

Essen, den 13. Juni 2016

Zusammenfassende Stellungnahme

von

Prof. Stefan Leupertz

Präsident des Deutschen Baugerichtstages e. V.

zur Vorbereitung

der öffentlichen Anhörung

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

BT-Drucksache 18/8486

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages hat mit seiner Einladung zur öffentlichen Anhörung zu dem o. g. Gesetzentwurf der Bundesregierung eine schriftliche Stellungnahme der geladenen Sachverständigen erbeten. Diesbezüglich möchte ich auf die beiliegende Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstages vom 19. April 2016 verweisen, die von mir verfasst und nach Abstimmung mit dem Vorstand des Deutschen Baugerichtstages veröffentlicht worden ist. Zur Erläuterung sind folgende ergänzende Anmerkungen veranlasst:

- a) Der Deutsche Baugerichtstag e. V., als dessen Präsident ich an der Anhörung teilnehmen darf, befasst sich seit Jahren mit dem Gesetzgebungsvorhaben und hat es von Anfang an begleitet. Er hat zum ursprünglichen Referentenentwurf umfangreich zu allen Aspekten der Regelungsvorschläge Stellung genommen (*abrufbar unter: [www.baugerichtstag.de/Referentenentwurf Bauvertragsrecht](http://www.baugerichtstag.de/Referentenentwurf_Bauvertragsrecht)*) und befürwortet auch weiterhin die Gesetzesinitiative, die sich, wie mehrere Abgeordnete während der ersten Lesung des Gesetzes im Bundestag mit Recht hervorgehoben haben, durch eine bemerkenswert gründliche und sorgfältige Vorarbeit des zuständigen Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz auszeichnet.
- b) Der Regierungsentwurf in seiner jetzigen, durch die Stellungnahme des Bundesrates beeinflussten Fassung enthält zahlreiche Änderungen und Modifikationen des ursprünglichen Referentenentwurfs. Viele dieser Modifikationen, insbesondere diejenigen zum Verbraucherbauvertrag, erscheinen zumindest diskutabel. Sie sollen hier nicht näher beleuchtet werden.
- c) Statt dessen ist das Augenmerk auf drei zentrale Punkte des Regierungsentwurfs zu richten, mit deren Umsetzung das im Referentenentwurf niedergelegte Regelungskonzept für ein ausgewogenes, praxisgerechtes gesetzliches Bauvertragsrecht völlig ausgehöhlt und in sein Gegenteil verkehrt würde (vgl. dazu S. 3f. der beigefügten Stellungnahme). Diese Änderungen, die durch eine dringend empfohlene Rückbesinnung auf den Referentenentwurf weitgehend vermieden würden, betreffen:
 - § 650b BGB-E - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers
 - § 650c BGB-E - Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2
 - § 650p BGB-E - Anwendbare Vorschriften
- d) Die in der beigefügten Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstages e. V. aufgezeigten und ausführlich begründeten Einwände, auf die hiermit verwiesen wird, gelten auch für die jetzige, Änderungsvorschläge des Bundesrats in Betracht ziehende Fassung des Regierungsentwurfs (Zusätzliche Anmerkungen zu der bei Abfassung der Stellungnahme des DBGT noch nicht vorhandenen Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates sind gelb unterlegt). Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen:
 - Das nach § 650b Abs. 1 - 3 BGB-E und 650c Abs. 1, 2, 5 BGB-E vorgesehene "Einigungsmodell" ist nicht praktikabel. Es lädt nicht einigungswillige Vertragsparteien ein zur Obstruktion und wird deshalb die Vertragsabwicklung nicht befrieden, sondern zu weiteren kostspieligen Störungen des Bauablaufs führen und den für den Unternehmer essentiell wichtigen Liquiditätsfluss

beeinträchtigen. Insbesondere die obligatorische Einschaltung eines Sachverständigen als Voraussetzung für die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes ist in diesem Sinne kontraproduktiv (vgl. zum Ganzen S. 4f. der beigefügten Stellungnahme).

