragsrechts nur mittelbar berührt würde. Zwar soll Art. 12 Abs. 1 GG „seine Schutzwirkung [...] nur gegenüber solchen Normen oder Akten [entfalten], die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben“¹⁰. Dies liegt darin begründet, weil „nahezu jede Norm oder deren Anwendung unter bestimmten Voraussetzungen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit haben kann“¹¹. Auch ist ein unmittelbarer Berufsbezug vorliegend nicht gegeben; dazu sind bereits zu verschiedenartige Tätig-

4 BVerfGE 8, 274 (328) – Preisgesetz.

5 Vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 146, der im Hinblick auf die „Handlungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich“ zumeist „Art. 12 als spezielles Grundrecht“ für einschlägig hält.

6 *Höfling*, Vertragsfreiheit – eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991, S. 17.

7 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 81.

8 BVerfGE 95, 267 (302); 97, 228 (253 f.).

9 Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); 54, 301 (313).

10 BVerfGE 97, 228 (254).

11 Ebd.

keiten betroffen. Eine berufsregelnde Tendenz der Vorschriften wird sich aber nicht verneinen lassen. Eine solche ist bereits dann gegeben, wenn die Regelungen „im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich ausgeübt werden.“¹² Dies ist wie oben bereits gezeigt im Zusammenhang mit der Herstellung von Bauwerken jedenfalls weit überwiegend der Fall.¹³

Ist damit die Vertragsfreiheit vorliegend wegen des Berufsbezugs der zu prüfenden Normen des Bauvertragsrechts dem Schutzbereich der Berufsfreiheit und damit Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen, so kann für die nähere Bestimmung des Inhalts und der Reichweite dieses grundrechtlichen Schutzes dennoch auf die verfassungsrechtlichen Ausführungen zur „allgemeinen Vertragsfreiheit“ und damit zu Art. 2 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden. Zwar ist der normative Anknüpfungspunkt hier Art. 12 Abs. 1 GG und nicht Art. 2 Abs. 1 GG. Jedoch ändert sich an Schutzzweck und Schutzzweckweite nicht allein dadurch etwas, dass es sich um berufsrelevante Verträge geht. Dafür spricht auch, dass sowohl Art. 2 Abs. 1 GG als auch Art. 12 Abs. 1 GG jedenfalls im Hinblick auf Berufsausübungsregelungen einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegen, also vom Gesetzgeber unter vergleichbaren Voraussetzungen eingeschränkt werden können (vgl. dazu näher unten 3. a).

Die Vertragsfreiheit, sei sie dem Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit oder dem der Berufsfreiheit zugeordnet, umfasst grundsätzlich „die Freiheit des Abschlusses oder Nichtabschlusses sowie der Gestaltung privatrechtlicher Verträge (Abschluss- und Gestaltungsfreiheit)“.¹⁴ Als „Wirtschaftsfreiheit“ beinhaltet sie insbesondere auch die „Freiheit, den Inhalt von Vergütungsvereinbarungen mit der Gegenseite auszuhandeln.“¹⁵ Verfassungsrechtlicher Schutz besteht insoweit nicht nur für den künftigen Abschluss von Verträgen, sondern auch im Hinblick auf den nachträglichen Zugriff der öffentlichen Gewalt auf bereits geschlossene Verträge.¹⁶

Die Vertragsfreiheit ist Teil der Privatautonomie, die man als zivilrechtliche Wendung der grundgesetzlichen allgemeinen Handlungsfreiheit verstehen kann.¹⁷ Grundsätzlich soll der Einzelne seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen selbst und eigenverantwortlich gestalten können;¹⁸ die

12 Ebd.

13 Wollte man eine berufsregelnde Tendenz und damit eine Betroffenheit des Schutzbereichs der Berufsfreiheit verneinen, so wäre die Vertragsfreiheit wie Anfangs gezeigt jedenfalls als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützt. Angesichts des gleichlaufenden Gesetzesvorbehalts (sowohl Art. 2 Abs. 1 GG als auch Art. 12 Abs. 1 GG unterliegen, jedenfalls soweit Berufsausübungsregelungen in Rede stehen, einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Die folgenden Erwägungen zur Rechtfertigung sind also auch auf eine Prüfung entlang von Art. 2 Abs. 1 GG übertragbar.

14 BVerfGE 95, 267 (303 f.), *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 101.

15 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 146.

16 BVerfGE 8, 274 (328); 89, 48 (61); 95, 267 (304); st. Rspr.

17 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 101.

18 So hält *Canaris*, AcP 2000 (200), 273 (277) fest: Privatautonomie und Vertragsfreiheit werden „nicht um ihrer selbst Willen gewährleistet, sondern dienen vor allem der Selbstbestimmung der Person“. *Flume*, Allgemeiner Teil des

Bürgerinnen und Bürger sollen selbst und ohne staatlichen Zwang bestimmen, „wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind.“¹⁹ Damit kommt der Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Hinsicht Bedeutung in erster Linie als Abwehrrecht²⁰ gegen gesetzliche Reglementierung der Vertragsabschluss- oder -gestaltungsfreiheit zu:

„Allgemein sind gesetzliche Reglementierungen, die die Willensfreiheit der Vertragsschließenden begrenzen und damit der Möglichkeit der freien Selbstbestimmung über die eigenen Rechtsbeziehungen zu privaten Dritten Grenzen setzen – unabhängig davon, ob es sich dabei um Vorschriften des öffentlichen Rechts oder des (z.B. verbraucherrechtlich orientierten) Privatrechts [...] handelt –, rechtfertigungsbedürftig und [...] an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.“²¹

Darin zeigt sich auch die übergeordnete Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG als „Wirtschaftsgrundrecht“: Trotz der grundsätzlichen wirtschaftspolitischen Offenheit des Grundgesetzes²² schützen diese Vorschriften ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Handlungsfreiheit. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit

„durch die öffentliche Gewalt geordnet, ausgestaltet und beschränkt wird. Letzteres ist häufig Bedingung für die Ausübung wirtschaftlicher Freiheit, die auf erwartbares Verhalten, Erwartungssicherheit, Berechenbarkeit der Folgen eigenen Tuns oder Unterlassens besonders angewiesen ist. Der freie und zugleich geordnete Wettbewerb sind keine Gegensätze sondern Komplementärattribute.“²³

Wirtschaftliche Freiheit und gesetzliche Ausgestaltung von Vertragsverhältnissen sind also keine grundsätzlich gegenläufigen Konzepte, sondern vielmehr verschiedene Aspekte einer funktionierenden Wirtschaftsordnung.²⁴ Aus dieser Einsicht folgt, dass die gesetzliche Regulierung und Ausgestaltung der Vertragsfreiheit nur dort verfassungsrechtlich problematisch werden kann, wo sie nicht mehr der Sicherung einer funktionierenden Wirtschaftsordnung zu dienen bestimmt ist, sondern beispielsweise sachfremde Ziele verfolgt (näher dazu bei der Darstellung der Grenze der Verhältnismäßigkeit, unten 3. b) bb). Dabei ist auch zu beachten, dass die Idee der Privatautonomie von einer freien Entscheidung der Vertragsparteien ausgeht. Jegliche Form der Fremdbestimmung – sei sie

Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 1 Nr. 10 lit. a (S. 17) betont die Bedeutung der Selbstbestimmung für die Gesellschaft: „Die Selbstbestimmung des einzelnen ist nach dem Grundgesetz ein Prinzip der Gemeinschaftsordnung“.

19 BVerfGE 81, 242 (254); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 101.

20 Zu den „abwehrrechtlichen Grenzen der Privatautonomie“ vgl. auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 358 ff.

21 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 102.

22 BVerfGE 4, 7 (17 f.) und st. Rspr.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 76.

23 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 78.

