

Unwucht gegen den Mittelstand austarieren. Faire Regeln schaffen. Gemeinsam besser bauen.

Änderungsvorschläge für den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts
und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

24. Juni 2016

ENTWURF

A. Im Grundsatz

Was wird geregelt?

Der Gesetzentwurf sieht unter anderem die Einfügung eines neuen Kapitels 2 „Bauvertrag“ vor. Neu aufgenommen werden ins BGB eine Definition des Bauvertrags (§ 650a BGB-E), Regelungen zum Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB-E) sowie Vorgaben für die Vergütungsanpassung (§ 650c BGB-E).

Wie ist der Stand?

Die Bundesregierung hat den Gesetzentwurf beschlossen. Der Bundesrat hat in seiner 944. Sitzung am 22. April 2016 ausführlich Stellung genommen. Die Bundesregierung hat mittlerweile eine Gegenäußerung zu dieser Stellungnahme veröffentlicht (s. BT-Drs. 18/8486). Die Beratungen im Bundestag laufen.

Worum geht es volkswirtschaftlich?

Der Investitionshochlauf für die Schienenwege kann nur mit einer starken Partnerschaft am Bau gelingen. Denn nur gemeinsam können Investitionen ins Werk gesetzt werden. Doch einzelne Klauseln des vorgesehenen neuen Bauvertragsrechts würden die Balance am Bau aus den Angeln heben: Rechte und Pflichten,

Privilegien und Risiken würden dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer (Unternehmen) nicht ausgewogen zugewiesen. Das würde die Leistungsfähigkeit der Unternehmen unverträglich schwächen und Bauprojekte verteuern.

Wo liegt das betriebswirtschaftliche Problem?

Schon heute leiden viele Unternehmen – vor allem mittelständische – unter hohen Vorfinanzierungsrisiken. Das vorgesehene neue Bauvertragsrecht würde durch einseitige Privilegien der Auftraggeber und praxisferne Verfahrensregelungen die Kooperation am Bau erschweren und die Rechtsunsicherheit erhöhen. Wenn Auftraggeber überzogene Änderungen anordnen dürfen und erst spät Abschlüsse zahlen müssen, aber das Unternehmen in Vorleistung geht und seine Mitarbeiter sowie das Material weiter finanziert, können ernste Liquiditätsengpässe entstehen. Und wenn Unternehmen einzelne Klauseln der AGB eines öffentlichen Auftraggebers nicht gerichtlich kontrollieren lassen dürfen („Rosinenpicken“), wird der Rechtsrahmen zu Lasten der Unternehmer verändert: Ihre Verhandlungsposition bei Nachträgen wird verschlechtert und so ihr Vorfinanzierungsrisiko erhöht.

Geht es der Bahnindustrie darum, Verbraucherrechte zu schwächen?

Nein. Sondern der Verbraucherbereich (B2C, „Häuslebauer“) muss vom Bereich für Unternehmen (B2B) unterschieden werden. Denn im B2B-Sektor sind die Gewichte zwischen markt-mächtigen öffentlichen Auftraggebern und privaten, oft mittelständischen Unternehmen häufig deutlich anders verteilt als im B2C-Bereich. Der Ordnungsrahmen für den B2B-Bereich muss die dort realen Marktgewichte angemessen spiegeln.

Gibt es verfassungsrechtliche Bedenken gegen einzelne Klauseln?

Ja. Die im Gesetzentwurf 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.

Kann das vorgesehene neue Baurecht punktuell verändert werden, um die unbeabsichtigten negativen Folgen abzuwenden?

Ja. Der Gesetzentwurf muss und kann punktuell geändert werden:

- § 650c Abs. 4 BGB-E (rechtliches „Rosinenpicken“ des Auftraggebers) müssen gestrichen werden (gilt analog für § 650b Abs. 2a BGB-E, wie vom Bundesrat vorgeschlagen) (**Siehe unter I.**)
- § 650c Abs. 3 BGB-E (Abschlagszahlungen) muss unabdingbar ausgestaltet sein und Satz 2 ist zu streichen (**Siehe unter II.**)
- § 650b Abs. 1 BGB-E (zu weitreichendes Anordnungsrecht) muss angepasst werden (**Siehe unter III.**)

¹ Rechtsgutachten Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis zur Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Reform des Bauvertragsrechts mit dem Grundgesetz im Auftrag der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmer 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), Stand Mai 2016.