- Die zweckentsprechende Austarierung zwingend erforderlicher Anordnungsrechte des Bestellers mit dem berechtigten Vergütungs- und Liquiditätsinteresse des Unternehmers setzt die Bereitstellung eines funktionierenden Systems für neutrale Eilentscheidungen voraus. Das vorgeschlagene Modell, die Beteiligten auf die erleichterte Inanspruchnahme eines Verfahrens zum Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verweisen, ist nicht praxisgerecht. Es ist unbrauchbar, soweit die erfolversprechende Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes zusätzlich davon abhängig gemacht wird, dass zuvor ein Sachverständiger eingeschaltet wurde. Statt dessen sollte eine echte Bauverfügung eingeführt werden (vgl. zum Ganzen: S. 6ff. der beigefügten Stellungnahme).
- Die "80%-Regel" in § 650c Abs. 3 BGB-E animiert die Unternehmer dazu, überhöhte Nachtragsangebote zu legen, um in der Sache nicht gerechtfertigte Nachtragsforderungen (vorerst) liquidieren zu können. Dadurch wird ein enormes Streitpotential geschaffen, das leicht bis zum Baustillstand eskalieren kann. Weil der Besteller überhöhten Abschlagsforderungen des Unternehmers nur im Wege einer einstweiligen Verfügung begegnen kann, werden solche Verfahren massenhaft eingeleitet und zu einer erheblichen Mehrbelastung der schon jetzt mit derartigen Baustreitigkeiten oft überforderten Gerichte führen (vgl. S. 10 der beigefügten Stellungnahme).
- Die nach § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Privilegierung der VOB/B entzieht dem gesetzlichen Regelungsmodell in § 650c Abs. 1, 2 BGB-E den Boden und prolongiert ein ungerechtes, auf einem verdeckten Wettbewerb und völlig unklaren Regelungen beruhendes Preisfortschreibungsmodell der VOB/B. Die Privilegierungsregelung begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. S. 8ff. der beigefügten Stellungnahme).
- Das in § 650b und § 650c BGB-E vorgeschlagene Regelungsmodell belastet einseitig den Besteller. Es wird - auch für die öffentliche Hand - zu einer Verteuerung der Bauvorhaben führen und - gegen den Geist des Gesetzes - gerade Verbraucher in der Rolle des Bestellers von Bauleistungen mit Risiken belasten, die er kaum wird beherrschen können.
- Ziel der Einführung eines eigenständigen Vertragstypus' "Architekten- und Ingenieurvertrag" war es u. a., die Leistungspflichten des Architekten/Ingenieurs klarer zu definieren und über die Inbezugnahme der Vorschriften in § 650b BGB-E hinaus auch die gesetzlichen Grundlagen für anordnungsbedingte Mehrvergütungsansprüche des Architekten/Ingenieurs zu schaffen. Dieses Ziel wird durch § 650p Abs. 2 BGB-E nicht erreicht (vgl. dazu S. 10f. der beigefügten Stellungnahme).

Hamm, den 19. April 2016

Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstages e.V.

zum

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des
Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen
Mängelhaftung

I. Vorbemerkung

Der Deutsche Baugerichtstag (DBGT) hat schon auf seinem 3. Kongress im Jahr 2010 die Einführung eines eigenständigen gesetzlichen Bauvertragsrechts empfohlen und in seinem Arbeitskreis I Regelungsvorschläge hierzu erarbeitet,¹ die auf den folgenden beiden Kongressen in mehreren Arbeitskreisen weiter verfeinert und ergänzt wurden. Die Empfehlungen des DBGT waren Gegenstand der Erörterungen einer vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) einberufenen "Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht"; sie bilden in zentralen Punkten die Grundlage für die nach mehr als 3-jähriger Beratungstätigkeit im Abschlussbericht vom 18. Juni 2013 zusammengefassten Vorschläge der Arbeitsgruppe für die Gestaltung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts. Diese Vorschläge hat das BMJV im Herbst 2015 im *Referentenwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung* aufgegriffen und - mit moderaten Änderungen und Ergänzungen - zu konkreten gesetzlichen Bestimmungen verdichtet. Der DBGT hat zum Referentenentwurf unter dem 20. November 2015 ausführlich Stellung genommen und die Gesetzesinitiative trotz kritischer Anmerkungen im Detail und einigen Änderungs- und Ergänzungsvorschlägen in ihrem Kerngehalt ausdrücklich begrüßt.² Dies deshalb, weil der Referentenentwurf in seinen Grundannahmen die dogmatische Struktur des Rechtsgeschäfts "Bauvertrag" zutreffend erfasst und hieraus Regelungsvorschläge entwickelt hat, die praxismgerechte, einer ausgewogenen Interessenbewertung verpflichtete Leitgedanken für die Gestaltung und Abwicklung von Bauvorhaben enthalten.