24 Noch weiter geht *Höfling*, Vertragsfreiheit – eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991, S. 20 ff., insbesondere S. 25, wenn er die Vertragsfreiheit wegen ihrer Angewiesenheit auf die Rechtsordnung als „normativ konstituierte Freiheit“ von den „natürlichen Freiheiten“ abgrenzt und als Institutsgarantie versteht.

aufgrund rechtlicher oder auch wirtschaftlicher Zwänge²⁵ – steht damit zunächst im Widerspruch zur Privatautonomie und ist besonders rechtfertigungsbedürftig.²⁶

Gibt der Gesetzgeber – wie im Falle eines einseitigen Anordnungsrechts – einer Vertragspartei das Recht, einseitig den Vertragsinhalt zu verändern, „liegt darin eine Einschränkung der Privatautonomie des anderen Vertragspartners, die sich nur rechtfertigen lässt, wenn die rechtlichen Interessen des betroffenen Vertragspartners durch kompensatorische gesetzliche Schutzregelungen gewahrt werden.“²⁷

Paradoxerweise kann sich diese Fremdbestimmung im Falle wirtschaftlicher Zwänge gerade aus einer nicht regulierten Vertragsfreiheit ergeben, so dass mit dem Fremdbestimmungsverbot ein „internes Korrektiv“ der Vertragsfreiheit identifiziert werden kann.²⁸ Dabei ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar nicht jede Störung des Verhandlungs- oder Machtgleichgewichts im Hinblick auf die Wahrung der Vertragsfreiheit verfassungsrechtlich problematisch, Korrekturen können aber insbesondere dann „verfassungsrechtlich geboten sein, wenn eine Vertragspartei strukturell unterlegen ist und die Folgen des Vertrages für diese ungewöhnlich belastend sind.“²⁹

2. Eingriff in den Schutzbereich der Vertragsfreiheit

Als nächster Schritt ist zu prüfen, ob durch die beiden Normen auch in den Schutzbereich der hier durch Art. 12 Abs. 1 GG als Teil der Berufsfreiheit gewährleisteten Vertragsfreiheit eingegriffen wird. Dabei ist im Hinblick auf beide Normen zunächst vorab zu klären, inwieweit eine – zumal abdingbare – Vorschrift zur Ausgestaltung privatrechtlicher Schuldverträge überhaupt einen Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts darstellen kann. Immerhin steht der Abschluss eines solchen Vertrags grundsätzlich in der freien Entscheidung der Vertragsparteien; die Normen kommen dar-

²⁵ Zur Bedeutung wirtschaftlicher Zwänge als Einschränkung der Privatautonomie vgl. grds. BVerfGE 89, 214 (229 ff.) – Bürgschaftsverträge und *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 107. Dabei ist zu beachten, dass diese Rechtsprechung eher der Schutzpflichtendimension als der abwehrrechtlichen Dimension des Grundrechts zuzuordnen ist.

²⁶ Vgl. auch *Canaris*, AcP 2000 (200), 273 (296), der im Hinblick auf die Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 89, 214 zustimmend anmerkt, dass das Gericht mit seinem Abstellen auf die Frage der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit der Parteien „ebenso zentral wie zutreffend“ ein „materiales Verständnis der Privatautonomie im Sinne tatsächlicher Entscheidungsfreiheit“ entwickelt habe.

²⁷ *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 37a; vgl. BVerfGE 114, 73 (89 ff.).

²⁸ „Antagonismus“, *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 112; nach *Flume*, BGB AT, 4. Aufl. 1992, § 1, S. 7 ist es „das ewige Dilemma der Privatautonomie, daß diese immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt wird“; grundsätzlich kritisch zu einer unter Rekurrenz auf staatliche Schutzpflichten begründeten staatlichen Kontrolle oder Korrektur privater Verträge *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 2005, 337 (339 f.).

²⁹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 108; BVerfGE 89, 214 (232).

über hinaus nur zur Anwendung, wenn nichts Abweichendes vereinbart wird. Auch ist eine Rückwirkung auf bereits bestehende Schuldverhältnisse durch die in Art. 2 RegE BauV vorgesehene Übergangsvorschrift ausgeschlossen. Wie bei der Darstellung des Schutzbereichs schon ausgeführt wurde, stellt nach ganz herrschender Meinung trotz dieser Tatsache jede gesetzliche Reglementierung der Vertragsabschluss- oder -gestaltungsfreiheit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar.³⁰ Dies gilt auch für abdingbare Normen, da diese ein verbindliches gesetzliches Regelungsmodell für den Fall darstellen, dass nichts Abweichendes vereinbart wurde. Ohne eine gesetzliche Regelung wäre die Vereinbarung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung anhand des (mutmaßlichen) Willens der Parteien auszulegen (vgl. §§ 133, 157 BGB). Insoweit beschränkt auch eine abdingbare Regelung die Gestaltungsfreiheit der Parteien. Darüber hinaus stärkt auch eine abdingbare gesetzliche Regelung die Verhandlungsposition der Vertragspartei, der die Regelung einen Vorteil verschafft. Damit ist notwendig eine Beeinträchtigung der Gestaltungsfreiheit der anderen Partei verbunden.

a) Eingriff durch das Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB-E)

Vor diesem Hintergrund ist nun zunächst zu prüfen, ob das in § 650b BGB-E vorgesehene Anordnungsrecht des Bestellers einen Eingriff im oben genannten Sinne darstellt.

§ 650b Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB-E verpflichten den Bauvertrags-Unternehmer zunächst grundsätzlich, auf ein Begehren des Bestellers zur Änderung des Bauvertrags hin eine einvernehmliche Lösung anzustreben und ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Kommt es zu keiner Einigung, sieht sich der Unternehmer gem. § 650b Abs. 2 BGB-E einem Anordnungsrecht des Bestellers ausgesetzt; einer Anordnung des Bestellers muss er grundsätzlich nachkommen.

Zwar hat der Bauvertrags-Unternehmer im Falle einer solchen Anordnung gem. § 650c Abs. 1 BGB-E auch Anspruch auf eine entsprechend angepasste Vergütung. Das ändert jedoch nichts daran, dass insoweit seine eigenverantwortliche Vertragsabschlussfreiheit (was den Abschluss eines Änderungsvertrags angeht) und seine Vertragsgestaltungsfreiheit (was die Ausgestaltung des Änderungsvertrags angeht) eingeschränkt wird. Schon dies führt zur Bejahung eines Eingriffs in die hier von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit.³¹

³⁰ Zur Begründung dieses Ergebnisses begreift *Höfling*, Vertragsfreiheit – eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991, S. 37 die zunächst als ausgestaltungsbedürftige Institutsgarantie verstandene Vertragsfreiheit als „Prinzipiennorm“ im Sinne eines „Optimierungsgebots“ zugunsten einer möglichst weitgehenden Kompetenz zum Abschluss und zur Gestaltung von Verträgen. Damit wird jede Hemmung oder Zurückdrängung dieses Prinzips zum begründungsbedürftigen Eingriff.

³¹ *Peters*, Regelungsbedarf im Baurecht, NZBau 4/2010, 211 (214) spricht im Hinblick auf ein gesetzliches Anordnungsrecht des Bestellers von einem „Spannungsverhältnis zu der doch durch Art. 12 I GG gewährleisteten Privatau-

b) Eingriff durch die Ausnahme von der AGB-Kontrolle (§ 650c Abs. 4 BGB-E)

§ 650c Abs. 4 BGB-E dagegen schränkt die eigenverantwortliche Gestaltungsfreiheit (bestimmter) Vertragsparteien gerade nicht ein: Durch die Ausnahme bestimmter als Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbarter Regelungen – hier eines Teils der VOB/B – von der Inhaltskontrolle der § 307 Abs. 1 und 2 BGB wird das gesetzliche Regelungsregime vielmehr zurückgefahren; den Vertragsparteien wird also auf den ersten Blick ein „Mehr“ an Gestaltungsfreiheit eingeräumt. Ein Eingriff in die Vertragsfreiheit kommt hier also nicht im Sinne einer Verkürzung der „formellen“ Vertragsgestaltungsfreiheit in Frage. Allerdings kommt ein Eingriff in die „material“ als „tatsächliche Entscheidungsfreiheit“ verstandene Vertragsfreiheit in Betracht.³²

Die Ausnahme von der Inhaltskontrolle der § 307 Abs. 1 und 2 BGB gibt dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen besondere Gestaltungsmacht und verkürzt damit die als tatsächliche Entscheidungsfreiheit geschützte Vertragsfreiheit der anderen Vertragspartei. Der Eingriff liegt also in einer Verkürzung des gesetzlichen Schutzes des sich Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgesetzten Vertragspartners begründet. Angesichts der teils erheblichen wirtschaftlichen Machtgefälle zwischen Bestellern und Unternehmern im Baubereich sehen sich insbesondere Auftragnehmer öffentlich-rechtlicher Auftraggeber „alternativlos“ AGB ausgesetzt. Die Stellung der Bauunternehmer ist hier eher mit der von Verbrauchern zu vergleichen: Sie sehen sich, insbesondere im Rahmen von Ausschreibungen, von ihnen inhaltlich nicht oder jedenfalls kaum beeinflussbaren Vertragsbedingungen ausgesetzt. Eine gesetzliche Verkürzung des AGB-Schutzes gerade (auch) zugunsten staatlicher Besteller muss insoweit als Eingriff in die Vertragsfreiheit der betroffenen Unternehmer gewertet werden.