ENTWURF

B. Im Einzelnen

I. Rechtliches „Rosinenpicken“ des Auftraggebers verhindern, faire Balance sichern, § 650c Abs. 4 BGB-E

Regelung	Inhalt	Bewertung	Empfehlung
<p>§ 650c Abs. 4 (ähnlich § 650b Abs. 2a BGB-E) „Die Parteien können eine andere Vereinbarung für die Vergütungsanpassung <i>und die Abschlagszahlung</i>² 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 zur Vergütungsanpassung <i>und zur Abschlagszahlung</i> 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.“</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Wenn einzig die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung (ohne inhaltliche Abweichungen) als AGB verwendet werden, sollen diese Regelungen künftig einer Inhaltskontrolle durch Gerichte entzogen sein. • § 650c Abs. 4 BGB-E regelt, dass künftig auch für diese einzelnen Regelungen der VOB/B die § 307 Absatz 1 und 2 BGB in Bezug auf eine Inhaltskontrolle – abweichend von § 310 Absatz 1 Satz 3 BGB – keine Anwendung finden. • Die in § 650c Abs. 3 BGB-E niedergelegte Möglichkeit eine Abschlagszahlung verlangen zu können, wird ungerechtfertigt ausgehebelt. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es gibt keine grundlegende Kritik an der VOB/B. Im Gegenteil, sie ist ein als Ganzes sorgsam austariertes, bewährtes und anerkanntes Regelwerk. • Die bewährte ausgewogene Regelung im BGB (§ 310 Abs. 1 S. 3 BGB) legt fest, dass nur bei Verträgen, in die die VOB/B als Ganzes einbezogen ist, keine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen erfolgt. Also: Entweder die VOB/B als austariertes Regelwerk als Ganzes ohne Inhaltskontrolle oder Abweichungen mit der Möglichkeit einer Inhaltskontrolle. Dies ist richtig, weil die VOB/B als Ganzes (und nur so) als fairer Rahmen allgemein anerkannt ist. • Das neue Bauvertragsrecht bewirkt nun, dass der Besteller künftig die VOB/B ohne Inhaltskontrolle filetieren kann. Erstmals könnten selektive Regelungen – also Teile der VOB/B – gerichtlich nicht mehr überprüft werden. • Der Gesetzentwurf bricht hier fundamental mit dem bewährten Grundsatz. Es würde ein völlig neues Privileg geschaffen: die selektive Privilegierung von isolierten VOB/B-Regelungen als AGB. Dies würde marktmächtige öffentliche Auftraggeber gegenüber Unternehmen unfair bevorteilen. Die Balance am Bau würde eindeutig verloren gehen. • Diese Option des „Rosinenpickens“ stärkt die Verhandlungsposition des Bestellers unverhältnismäßig. Deshalb stößt diese Privilegierung auf verfassungsrechtliche Bedenken. Auch die in Bezug genommenen Regelungen der VOB/B sind rechtlich nicht unumstritten. Ein Außerkraftsetzen der dem Grunde nach richtigen Regelungen zur Abschlagszahlung (80 %), wie vom Bundesrat vorgeschlagen, würde die Situation einseitig zulasten der Unternehmen unfair verschlechtern. 	<p>1. § 650c Abs. 4 BGB-E (und analog § 650b Abs. 2a BGB, wie vom Bundesrat vorgeschlagen) ist in toto zu streichen.</p>

1 Rot markierte Passagen sind zur Streichung empfohlen.

2 Grün markiert sind die Passagen, die Teil der Stellungnahme des Bundesrates am 22. April 2016 (siehe BR-Drs. 123/16(B)) waren und denen die Bundesregierung im Rahmen ihrer Gegenäußerung am 18. Mai 2016 zugestimmt hat (siehe BT-Drs 18/8486).