Anfang März 2016 hat das BMJV nunmehr den *Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung* vorgelegt. Soweit das Ministerium damit durch Änderungen und Ergänzungen des Referentenentwurfs auf Kritik und Anregungen der zuvor angehörten Interessenverbände und Fachleute reagiert hat, besteht aus Sicht des DBGT kein Anlass solche Modifikationen besonders zu kommentieren.

Ohne erkennbaren Anlass sieht der Regierungsentwurf allerdings in den für die Bauwirtschaft zentralen Problembereichen der Anordnungsrechte und der Preisanpassung völlig neue Regelungen vor, die weder in den jahrelang mit der Entwicklung des Gesetzes befassten Gremien diskutiert noch überhaupt öffentlich kommuniziert worden waren. Diese Regelungen müssen revidiert werden. Sie sind mit den auf die Gewährleistung eines ungestörten Bauablaufs und Liquiditätsflusses gerichteten Grundgedanken des Gesetzesvorhabens nicht in Einklang zu bringen. Ihre Umsetzung würde - im Gegenteil - die tatsächliche und rechtliche Abwicklung von Bauvorhaben mit der Implementierung von praxisfernen Verfahrensabläufen und einer nicht ausgewogenen Zuweisung von Rechten und Pflichten erheblich erschweren und so in letzter Konsequenz zu einer Verteuerung von Bauvorhaben und einer erheblichen Mehrbelastung der Gerichte führen. Hinzu treten verfassungsrechtliche Bedenken gegen die in § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Privilegierungsregelung.

Der DBGT, der die Gesetzesinitiative grundsätzlich weiterhin befürwortet und unterstützt, nimmt diese Entwicklung mit großer Sorge zu Kenntnis. Er möchte vor dem Hintergrund

¹ abrufbar unter www.baugerichtstag.de, Arbeitskreis I Bauvertragsrecht

² abrufbar unter www.baugerichtstag.de, Referentenentwurf Bauvertragsrecht

einer zu Recht intensiv geführten Diskussion über die kosteneffiziente und termintreue Durchführung großer Bauvorhaben verhindern, dass solche Bemühungen durch inkompatible gesetzliche Bestimmungen konterkariert werden. Deshalb sieht sich der DBGT veranlasst, zu den folgenden Regelungsvorschlägen des Regierungsentwurfs gesondert Stellung zu nehmen:

- § 650b BGB-E - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers
- § 650c BGB-E - Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2
- § 650p BGB-E - Anwendbare Vorschriften

II. Ausgangslage

Gesetzliche Regelungen zu einseitigen Leistungsbestimmungsrechten des Bestellers waren und sind einer der Hauptstreitpunkte des Gesetzesvorhabens, weil die Zubilligung von Anordnungsrechten die durch den Vertragsschluss abgesicherten kalkulatorischen und organisatorischen Dispositionen des Unternehmers stört und solcherart signifikanten Einfluss auf die ökonomischen Rahmenbedingungen für die Abwicklung insbesondere von großen und größten Bauvorhaben hat. Dementsprechend intensiv ist dieser Problembereich in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJV diskutiert worden; die hieraus entwickelten Eckdaten für ein praxisgerechtes Regelungskonzept ergeben sich wie folgt aus der Stellungnahme des DBGT zum Referentenwurf:

"Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht BMJ hat es im Interesse einer zweckentsprechenden, möglichst ökonomischen Realisierung von Bauvorhaben grundsätzlich für erforderlich gehalten, dem Besteller ein umfassendes, durch Zumutbarkeitskriterien begrenztes Anordnungsrecht zuzubilligen. Sie wollte allerdings zugleich sicherstellen, dass der zur Befolgung von Anordnungen verpflichtete Unternehmer anordnungsbedingten Mehraufwand zeitnah in angemessener Höhe vergütet erhält. Neben der interessengerechten Austarierung von Anordnungsrechten und Liquiditätssicherung steht der Grundsatz, dass keine Rechtspositionen geschaffen werden sollen, die zu einem unnötigen Stillstand der Bauausführung führen können.