3. Unvereinbarkeit der Eingriffe mit der Berufsfreiheit

Jeder Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig und damit nur innerhalb der jeweils grundrechtsspezifisch zu bestimmenden verfassungsrechtlichen Grenzen für solche Eingriffe zulässig. Damit kommt es für die Verfassungsmäßigkeit der Einschränkung der Vertragsfreiheit darauf an, ob die Eingriffe verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können, ob sie sich also innerhalb der Schrankenregelung von Art. 12 Abs. 1 GG bewegen und die übrigen Grenzen der Einschränkung von Grundrechten („Schranken-Schranken“) einhalten.

tonomie der Gegenseite“. *Schröder*, NJW-Editorial, NJW 2016 (14), stellt fest, dass das Anordnungsrecht „die vertragliche Balance empfindlich zu Lasten des Bauunternehmers“ verschiebe.

32 Vgl. bereits oben III. 1 und BVerfGE 89, 214 (231) sowie *Canaris*, AcP 2000 (200), 273 (296).

Grenzen für die Einschränkung der hier im Rahmen der Berufsfreiheit geschützten Vertragsfreiheit ergeben sich vorliegend zunächst aus der Schrankenregelung des Art. 12 Abs. 1 GG selbst. Da diese für beide zu untersuchende Normen des RegE BauV identisch sind und den weiteren Prüfungsverlauf bestimmen, wird die Schrankenregelung „vor der Klammer“ untersucht, ohne bereits hier zwischen den Normen des § 650b und des § 650c Abs. 4 BGB-E zu unterscheiden (a).

Weitere Grenzen für die Einschränkung der Vertragsfreiheit ergeben sich aus den „Schranken-Schranken“ der Wesensgehaltsgarantie, dem sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergebenden Übermaßverbot (zu § 650b BGB-E) sowie dem sich aus den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergebenden Untermaßverbot (zu § 650c Abs. 4 BGB-E). Darüber hinaus kommt im Hinblick auf § 650c Abs. 4 BGB-E der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als verfassungsmäßige Grenze in Betracht. Diese Grenzen werden jeweils getrennt für das in § 650b BGB-E vorgesehene Anordnungsrecht des Bestellers (b) und die in § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Ausnahme von der AGB-Kontrolle (c) betrachtet.

a) Schrankenregelung des Art. 12 Abs. 1 GG

Die Zuordnung der Vertragsfreiheit zum Schutzbereich der durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Berufsfreiheit bedeutet zunächst, dass die Vertragsfreiheit nur im Rahmen der für dieses Grundrecht geltenden Schrankenregelung beschränkt werden darf. Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Während nach der 3-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts für Regelungen, die die Berufswahl betreffen, strengere Anforderungen gelten, unterliegen Regelungen der Berufsausübung nur einem einfachen Gesetzesvorbehalt:

„Die Berufsfreiheit ist nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern unterliegt gesetzlichen Beschränkungen, deren Umfang davon abhängt, ob sie sich auf die Berufswahl oder die Berufsausübung beziehen (vgl. BVerfGE 7, 377 [402 f.]). [...] Für [Regelungen, die allein die Berufsausübung betreffen] gilt, daß sie mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie als zweckmäßig erscheinen lassen und das Grundrecht nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird (vgl. BVerfGE 7, 377 [404 ff.]; stRspr).“³³

Die hier zu prüfenden Regelungen des Bauvertragsrechts betreffen mit der Vertragsfreiheit allein die Freiheit der Berufsausübung und nicht die der Berufswahl. Damit sind die hier zu prüfenden Regelungen dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, wegen vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls als zweckmäßig erscheinen und das

33 BVerfGE 97, 228 (255).

Grundrecht nicht unverhältnismäßig einschränken.

In formeller Hinsicht wird diesem Gesetzesvorbehalt durch die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch ein Parlamentsgesetz, das den grundgesetzlichen Verfahrensregeln entsprechend verabschiedet wird, Genüge getan. Damit ist angesichts des laufenden Gesetzgebungsverfahrens zu rechnen.

In materieller Hinsicht bedeutet der Verweis auf vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls und das Verbot der unverhältnismäßigen Einschränkung des Grundrechts in erster Linie eine Bindung des Gesetzgebers an das Verhältnismäßigkeitsprinzip. In dessen Rahmen ist auch die Verfolgung eines „legitimen Zwecks“ zu prüfen, dem hier vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls zugrundeliegen müssen (dazu unten b) bb).

b) Unvereinbarkeit des Anordnungsrechts des Bestellers (§ 650b BGB-E) mit der Berufsfreiheit

Hinsichtlich der Rechtfertigung des in § 650b BGB-E vorgesehenen Anordnungsrechts des Bestellers sind als „Schranken-Schranken“ insbesondere die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG sowie das sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergebende Übermaßverbot zu beachten.

aa) Wesensgehaltsgarantie

Eine allgemeine Schranke für die Einschränkung von Grundrechten stellt die in Art. 19 Abs. 2 GG niedergelegte Wesensgehaltsgarantie dar. Danach darf ein Grundrecht in keinem Falle in seinem Wesensgehalt angetastet werden. Vom Wesensgehalt eines Grundrechts wird allerdings nur der „dem einzelnen Staatsbürger verfassungskräftig vorbehaltene letzte Bereich menschlicher Freiheit, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“, erfasst.³⁴ Dabei ist nach dem Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Einschränkung der Vertragsfreiheit insbesondere auch zu berücksichtigen, „daß das Grundgesetz die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden hat, ohne dabei deren Eigenwert in Frage zu stellen (BVerfGE 4, 7 [15 f.]).“ Dies erlaube die Einschränkung der Vertragsfreiheit unter anderem „aus gesamtwirtschaftlichen und sozialen Gründen“.³⁵

Die Eingriffsintensität der im RegE BauV vorgesehenen Bestimmungen des Bauvertragsrechts ist vor diesem Hintergrund nicht so hoch, dass durch sie bereits der Wesensgehalt der hier im Rahmen

³⁴ BVerfGE 8, 274 (329).