ENTWURF

II. Abschlagszahlungen zügig sichern, § 650c Abs. 3 BGB-E

Regelung	Inhalt	Bewertung	Empfehlung
<p>§ 650c Abs. 3 BGB-E <i>„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 keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren.“</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ziel dieser Regelung ist es zu gewährleisten, dass der Auftragnehmer frühzeitig einen Zahlungsfluss vom Auftraggeber, zumindest in Höhe von 80 % der Mehrvergütungsansprüche, die ihm infolge der Anordnung zusätzlicher Leistungen entstanden sind, verlangen kann. • Unpräzise ist die Formulierung, dass <i>„die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig wird“</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> • Sinnvollerweise regelt der Gesetzentwurf Abschlagszahlungen für eine Vergütungsanpassung. So soll der Unternehmer 80 % einer im Angebot genannten Mehrvergütung als Abschlag ansetzen dürfen. • Damit wird richtigerweise angestrebt, eine Unwucht zu Lasten der Auftragnehmer zu vermeiden. • Es ist zwingend aufzunehmen, dass der Auftraggeber zur Zahlung des 80%igen Abschlages verpflichtet ist, wenn der Auftragnehmer die Leistung (auch teilweise) ausgeführt und prüfbar abgerechnet hat. • § 650c Abs. 3 S. 2 BGB-E ist zu streichen, um zu vermeiden, dass der vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Eindruck entsteht, die Abschlagszahlungen würden „erst nach der Abnahme“ fällig. Wenn die Abschlagszahlungen erst nach Abnahme des Werkes fällig werden, wäre das ein Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen in Satz 1. Es würde die Rechtslage gegenüber dem Status quo (Abschläge für Nachträge) nicht verbessern und die Vorfinanzierungsproblematik der Unternehmen nicht entschärfen. Weiterhin ist der Terminus „nach Abnahme“ als Fälligkeitszeitpunkt ein Fremdkörper im BGB. § 641 BGB spricht von „bei Abnahme“. 	<p>2. Es ist eine klarere Formulierung zur zeitnahen Fälligkeit der geschuldeten Mehrvergütung in § 650c Abs. 3 BGB-E aufzunehmen. § 650c Abs. 3 S. 2 BGB-E ist zwingend zu streichen (rot markiert). § 650c Abs. 3 S. 1 BGB-E sollte unabdingbar sein, sodass anderslautende Vereinbarungen unwirksam sind.</p>

ENTWURF

III. Anordnungsrecht, § 650b Abs. 1 BGB-E

Regelung	Inhalt	Bewertung	Empfehlung
<p>(1) Begehrt der Besteller</p> <p>1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder</p> <p>2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung nach Satz 1 Nummer 2 und umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, streben die Vertragsparteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung. Bundesregierung zum Ergänzungsvorschlag des Bundesrats: Prüfung im weiteren Gesetzgebungsverfahren.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Künftig soll der Besteller ein Anordnungsrecht haben, wenn er eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, oder eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs begehrt. • Nur sofern es um eine Änderung des Werkerfolgs geht (Satz 1 Nr. 1), kann ein Auftragnehmer die Anordnung als unzumutbar ablehnen, nicht jedoch, sofern es um eine Änderung geht, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (Satz 1 Nr. 2). Damit verengt der Gesetzgeber eklatant die Möglichkeit des Auftragnehmers, sich auf die Unzumutbarkeit zu berufen. • Es finden sich weiterhin keine Maßstäbe dafür, was unzumutbar ist, was die Beweisführung erschwert. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es gibt keine grundlegenden Einwände gegen ein Anordnungsrecht wie es in der VOB/B festgelegt ist. Aber der Bauvertragsrechtswortwurf würde es dem Besteller erstmals erlauben, sogar den vertraglich vereinbarten Werkerfolg einseitig per Anordnung zu verändern. • Das hier vorgesehene weitreichende einseitige Anordnungsrecht ist überzogen: Es widerspricht der unternehmerischen Freiheit des Auftragnehmers, selbst zu entscheiden, unter welchen Bedingungen Verträge geschlossen werden. • Der Dispositions- und Verhandlungsraum eines Unternehmens wird so beschnitten. Das gilt für die Planung des Personals, der Baugeräte, des Baubetriebs sowie des Baumaterials. • Das Anordnungsrecht ist sinnvoll, es darf aber nicht unbegrenzt sein. Es muss deshalb besser gefasst werden. Der Nachtrag muss in einem vernünftigen Verhältnis zum bisherigen Auftragsvolumen stehen. Beide Anordnungswege müssen gleichbehandelt werden im Hinblick auf die Frage der Zumutbarkeit. 	<p>3. In § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB-E muss deutlich werden, dass die Prüfung der Zumutbarkeit für alle Anordnungen gilt. Dafür ist der rot markierte Teilsatz zu streichen. Die Voraussetzung und Begrenzungen sind zu präzisieren.</p>