Zur Verwirklichung dieser Leitgedanken hat die Arbeitsgruppe ein von drei Säulen getragenes Regelungskonzept entwickelt, das sich wie folgt zusammenfassen lässt:

- *Es bedarf einer gesetzlichen Regelung, ob und inwieweit der Besteller berechtigt ist, Änderungen der Vertragsleistung anzuordnen.*
- *Als Gegengewicht zu gesetzlich vorgesehenen Anordnungsrechten des Bestellers müssen gesetzliche Regelungen für eine gerechte, spekulativer Preisgestaltung entzogene Anpassung der Vertragspreise bei Mehr- oder Minderaufwand geschaffen werden.*
- *Nach derzeitiger Rechtslage bleiben dem Unternehmer im Streit über den Umfang der bereits nach dem Ausgangsvertrag geschuldeten Leistungen und/oder die Wirksamkeit von (leistungsändernden) Anordnungen des Bestellers zwei Möglichkeiten: Er kann – mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden – die Arbeit*

einstellen oder die Bauleistung mit dem Ergebnis weiter ausführen, eventuelle Ersatz- bzw. Mehrvergütungsansprüche nachträglich gerichtlich durchsetzen zu müssen. Streiten die Parteien hingegen nur über die Höhe der Nachtragsvergütung, muss der Unternehmer die Arbeit fortsetzen und seine unbezahlt gebliebenen Werklohnforderungen gerichtlich geltend machen. Die solcherart vorgezeichneten Alternativen – Baustillstand oder langfristige Störung des Liquiditätsflusses - sind nicht in Einklang zu bringen mit den Anforderungen an eine zweckentsprechende, ökonomisch sinnvolle Bauabwicklung. Diese strukturelle Schwäche des geltenden Bauvertragsrechts muss dadurch beseitigt werden, dass den Vertragsparteien die Möglichkeit eröffnet wird, die vorgenannten Streitfragen vorläufig bindend und zeitnah extern klären zu lassen.

Dieses Konzept war im Referentenentwurf mit den in §§ 650b und 650c BGB-RefE zusammengefassten Regelungsvorschlägen im Wesentlichen zweckentsprechend umgesetzt, allerdings unter Verzicht auf die nach den Vorstellungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht erforderliche Einführung eines Eilverfahrens in Form einer besonderen "Bauverfügung". An deren Stelle sollte eine nach § 650b Abs. 4 BGB-RefE an erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpfte einstweilige Verfügung für die zeitnahe Klärung von Streitfragen (nur) über die Zumutbarkeit von einseitigen Anordnungen des Bestellers sorgen. Der DBGT hat bereits in seiner Stellungnahme vom 20. November 2015 Kritik hieran geäußert und deutlich gemacht, dass die eilbedürftige Klärung der durch Anordnung und Preisanpassung aufgeworfenen Streitfragen nicht in ein hierfür nicht geeignetes einstweiliges Verfügungsverfahren herkömmlicher Prägung verwiesen werden darf. Insoweit wird auf die Ausführungen auf Seite 6f. der Stellungnahme vom 20. November 2015 verwiesen.