³⁵ Ebd.

der Berufsfreiheit gewährleisteten Vertragsfreiheit angetastet würde. Weder wird die Vertragsabschlussfreiheit als solche in Frage gestellt noch die Vertragsgestaltungsfreiheit so weitgehend eingeschränkt, dass davon die Rede sein könnte, es verbliebe kein bedeutsamer Raum zur eigenständigen Vertragsgestaltung mehr. Das gilt auch im Hinblick auf das Anordnungsrecht des § 650b Abs. 2 BGB-E. Auch wenn die Befugnis zur im Zweifel einseitigen Modifizierung einer vertraglichen Beziehung einen schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellt, käme eine Berührung des Wesensgehalts der Vertragsfreiheit allenfalls dann in Betracht, wenn eine Vertragspartei ohne jeglichen Ausgleich oder Schranken dem Willen einer anderen Vertragspartei unterworfen würde. Ein so weitgehendes einseitiges Gestaltungsrecht sieht das bauvertragliche Anordnungsrecht aber schon aufgrund der Zumutbarkeits- und Ausgleichsregelungen des § 650b Abs. 1 Satz 2 und des § 650c BGB-E nicht vor.

bb) Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot)

Allerdings verstößt das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB-E in seiner derzeitigen Fassung wegen einer übermäßigen Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

In den Schutzbereich der hier im Rahmen der Berufsfreiheit geschützten Vertragsfreiheit darf nur verhältnismäßig, also unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots, eingegriffen werden.³⁶ Dies bedeutet, dass das Gesetzgebungsvorhaben ein legitimes Ziel verfolgen, zur Erreichung dieses Ziels geeignet sein, sich als erforderlich, also als mildestes gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels erweisen und darüber hinaus auch ein angemessenes, also im engeren Sinne verhältnismäßiges Mittel zur Erreichung des Ziels darstellen muss.³⁷

Insbesondere im Rahmen der Beurteilung der Legitimität des verfolgten Ziels und im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit, also der Abwägung der betroffenen Interessen, ist dabei auf die oben dargestellten Grundsätze des verfassungsrechtlichen Schutzes der Vertragsfreiheit abzustellen. Darüber hinaus wird die Verfolgung des legitimen Ziels durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG näher konkretisiert: Geht es wie hier um eine Berufsausübungsregelung, so müssen der Regelung vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls zugrundeliegen.

³⁶ BVerfGE 7, 377 (404 ff.); stRspr. Dieser Maßstab gilt auch für die Einschränkung der im Allgemeinen über Art. 2 Abs. 1 GG im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützten Vertragsfreiheit vgl. BVerfGE 95, 267 (306); vgl. auch *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 147: „Hinsichtlich der eingesetzten Mittel zum Schutze der Gemeinwohlgüter gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip.“

³⁷ BVerfGE 120, 274 (319); 109, 279 (335 ff.); 115, 320 (345); 118, 168 (193); st. Rspr.

(1) Verfolgung eines legitimen Ziels

Wie bereits bei der Betrachtung der Schrankenregelung entwickelt, muss der Gesetzgeber zur Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung als Ziel vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls verfolgen.³⁸ Dabei ist im Hinblick auf Regelungen des Vertragsrechts zu beachten, dass dem Gesetzgeber bei der Regulierung von Vertragsverhältnissen zur Ordnung des Wirtschaftslebens zugunsten des Gemeinwohls grundsätzlich ein weiter Spielraum zukommt:

„Die ökonomische Betätigungsfreiheit lässt sich damit gerechtfertigt durch gesetzgeberische Gemeinwohlvorstellungen verdrängen oder einschränken.“³⁹

Gemeinwohlvorstellungen können dabei sowohl sozialer als auch wirtschaftlicher Natur sein – auch die Verfolgung bestimmter sozial- oder infrastrukturpolitischer Ziele stellt sich als legitim dar, solange eine Rückkoppelung zum Gemeinwohl gegeben ist und nicht bloß Partikularinteressen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen verfolgt werden. Daneben können auch verbraucherrechtliche oder sonstige am Schutz der Rechte Dritter orientierte Ziele verfolgt werden:

„Neben dem Sozialstaatsprinzip können auch kollidierende Grundrechtspositionen Dritter zur Rechtfertigung von Eingriffen herangezogen werden und insoweit für eine verhältnismäßige Beschränkung der Vertragsfreiheit sorgen.“⁴⁰

Ausweislich der Begründung des RegE BauV verfolgt die Bundesregierung mit der Einführung eines Anordnungsrechts des Bestellers das Ziel, das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches an die Erfordernisse auf längere Erfüllungszeit angelegter und komplexer Bauverträge anzupassen. Die derzeitigen Regelungen des Werkvertragsrechts seien

„[f]ür die komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauverträge [...] häufig nicht detailliert genug. Wesentliche Fragen des Bauvertragsrechts sind nicht gesetzlich geregelt, sondern der Vereinbarung der Parteien und der Rechtsprechung überlassen. Das Fehlen klarer gesetzlicher Vorgaben erschwert eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen.“⁴¹

Bezogen auf das Anordnungsrecht führt die Gesetzesbegründung aus:

„Die werkvertraglichen Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch kennen bisher ein Anordnungsrecht des Bestellers nicht. Damit wird das Werkvertragsrecht dem auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag und dem komplexen Baugeschehen häufig nicht gerecht, insbesondere wenn während der Ausführung des Baus Veränderungen eintreten. In der Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B wurde diesem Bedürfnis bereits Rechnung getragen; § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B enthält entsprechende Regelungen.

38 BVerfGE 7, 377 (404 ff.); stRspr.

39 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 104.

40 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 75. EL September 2015, Art. 2 Rn. 104.

41 RegE BauV, S. 1.

Der Entwurf verfolgt das Ziel, möglichst auf ein Einvernehmen der Vertragsparteien hinzuwirken, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Dies ist regelmäßig im Interesse beider Parteien, weil ein Streit über eine Vertragsänderung die Zusammenarbeit bei der weiteren Ausführung des Baus erheblich belasten kann. Absatz 1 Satz 1 sieht daher vor, dass die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, wenn der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Nummer 1) oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (Nummer 2), wünscht.“

Die Einführung eines Anordnungsrechts des Bestellers will damit den in der bauvertraglichen Praxis auftretenden Besonderheiten von auf eine längerfristige Zusammenarbeit zwischen Besteller und Unternehmer angelegten Verträgen Rechnung tragen und ein in der Praxis als Teil der VOB/B übliches Instrument ins Werkvertragsrecht übernehmen. Ziel ist dabei nicht nur die Ordnung und Transparenz der Vertragsverhältnisse durch die Vorgabe eines gesetzlichen „Idealtyps“ des Bauvertrags, sondern insbesondere auch die Vermeidung bzw. schnellere und voraussehbarere Schlichtung von Streitigkeiten. Dahinter steht auch das volkswirtschaftliche Ziel einer Vermeidung streitbedingter Bauverzögerungen. Diese Zielsetzung entspricht den oben skizzierten Anforderungen an ein legitimes gesetzgeberisches Ziel im Zusammenhang mit einer Berufsausübungsregelung wohl allenfalls, soweit es um notwendige Änderungen geht, um den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen. Sehr zweifelhaft ist indes, ob die Ermöglichung der einseitigen Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (beispielsweise ein Swimmingpool anstelle eines Wintergartens) ein legitimes Ziel darstellen kann.

(2) Geeignetheit

Das in § 650b BGB-E vorgesehene Anordnungsrecht des Besteller müsste auch geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen. Geeignet ist das vom Gesetzgeber gewählte Mittel bereits dann, wenn es nach der gesetzgeberischen Einschätzung, für die ihm ein verfassungsrechtlich nicht überprüfbarer Spielraum zusteht, die Erreichung des Ziels zumindest fördern kann.⁴² Weder muss das gewählte Mittel das Ziel allein noch muss es dieses sicher oder auch nur im Regelfall erreichen können.⁴³ Allerdings ist das Maß der zu erwartenden Zielerreichung im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit zu berücksichtigen.

Ob das in § 650b Abs. 2 BGB-E vorgesehene Anordnungsrecht des Bestellers geeignet wäre, das oben genannte Ziel zu fördern, ist angesichts zahlreicher offener Fragen schwer einzuschätzen. Zwar führt die Regelung des Anordnungsrechts dazu, dass auch im Falle von Streitigkeiten die Er-

⁴² Vgl. BVerfGE 120, 274 (320) m.w.N.

⁴³ Ebd.

füllung des Werkvertrags im Regelfall zunächst fortgesetzt werden kann; dies allerdings um den volkswirtschaftlichen Nachteil, dass Auseinandersetzungen der Vertragspartner auf die nachgelagerte Ebene der Vergütung verschoben werden.

(3) Erforderlichkeit

Zudem müsste das in § 650b BGB-E vorgesehene Anordnungsrecht des Bestellers auch erforderlich zur Erreichung des verfolgten Ziels sein. Als erforderlich stellt sich eine gesetzliche Regelung nur dar, wenn ihr Ziel nicht auch durch gleich geeignete, mildere – also grundrechtsschonendere – Mittel erreicht werden kann. Dabei können insbesondere Regelungsalternativen eine Rolle spielen, die sich insgesamt (also auch im Hinblick auf möglicherweise andere Grundrechtsbetroffene) als weniger intensiver Grundrechtseingriff darstellen.

Die Regelung des § 650b BGB-E unterliegt im Hinblick auf ihre Erforderlichkeit insbesondere angesichts bestehender Regelungsalternativen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Unzureichende Zumutbarkeitsregelung

Das in § 650b BGB-E vorgesehene Anordnungsrecht ist in seiner derzeitigen Ausgestaltung insbesondere deswegen nicht erforderlich, weil es den betroffenen Unternehmern eine Ablehnung der angeordneten Vertragsänderung nur unter zu engen Voraussetzungen ermöglicht. So ist eine Ablehnung der Anordnung wegen Unzumutbarkeit gem. § 650b Abs. 2 Satz 2 BGB-E nur für die Fälle einer Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Satz Nr. 1 BGB-E) vorgesehen. Bei einer Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (§ 650b Abs. 1 Satz Nr. 2 BGB-E), bleibt der Unternehmer dagegen auf das allgemeine schuldrechtliche Verweigerungsrecht wegen subjektiver Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) verwiesen, das deutlich höheren Voraussetzungen unterliegt.⁴⁴

Eine für den Unternehmer grundrechtsschonendere Ausgestaltung stellte die Einräumung eines Verweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit in allen Fällen der Vertragsänderung durch Anordnung des Bestellers dar. Eine solche Ausgestaltung entspräche auch den in der Begründung des Regierungsentwurfs für die Einführung eines Zumutbarkeitskriteriums für den Fall der Änderung des Werkerfolgs vorgebrachten Gründen. Danach sei

„einerseits [zu berücksichtigen], dass der Unternehmer durch die Anordnung zu Leistungen verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprechen. Die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung soll daher unterhalb

44 RegE BauV, S. 60.

der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3) liegen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass beide Vertragsparteien in dem Stadium der Abwicklung des Bauvertrags aneinander gebunden sind und ein Wechsel des Vertragspartners für den Besteller nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden ist.⁴⁵

Im Hinblick auf die für die Beurteilung der Zumutbarkeit heranzuziehenden Maßstäbe führt der Regierungsentwurf aus:

„Dieses Zumutbarkeitskriterium kann beispielsweise die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers betreffen, aber auch betriebsinterne Vorgänge. [...] Die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung soll daher unterhalb der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3) liegen.“⁴⁶

Diese Gründe und Maßstäbe lassen sich auf die Einführung eines Zumutbarkeitskriteriums für den Fall von Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, übertragen. Der Regierungsentwurf selbst begründet zunächst nicht näher, warum hier die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte ausreichen sollen. Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung soll sich offenbar aus dem Unterschied der beiden Sachverhalte – einmal Änderung des Werkerfolgs, einmal nicht – ergeben. Dabei rechtfertigt die Differenzierung nach der Änderung oder Nichtänderung des vereinbarten Werkerfolgs eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Zumutbarkeit einer vom Besteller angeordneten Vertragsänderung aber gerade nicht. Zwar schuldet der Werkunternehmer gem. § 631 Abs. 2 BGB die Erbringung des vereinbarten Werkerfolgs und stellt eine Änderung dieses ursprünglich vereinbarten Erfolgs durch einseitige Anordnung des Bestellers einen besonders tiefen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Jedoch setzt das Anordnungsrecht des Bestellers auch im Hinblick auf Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs notwendig sind, immer noch eine Vertragsänderung durch. Das Anordnungsrecht hat nur dort einen sinnvollen Anwendungsbereich, wo ursprünglich neben dem Werkerfolg noch andere Abreden, beispielsweise im Hinblick auf die konkrete Ausführung der Arbeiten, getroffen wurden. Die Begründung des Regierungsentwurfs nennt folgende Beispiele:

„Solche Anordnungen des Bestellers können aus verschiedenen Gründen veranlasst sein, etwa durch Änderungen der Rechtslage oder behördliche Vorgaben. Betroffen sind auch Fälle, in denen die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Bestellers lücken- oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktions-tauglichen Bauwerks führen würde.“⁴⁷

45 RegE BauV, S. 60.

46 RegE BauV, S. 60.

47 RegE BauV, S. 59 f.

Insbesondere in letzteren Fällen – bei denen die Verantwortung für der Erforderlichkeit einer Änderung in der Sphäre des Bestellers liegt – ist von vornherein nicht begründbar, warum dem Unternehmer als gegenläufiges Korrelat zum Anordnungsrecht kein Verweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit – etwa wegen wiederholt lücken- oder fehlerhafter Leistungsbeschreibungen und deswegen wiederholt erfolgreicher Änderungsanordnungen – zustehen sollte. Auch wenn sich beispielsweise eine vom Besteller oder dessen Beauftragten erstellte Baugrunduntersuchung nachträglich als unzutreffend erweist, kann sich für Bauunternehmer ein völlig anderer und/oder erheblich höherer zeitlicher, technischer, personeller und wirtschaftlicher Aufwand ergeben, um das vereinbarte Bauwerk zu erstellen. Und auch in den anderen Fällen stellt die Einräumung eines Verweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit der Änderung eine erforderliche Korrektur für das weitgehende einseitige Anordnungsrecht des Bestellers dar. Immerhin legt es die Verweigerung nicht ins Belieben des Unternehmers, sondern macht sie von objektiv feststellbaren Bedingungen abhängig. Es erschließt sich nicht, warum „die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers [...] aber auch betriebsinterne Vorgänge“ in diesem Zusammenhang keine Rolle mehr spielen sollen. Anders gewendet: Der derzeitige Gesetzentwurf legt das Risiko einer erforderlichen Änderung des geschlossenen Vertrages z.B. aufgrund der Änderung gesetzlicher Bestimmungen einseitig dem beauftragten Unternehmer auf und mutet ihm ein Festhalten am geänderten Vertrag selbst in Fällen der Unzumutbarkeit zu. Dabei wird das Risiko des Bestellers, der das eigentliche Interesse an der Entstehung des Bauwerks hat und damit auch das Risiko der Änderung bauwerksbezogener Vorschriften zu tragen haben sollte, einseitig auf den Unternehmer abgewälzt. Während eine solche Verlagerung im „Normalfall“ angemessen sein mag und dem Besteller seinerseits wohl nicht zugemutet werden kann, dem Belieben des beauftragten Unternehmers uneingeschränkt ausgesetzt zu sein, so erscheint sie im Falle der Unzumutbarkeit der Änderung für den Unternehmer unangemessen und einseitig.

Auch um ein umfassendes Verweigerungsrecht des Unternehmers wegen Unzumutbarkeit ergänzt stellte § 650b BGB-E noch ein gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Ausdruck kommenden Gesetzeszwecks dar. Zwar unterlägen potentiell mehr Fälle einem Verweigerungsrecht des Unternehmers. Gleichzeitig würde dadurch allerdings die Verhandlungsposition des Unternehmers gestärkt, so dass eine von § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB-E und von der Begründung des Regierungsentwurfs für vorzugswürdig gehaltene Einigung zwischen den Parteien wahrscheinlicher wird. Auch mit einer Zunahme der streitigen Auseinandersetzungen wäre wohl nicht zu rechnen. Vielmehr würden

die auf Grundlage des derzeitigen Entwurfs zu erwartenden Auseinandersetzungen um die Frage, ab wann eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs vorliegt (und bis wann nur notwendige Änderungen zur Erreichung dieses Erfolgs vorliegen), dorthin verlagert, worum es auch bei diesen Auseinandersetzungen im Kern geht und bei wertender Betrachtung auch einzig gehen sollte: Nämlich um die Zumutbarkeit der angeordneten Änderung für den Unternehmer.