III. § 650b BGB-E - Änderung des Vertrages, Anordnungsrecht des Bestellers

1. § 650b Abs. 1, Abs. 2 BGB-E

a) Der jetzige Vorschlag für gesetzliche Regelungen zu den Anordnungsrechten des Bestellers unterscheidet zu Recht zwischen Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB-E) und solchen Änderungen, die zur Erreichung des unveränderten Werkerfolgs notwendig sind (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB-E). Anders als noch im Referentenentwurf (§ 650b Abs. 2 Satz 3 BGB-RefE) werden Änderungsanordnungen zur *Bauzeit* und zur *Art der Ausführung der Leistung* nun allerdings nicht mehr erwähnt. Auch die Begründung des Entwurfs (S. 59f.) verhält sich hierzu nicht. Das erscheint problematisch, weil sich in besonders gelagerten Einzelfällen Bedarf für derartige Eingriffe in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers ergeben kann und die Praxis darauf angewiesen ist, möglichst klare gesetzliche Regelungen vorzufinden, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer einseitige Anordnungen des Bestellers zur *Bauzeit* oder zur *Art der Ausführung* der Bauleistung befolgen muss. Beispielhaft genannt seien in diesem Zusammenhang zahlreiche Bauvorhaben der Deutsche Bahn AG, die "unter rollendem Rad", also bei laufendem Betrieb durchgeführt werden müssen und deshalb durch Sperrpausen geprägt sind, deren Auswirkungen auf den zeitlichen Bauablauf der Besteller entsprechend steuern können möchte. Derzeit ist es in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten, ob ein solches zeitliches Anordnungsrecht aus der insoweit als Rechtfertigungstatbestand allein in Betracht kommenden Klausel in § 1 Abs. 3 VOB/B abgeleitet werden kann. Der Gesetzgeber sollte diese Unklarheit beseitigen und jedenfalls darauf achten, dass die Bauvertragsparteien privatautonome Vereinbarungen hierzu treffen

können, die nicht schon deshalb an einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 BGB scheitern dürfen, weil sie dem Besteller überhaupt die Möglichkeit einräumen, Änderungen der *Bauzeit* und/oder der *Art der Ausführung* einseitig anzuordnen.

b) § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB-E sieht vor, dass die Vertragsparteien eine Einigung über eventuelle nachträgliche Änderungen des Leistungsumfangs und ihre Bezahlung anstreben sollen. Diese Bestimmung ist für sich genommen ohne rechtlichen und praktischen Wert. Sie konstatiert, was ohnehin gilt: Den Parteien ist es ungeachtet gesetzlicher Bestimmungen zu einseitigen Anordnungsrechten selbstverständlich unbenommen, sich rechtsgeschäftlich über die Ausführung und Bezahlung von Änderungsleistungen zu einigen.

c) Problematisch erscheint die gesetzgeberische Verfestigung des "Einigungsmodells" durch die nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB-E nunmehr vorgesehene Verpflichtung des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, sofern nicht der Besteller nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB-E die hierfür erforderliche Planung beistellen muss. Diese Pflicht, für die nicht klar ersichtlich ist, welche Sanktionen ihre Nichtbeachtung nach sich zieht, soll zudem nur dann bestehen, wenn die Ausführung einer Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB-E dem Unternehmer zuzumuten ist. Damit wird nicht nur möglicher Streit über die nicht immer einfach zu beantwortende Frage der Planungsverantwortung in den Einigungsprozess hineingetragen, sondern auch derjenige über die Zumutbarkeit der Änderung. Diese Streitpunkte aufzulösen und zu einer einvernehmlichen Lösung zu bringen, kostet Zeit. Sie wird in aller Regel nutzlos vertan sein, wenn die Parteien nicht ohnehin einigungswillig sind. Sind sie hingegen ernsthaft an einer Einigung interessiert, bedarf es keiner gesetzlichen Vorgaben für den Einigungsprozess.

Abgesehen davon wirft das nach § 650b Abs. 1 BGB-E vorgesehene "Einigungsmodell" Fragen auf, deren belastbare Beantwortung die Gerichte auf Jahre, wenn nicht Jahrzehnte beschäftigen wird.

Es ist unklar, welche Auswirkungen die Einigungsbemühungen der Vertragsparteien auf den Bauablauf haben. Darf der Unternehmer jedenfalls die von der Änderung betroffenen Arbeiten bis zu einer wirksamen Einigung (oder Änderungsanordnung des Bestellers) einstellen oder muss er die Arbeiten mit dem Ergebnis fortführen, dass ihm am Ende faktisch oft nur die Möglichkeit bleibt, ihre angemessene Bezahlung durchzusetzen? Die gleiche Frage stellt sich, wenn die Parteien nach einem gescheiterten Einigungsversuch darüber streiten, ob eine vom Besteller gemäß § 650b Abs. 2 BGB-E angeordnete Änderung zumutbar ist oder nicht. Der Referentenentwurf sah hierzu in § 650b Abs. 3 BGB-RefE eine klare, von einer zutreffenden Gewichtung der Vertragsinteressen ausgehende Regelung vor, deren Praxistauglichkeit im Interesse eines möglichst ungestörten Bauablaufs freilich von der Bereitstellung eines funktionierenden Eilverfahrens zur raschen Beilegung von Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit von einseitigen Änderungsanordnungen abhing. Der Verzicht auf eine solche Regelung schafft Unklarheit und wird zu unnötigen Auseinandersetzungen - auch vor Gericht - führen.