Aufgrund dieser zur Erreichung des Regelungsziels gleich geeigneten, aber die Berufsfreiheit schonenderen Regelungsalternative stellt sich die derzeitige Regelung als nicht erforderlich dar. Sie ist daher in ihrer derzeitigen Fassung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar und daher verfassungswidrig.

(4) Angemessenheit / Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Selbst wenn man zu dem Ergebnis kommen wollte, dass das Absehen von einem umfassenden Verweigerungsrecht des Unternehmers wegen Unzumutbarkeit mangels gleicher Eignung noch im Rahmen des Erforderlichen läge, so stellte sich der derzeitige Regelungsvorschlag jedenfalls als unangemessen bzw. unverhältnismäßig im engeren Sinne dar.

Eine gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit wahrt nur dann die Grenze der Verhältnismäßigkeit, wenn sie sich auch als angemessen, also im konkreten Fall unter Abwägung aller betroffenen verfassungsrechtlich geschützten Interessen noch als verhältnismäßiges Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels darstellt. Im Rahmen dieser Prüfung kommt der oben dargestellten Grundlage der Vertragsfreiheit in der Privatautonomie und insbesondere dem Fremdbestimmungsverbot eine gesteigerte Bedeutung zu, soweit diese vom Gesetzgebungsvorhaben betroffen sind. Soweit § 650b BGB-E das Recht zur einseitigen Änderung oder Ergänzung eines bereits geschlossenen Vertrags beinhaltet, liegt darin eine verfassungsrechtlich problematische „Fremdbestimmung“ des Vertragsinhalts, die einen besonders tiefen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie darstellt und deswegen besonders rechtfertigungsbedürftig ist.

Am Vorliegen eines tief in die Vertragsfreiheit des Bauunternehmers eingreifenden, diesen der Fremdbestimmung durch den Besteller unterwerfenden einseitigen Anordnungsrechts ändert auch der in § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB-E enthaltene „Einigungsappell“ nichts: hierbei handelt es sich mangels inhaltlicher oder prozeduraler Anforderungen an den Einigungsversuch letztlich um eine rechtlich weitgehend funktionslose Verfahrensanforderung. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die

Verhandlung über eine Einigung stets unter dem „Damoklesschwert“ der drohenden Änderungsanordnung des Bestellers steht und die Verhandlungsposition des Bauunternehmers daher denkbar schwach ist.⁴⁸

Gibt der Gesetzgeber – wie im Falle des in § 650b Abs. 2 BGB-E vorgesehenen einseitigen Anordnungsrechts – einer Vertragspartei das Recht, einseitig den Vertragsinhalt zu verändern, „liegt darin eine Einschränkung der Privatautonomie des anderen Vertragspartners, die sich nur rechtfertigen lässt, wenn die rechtlichen Interessen des betroffenen Vertragspartners durch kompensatorische gesetzliche Schutzregelungen gewahrt werden.“⁴⁹

Eine solche kompensatorische Schutzregelung stellte – neben den in § 650c BGB-E mit der Anordnung korrespondierenden Vorschriften zur Anpassung der Vergütung – auch die Einräumung eines besonderen Leistungsverweigerungsrechts wegen der Unzumutbarkeit der Änderung dar.

Unter Berücksichtigung der schon oben unter (3) im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit dargestellten betroffenen Interessen, insbesondere des weitgehenden Eingriffs eines einseitigen Anordnungsrechts in die Vertragsfreiheit der betroffenen Partei und der verhältnismäßig geringfügigen und mit dem verfolgten gesetzgeberischen Zwecks ohne weiteres zu vereinbarenden Schwächung des Anordnungsrechts des Bestellers durch ein umfassendes Verweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit stellt sich ein Anordnungsrecht ohne eine solche kompensatorische Schutzmaßnahme als unverhältnismäßig dar.

§ 650b BGB n.F ist daher in seiner derzeitigen Fassung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar und daher verfassungswidrig.

Erst recht gilt diese Einschätzung, wenn sich der Bundesrat mit der in seiner Stellungnahme vom 22. April 2016 geforderten Änderung der des § 650c Abs. 4 BGB-E durchsetzen sollte. Der Bundesrat fordert eine Ausdehnung der Ausnahme von der AGB-Inhaltskontrolle auch auf die Regelungen zur Abschlagszahlung nach § 650c Abs. 3 BGB-E⁵⁰. Dies dient dem Ziel, mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen über die VOB/B den für den Fall einer Änderungsanordnung des Bestellers in § 650c Abs. 3 BGB-E vorgesehenen Anspruch des Unternehmers auf eine 80 %ige Abschlagszahlung abbedingen zu können.⁵¹ Bei diesem Anspruch auf eine Abschlagszahlung handelt es sich aber

48 Vielmehr dürfte mit *Schröder*, NJW-Editorial, NJW 2016 (14), festzustellen sein, dass das Anordnungsrecht „die vertragliche Balance empfindlich zu Lasten des Bauunternehmers“ verschiebt.

49 *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 37a unter Verweis auf BVerfGE 114, 73 (89 ff.).

50 Vgl. BR-Drs. 123/16[B], S. 14.

51 Ebd.

ebenso wie bei der Zumutbarkeitsregelung um eine grundrechtlich aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips gebotene kompensatorische Schutzregelung zugunsten des von einer einseitigen Vertragsänderung betroffenen Unternehmers, so dass eine Erleichterung ihrer Abbedingung die Unverhältnismäßigkeit und damit Verfassungswidrigkeit der Ausgestaltung des Anordnungsrechts noch vertiefen würde. Das gleiche gilt für die vom Bundesrat ebenfalls vorgeschlagene Aufnahme einer mit § 650c Abs. 4 BGB-E vergleichbaren Ausnahme von der AGB-Inhaltskontrolle für die Regelungen der VOB/B zum Anordnungsrecht.⁵²

c) Unvereinbarkeit der Ausnahme von der AGB-Inhaltskontrolle (§ 650c Abs. 4 BGB-E) mit der Berufsfreiheit und dem Gleichheitssatz

Hinsichtlich der Rechtfertigung der in § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehenen Ausnahme von als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendeten Regelungen der VOB/B zur Berechnung der Vergütungsanpassung aus der Inhaltskontrolle des § 307 Abs. 1 und 2 BGB sind als „Schranken-Schranken“ insbesondere die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, das sich aus den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergebende Untermaßverbot sowie das Bestimmtheitsgebot zu beachten. Darüber hinaus kommt auch eine Verletzung des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG als verfassungsmäßige Grenze in Betracht, wobei es sich hier strenggenommen um eine eigene Grundrechtsverletzung und nicht um eine „Schranken-Schranke“ der Einschränkung der Berufsfreiheit handelt.

aa) Wesensgehaltsgarantie

Scheidet eine Berührung des Wesensgehalts von Art. 12 Abs. 1 GG schon im Hinblick auf den vergleichsweise tiefen Eingriff eines einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers aus, so liegt in der mit § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehenen Ausnahme eines Teils der VOB/B aus der AGB-Inhaltskontrolle auf den ersten Blick keine Berührung des Wesensgehalts der Vertragsfreiheit. Eine solche wäre allenfalls dann denkbar, wenn die Regelung dazu führen könnte, dass Vertragsparteien mit großer Verhandlungsmacht ihren Vertragspartnern ohne jede Einschränkung beliebige Vertragsbedingungen gleichsam „diktieren“ könnten. Eine solche Situation ist aber schon wegen des in § 138 BGB enthaltenen und allgemein geltenden Verbots sittenwidriger Rechtsgeschäfte nicht gegeben. Die bloße Ausnahme bestimmter – im Falle der VOB/B sogar von den Marktteilnehmern gemeinsam entwickelter – Regelungen aus der AGB-Inhaltskontrolle, wenn diese zwischen Unternehmern bzw. vergleichbaren Marktteilnehmern zum Einsatz kommen, berührt damit den Wesensgehalt der

⁵² Vgl. BR-Drs. 123/16[B], S. 11.

Vertragsfreiheit nicht.

bb) Verstoß gegen die Schutzpflichten des Gesetzgebers (Untermaßverbot)

Allerdings verstößt die Regelung des § 650c Abs. 4 BGB-E gegen das Untermaßverbot.

Der Gesetzgeber ist bei der Ausgestaltung des Vertragsrechts an die ihn zum Schutz schwächerer Marktteilnehmer treffenden Schutzpflichten gebunden und darf das erforderliche Schutzniveau nicht in unverhältnismäßiger Weise unterschreiten (Untermaßverbot).⁵³ Notwendig ist insoweit ein unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter angemessener Schutz, der als solcher tatsächlich wirksam ist.⁵⁴

Wie bereits im Rahmen der Erörterung des Schutzbereichs erläutert (oben 1) und im Rahmen der Eingriffsprüfung problematisiert (oben 2. b) schützt die grundrechtlich garantierte Vertragsfreiheit nicht nur die „formelle“ Vertragsabschluss- und -gestaltungsfreiheit, sondern nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch die „materiale“ Vertragsfreiheit. Darunter ist die „tatsächliche Entscheidungsfreiheit“ der Vertragsparteien als tatsächlich wirksame Ausprägung der Privatautonomie im Sinne einer selbstbestimmten Entscheidung und Gestaltung der privaten Rechtsverhältnisse zu verstehen.⁵⁵

§ 650c Abs. 4 BGB-E nimmt die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung von der Inhaltskontrolle der § 307 Abs. 1 und 2 BGB aus und ermöglicht dadurch insbesondere eine vom gesetzlichen Leitbild der § 650b und § 650c BGB-E abweichende Regelung des Anordnungsrechts und der Vergütungsanpassung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen.⁵⁶ Diese Ausnahme gilt allerdings nur dann, wenn die Regelungen der VOB/B gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Insbesondere gegenüber Verbrauchern gilt die Privilegierung der Bestimmungen der VOB/B also nicht.

Der entscheidende Unterschied zur in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB für die Gesamtheit der VOB/B ohnehin vorgesehenen Ausnahme von der Inhaltskontrolle ist, dass diese Privilegierung nur

⁵³ Zur Entwicklung der Schutzpflichtendogmatik in der Rechtsprechung des BVerfG zum Privatrecht vgl. *Ruffert*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 2009, 389 (389 f.). Grundsätzlich kritisch zu einer unter Rekurrerung auf staatliche Schutzpflichten begründeten staatlichen Kontrolle oder Korrektur privater Verträge *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 2005, 337 (339 f.).

⁵⁴ BVerfGE 88, 203 (254).

⁵⁵ Vgl. bereits oben III. 1 und BVerfGE 89, 214 (231) sowie *Canaris*, AcP 2000 (200), 273 (296).

⁵⁶ Noch weitergehend – und damit verfassungsgrechtlich noch problematischer – ist der Vorschlag des Bundesrats in seiner Stellungnahme vom 22. April 2016, der auch die Regelungen der VOB/B zur Abschlagszahlung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB entziehen will, vgl. BR-Drs. 123/16(B), S. 14.

dann gilt, wenn das aus fein aufeinander abgestimmten und sich gegenseitig austarierenden Bestimmungen bestehende⁵⁷ Regelwerk der VOB/B „in seiner Gesamtheit“ einbezogen wird. Im Rahmen von § 650c Abs. 4 BGB-E soll es dagegen ausreichen, wenn nur die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung einbezogen werden. Damit wird dem durch diese Regelungen der VOB/B im Vergleich zum gesetzlichen Leitbild der §§ 650b, 650c BGB-E noch weitergehend bevorzugte Besteller⁵⁸ ein bereichsspezifisches „Rosinenpicken“ der für ihn günstigen Bestimmungen der VOB/B erlaubt, ohne dass er sich auch ansonsten an das insgesamt austarierte System der VOB/B binden müsste.

Die Ausnahme von der AGB-Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB gibt dem Verwender der Regelungen der VOB/B besondere Gestaltungsmacht und verkürzt damit die als tatsächliche Entscheidungsfreiheit geschützte Vertragsfreiheit der anderen Vertragspartei. Angesichts der Tatsache, dass die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht des Bestellers und zur Vergütungsanpassung eine im Vergleich zu den §§ 650b, 650c BGB-E noch stärkere Stellung des Bestellers vorsehen, sind davon insbesondere Bauunternehmer betroffen. In der Praxis werden von dieser Regelung darüber hinaus insbesondere öffentlich-rechtliche Auftraggeber profitieren. Zwar gilt die Privilegierung der VOB/B formal immer dann, wenn ihre Bestimmungen gegenüber Unternehmern und den auch sonst im Verbraucherschutzrecht den Unternehmern gleichgestellten juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. In der Praxis werden die Regelungen der VOB/B jedoch regelmäßig nicht gegenüber, sondern gerade von öffentlich-rechtlichen, also dem Staat zuzuordnenden Auftraggebern verwendet. Gleichzeitig ist hier das Machtgefälle hinsichtlich der Markt- und Nachfragemacht und der daraus folgenden Verhandlungsmacht besonders groß: Insbesondere Auftragnehmer öffentlich-rechtlicher Auftraggeber sind regelmäßig „alternativlos“ den von den Bestellern vorgegebenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgesetzt.⁵⁹ Die Stellung der Bauunternehmer ist hier eher mit der

57 Vgl. dazu zur Begründung des Ausschluss der isolierten Überprüfbarkeit einzelner Klauseln der zwischen Unternehmern vereinbarten VOB/B BGHZ 86, 135 (142) und *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 310 Rn. 12.

58 Die betreffenden Vorschriften der VOB/B sehen anders als § 650b BGB-E keine Verpflichtung zur Herstellung von Einvernehmen über die Änderung und die in Folge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung vor; sie enthalten auch keine Regelung über die Planungsverantwortung des Bestellers und im Falle des § 1 Abs. 3 VOB/B auch keine Beschränkung dahingehend, dass der Unternehmer nur unter der Voraussetzung der Zumutbarkeit verpflichtet ist, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, soweit diese eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges zum Inhalt hat. Faktisch werden durch die Bestimmungen der VOB/B alle für die Unternehmenseite positiven Aspekte des vorliegenden Gesetzesentwurfs wieder ausgehebelt.

59 Mit Ausnahme des Einfamilienhausbaus werden in der Praxis die Vertragsbedingungen durchgehend vom Auftraggeber als AGB vorgegeben; im Bereich der Bauindustrie wird ausnahmslos die VOB/B zur Vertragsgrundlage

von Verbrauchern zu vergleichen als mit der „auf Augenhöhe“ verhandelnder Unternehmer: Sie sehen sich, insbesondere im Rahmen von Ausschreibungen, Vertragsbedingungen ausgesetzt, die sie inhaltlich nicht oder jedenfalls kaum beeinflussen können.

Das mag dann hinnehmbar und mit den gesetzgeberischen Schutzpflichten zum Schutz der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit (noch) vereinbar sein, wenn auf die Inhaltskontrolle der § 307 Abs. 1 und 2 BGB wie von § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB vorgesehen nur bei einer gesamtheitlichen Einbeziehung der VOB/B als insgesamt „faïres“ und gut austariertes Regelwerk verzichtet wird.