Was geschieht, wenn der Unternehmer sich weigert, ein Nachtragsangebot vorzulegen? Nach der Gesetzesbegründung werden (nur) Streitigkeiten über Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB-E durch Verhandlungen der Parteien oder durch einstweilige Verfügungen nach § 650b Abs. 3 BGB-E beigelegt (Seite 61 Reg-E). Daraus folgt, dass der Besteller in diesem Stadium des Einigungsverfahrens keine Möglichkeit hat, die Verpflichtung des Unternehmers,

ein Nachtragsangebot zu stellen, rasch gerichtlich klären zu lassen. Er muss also die Änderung anordnen, wozu er gemäß § 650b Abs. 2 BGB-E wiederum erst nach dem Scheitern der Einigungsbemühungen berechtigt ist. Weil es sich insoweit um eine Tatbestandsvoraussetzung für die Ausübung des Anordnungsrechts handeln dürfte, wird letztlich das Gericht im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nach § 650b Abs. 3 BGB-E klären müssen, ob eine Einigung nicht (mehr) erzielt werden konnte, weil der Unternehmer sich unberechtigt geweigert hat, ein Nachtragsangebot vorzulegen. Auf solche Weise werden den Vertragsparteien Möglichkeiten eröffnet, Streit zu generieren, wo seine Vermeidung im Mittelpunkt des gesetzgeberischen Regelungsplans stehen sollte.

2. § 650b Abs. 3 BGB-E (zugleich zu § 650c Abs. 5 BGB-E)

Die nach § 650b Abs. 3 BGB-E vorgesehene einstweilige Verfügung ist ganz grundsätzlich kein probates Verfahren für eine wirksame Streitbeilegung in Fragen des Anordnungsrechts und der Preisanpassung. Insoweit wird auf die Ausführungen in der Stellungnahme des DBGT vom 20. November 2015 verwiesen (dort Seite 7).

Sie ist jetzt völlig unbrauchbar, weil § 650b Abs. 3 BGB-E (ebenso § 650c Abs. 5 BGB-E) den Verzicht auf eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes davon abhängig macht, dass zuvor versucht wurde, den Streit unter Beiziehung eines Sachverständigen beizulegen.

a) Schon der zeitliche Bezugspunkt für das Erfordernis, einen Sachverständigen einzuschalten, ist nicht ganz klar. Streit - auch über die Zumutbarkeit - kann (und wird in der Regel) bereits in dem gemäß § 650b Abs. 1 BGB-E vorgeschalteten Einigungsprozess entstehen. Also werden die Vertragsparteien mit Blick auf die Durchsetzung einer nach § 650b Abs. 2 BGB-E zu erwartenden Anordnung schon zu diesem Zeitpunkt erwägen müssen, das nach § 650b Abs. 3 BGB-E vorgeschriebene Sachverständigenverfahren einzuleiten. Damit wird eine rasche und unkomplizierte Einigung faktisch behindert, weil die grundsätzlich einigungswillige Vertragspartei "bestraft" wird, wenn die Einigungsbemühungen am Ende scheitern und sie es versäumt hat, möglichst frühzeitig einen Sachverständigen einzuschalten. Auf diese Weise wird das Grundkonzept des Gesetzes, Kooperation und Deeskalation zu fördern, konterkariert.