Die Grenze zur Schutzpflichtverletzung wird allerdings dort überschritten, wo auf die AGB-Inhaltskontrolle auch bei einer nur teilweisen und die Bestellerseite einseitig privilegierenden Einbeziehung der VOB/B verzichtet wird. Dies gilt erst recht, wenn sich der Staat dadurch am Markt selbst Vorteile für seine Bauprojekte verschaffen will. Dass diese Motivation der Regelung keineswegs aus der Luft gegriffen ist, zeigt nicht zuletzt die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. April 2016: Hier wird nicht nur eine weitere Ausweitung der Privilegierung der VOB/B gefordert, sondern dies ausdrücklich mit Verweis auf die sonst drohenden „AGB-rechtlichen Auseinandersetzungen und Gerichtsprozesse um das Anordnungsrecht gemäß VOB/B mit der Folge unübersehbarer Baustillstände auf Baustellen der öffentlichen Hand“ begründet.⁶⁰

Eine gesetzliche Verkürzung des AGB-Schutzes gerade (auch) zugunsten staatlicher Besteller ist insoweit besonders problematisch und mit der bestehenden staatlichen Schutzpflicht zum Schutz der materialen Vertragsfreiheit unvereinbar.

§ 650c Abs. 4 BGB-E ist daher wegen Verstoßes gegen die sich aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit ergebende staatliche Schutzpflicht zur Gewährleistung tatsächlicher Vertragsfreiheit mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar und verfassungswidrig.

cc) Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

Soweit § 650c Abs. 4 BGB-E die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung in ihrer „jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung“ zum Ausgangspunkt einer AGB-rechtlichen Privilegierung macht, liegt darin ein Verstoß gegen das aus dem Gesetzesvorbehalt abgeleitete verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot. Zwar verbietet das

gemacht.

60 BR-Drs. 123/16(B), S. 11, 14.

Bestimmtheitsgebot nicht generell jede dynamische Verweisung. Zulässig sind insbesondere Verweise auf Normen, die in der Gesetzgebungskompetenz des verweisenden Gesetzgebers liegen. Auch sind „dynamische“ Verweise auf privatrechtlich geschaffene Normen nicht generell unzulässig. Dies belegt der gesetzliche Verweis in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB auf die vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss geschaffene VOB/B „ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung“. Abweichend davon greift der Gesetzentwurf jedoch aus dem fein aufeinander abgestimmten und sich gegenseitig austarierenden Gesamregelwerk der VOB/B pauschal die Bestimmungen zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsfolge heraus. Offen bleibt dabei, um welche konkreten Bestimmungen der VOB/B es sich handeln soll. Auch die Gesetzesbegründung bleibt hier vage:

„Das neue Privileg ermöglicht es den Parteien im Bereich der öffentlichen und gewerblichen Aufträge, gemäß § 2 Absatz 5 und Absatz 6 VOB/B und der dazu entstandenen Praxis den neuen Preis weiterhin unter Fortschreibung der Auftragskalkulation/Ur-kalkulation zu berechnen, wenn sie zumindest die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne Abweichung insgesamt vereinbart haben.“⁶¹

Für Vertragsparteien und Gerichte bleibt unklar, welche konkreten Bestimmungen aus dem Gesamregelwerk der VOB/B künftig AGB-rechtlich privilegiert werden sollen. Geht es dem Gesetzgeber nur um eine Privilegierung von Anordnungsrechten, deren Vergütungsfolge in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 geregelt ist, oder wären beispielsweise auch die in § 2 vorgesehenen Bestimmungen zu Mengenänderungen und deren Vergütung einbezogen? Was ist mit den in § 4 VOB/B vorgesehenen Anordnungsrechten und deren Vergütungsfolge? Wenn der Gesetzentwurf schon zur aktuellen Fassung der VOB/B nicht klar und unmissverständlich regelt, welche Bestimmungen künftig AGB-rechtlich privilegiert sein sollen, ist eine „dynamische“ Verweisung auf künftige Änderungen erst recht unzulässig. Der Bundesgesetzgeber hat offenbar weder Überblick noch Einfluss, welche Bestimmungen einer AGB-rechtlichen Überprüfung entzogen sein sollen. An dem Befund einer unzulässigen Verweisung ändert sich auch dadurch nichts, dass der Gesetzgeber die (unklar) in Bezug genommenen Bestimmungen der VOB/B nicht inhaltlich zum Gegenstand einer Regelung, sondern „nur“ die Tatsache ihrer Einbeziehung zum Anknüpfungspunkt für eine Rechtsfolge macht. Denn diese Rechtsfolge liegt in der unsubstantiierten Wertung des Gesetzgebers begründet, dass die VOB/B nicht nur insgesamt, sondern auch in nicht konkret bezeichneten Teilen ein ausgewogenes Regelwerk darstelle und deswegen nicht der Inhaltskontrolle des § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterliegen soll. Diese gesetzgeberische Wertung kann sich aber angesichts ihrer unklaren Grundlage weder auf die aktuelle

61 RegE BauV, S. 64.

noch auf eine künftige Fassung der VOB/B beziehen und darf wegen des Bestimmtheitsgebots auch keinesfalls für alle zukünftigen Fassungen vorausgesetzt werden. Vor diesem Hintergrund ist eine (Teil-)Verweisung auf die aktuelle oder künftige VOB/B, die hier mit einem Grundrechtseingriff in Form eines Verzichts auf staatliche Schutzbestimmungen verbunden ist, offensichtlich unzulässig und wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot und damit den Gesetzesvorbehalt offensichtlich verfassungswidrig.

dd) Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Eine weitere Grenze für die gesetzgeberische Einschränkung der Vertragsfreiheit ergibt sich aus dem in Art. 3 Abs. 1 GG niedergelegten Gleichheitssatz, also dem Gebot wesentlich Gleiches grundsätzlich gleich und wesentlich Ungleiches grundsätzlich ungleich zu behandeln.⁶²

Vorliegend kommt im Hinblick auf § 650c Abs. 4 BGB-E wegen des unterschiedslosen Ausschlusses der AGB-Inhaltskontrolle bei Verwendung der Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung gegenüber allen „Unternehmern“ ohne Rücksicht auf deren konkrete Verhandlungsmacht und ohne Rücksicht auf den konkreten Verwender eine gleiche Behandlung von wesentlich Ungleichem in Betracht.

Tatsächlich erfasst der gesetzliche Begriff des „Unternehmers“ gem. § 14 Abs. 1 BGB alle Personen, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Damit sind insbesondere auch im Baubereich eine große Bandbreite von Akteuren vom einzelnen Installateur bis hin zum börsennotierten Bauindustrieunternehmen erfasst. Gemeinsam ist diesen Akteuren allein die gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit. Im Hinblick auf die für die Rechtfertigung einer Ausnahme von der AGB-Inhaltskontrolle entscheidende Frage der Wahrung der materialen Vertragsfreiheit, also der tatsächlich bestehenden Möglichkeit, auf die Gestaltung des Vertrags Einfluss zu nehmen, umfasst diese Gruppe der „Unternehmer“ wegen der höchst unterschiedlichen Markt- und Verhandlungsmacht „wesentlich ungleiche“ Akteure. Ihre Gleichbehandlung ist damit rechtfertigungsbedürftig.

Wegen der unmittelbaren Auswirkungen dieser Ungleichbehandlung auf das Grundrecht der hier im Rahmen der Berufsfreiheit geschützten Vertragsfreiheit wäre eine solche Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem auch nicht durch einen bloßen sachlichen Grund zu rechtfertigen, sondern müsste den strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genü-

⁶² Zur Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit vgl. u.a. BVerfGE 8, 274 (329 f.).

gen: „Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers um so engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 60, 123 [134]; 82, 126 [146]).“⁶³

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem wäre auch das Untermaßverbot zu berücksichtigen, so dass insoweit auf die Ausführungen oben unter bb verwiesen werden kann.

Danach ist die durch § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem wegen der fehlenden Verhältnismäßigkeit des Verzichts auf eine differenzierende Regelung mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren und auch deswegen verfassungswidrig.



Berlin, 17. Mai 2016

⁶³ BVerfGE 88, 87 (96).

Literaturverzeichnis (Auswahl)

Bäuerle, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001.

Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 2000 (200), 273 ff.

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992.

Höfling, Vertragsfreiheit – eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991.

Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 2005, 337 ff.

v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2010.

Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 75. EL September 2015.

Peters, Regelungsbedarf im Baurecht, NZBau 4/2010, 211 ff.

Ruffert, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 2009, 389 ff.

Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014.

Säcker/Rixecker/Oetker/Limpberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016.