b) Unabhängig davon wird die Befassung eines Sachverständigen mit den zu erwartenden Streitfragen, die aus den unter 1. c) genannten Gründen nicht nur die Zumutbarkeit betreffen werden, den Einigungsprozess erheblich verzögern; erst wenn dieser Einigungsprozess unter Einbeziehung eines Sachverständigen gescheitert ist, können die Vertragsparteien mit Aussicht auf Erfolg bei Gericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen, wodurch nun ein weiteres Verfahren in Gang gesetzt wird. Der hierdurch bedingte Zeitaufwand ist immens! Es besteht die Gefahr, dass die gesamte Baumaßnahme in Schiefelage gerät, wenn der Unternehmer im Streit um seine Verpflichtung, geänderte Leistungen ausführen zu müssen, die Arbeiten einstellt. Weil der Gesetzesentwurf keine klare Aussage dazu trifft, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen er hierzu berechtigt ist, wird die rechtliche Beratungspraxis mit erheblichen Unwägbarkeiten belastet. Es entsteht neues Streitpotential, das nicht im einstweiligen Verfügungsverfahren aufgefangen werden kann, sondern zu nachläufigen Gerichtsverfahren mit sehr komplexen Sachverhalten und großer wirtschaftlicher Bedeutung für die Beteiligten führen wird.

c) Nach dem gesetzlichen Regelungsmodell soll der Sachverständige keine Entscheidungskompetenz haben. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass seine Einschaltung befriedende Wirkung haben wird. Diese Vorstellung ist praxisfremd; sie wird sich noch weniger verwirklichen als im selbständigen Beweisverfahren, wo - wie die Gerichtspraxis zeigt - Streit entgegen der Intention des Gesetzgebers eher gezüchtet und nur selten vermieden wird. Denn die hier in Rede stehende Einigung über die Zumutbarkeit von geänderten Leistungen wird kaum je an fehlender Sachkunde scheitern, welche die Vertragsparteien - jedenfalls im Bereich des industriellen Bauens - in der Regel selbst besitzen. Dementsprechend handelt es sich bei der zu klärenden Frage der Zumutbarkeit vom vertraglichen Leistungsumfang nicht umfasster Zusatzleistungen um eine reine, an die Auslegung des Vertrages anknüpfende Rechtsfrage, die einer belastbaren Beurteilung durch einen (technischen) Sachverständigen nicht zugänglich ist. Welche befriedenden Wirkungen sollen seine Feststellungen hierzu also haben? Tatsächlich müssten die Parteien für eine kompetente Beantwortung der sich um die Zumutbarkeit rankenden Streitfragen also einen rechtlichen Sachverständigen einschalten, der indes nicht befähigt ist, die in aller Regel mit Streit um die Zumutbarkeit verknüpfte Preisanpassung sachverständig zu begleiten (§ 650c Abs. 5 BGB-E). Dort "regiert" der mit baubetrieblichem Sachverstand ausgestattete Ingenieur, der allerdings in zahlreichen Einzelfragen der Preisberechnung wiederum der Unterstützung durch einen Juristen bedarf. Die Praxis wird sich in einem solchen "Verfahrenswirrwarr" hoffnungslos verheddern und gerade für diejenigen, die nicht an einer Einigung interessiert sind, Möglichkeiten für Obstruktion und Konfrontation schaffen.

d) Das durch die erzwungene Hinzuziehung eines Sachverständigen bedingte Störpotential wird gravierend verschärft durch den Umstand, dass der Gesetzesentwurf zu wichtigen Aspekten des Sachverständigenverfahrens schweigt. Das Modell eines "Einigungsverfahrens mit Sachverständigenbeteiligung", das, um es noch einmal zu betonen, schon im Ausgangspunkt und unabhängig von konkreten Verfahrensmodalitäten unpraktikabel erscheint und keinesfalls Realität werden darf, ist in seiner jetzigen Ausprägung schlechterdings nicht handhabbar. So ist völlig unklar,

- wer den bzw. die Sachverständigen bestimmt; (erledigt durch die Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 17 der Stellungnahme des Bundesrates)
- was geschieht, wenn die Parteien sich nicht auf einen Sachverständigen einigen können;
- wer bestimmt, mit welchen konkreten Fragen der Sachverständige befasst werden soll und
- in welchem Zeitraum und in welcher Form er sein Gutachten zu erstatten hat.

Ziel der Einführung von gesetzlichen Regelungen zu den Anordnungsrechten des Bestellers und der Anpassung der Vertragspreise war und ist es, den ungestörten Bauablauf zu gewährleisten, die Liquidität des Unternehmers zu sichern und - ganz allgemein - die Vertragsparteien zur Kooperation zu animieren sowie unnötigen Streit zu vermeiden. Anders ausgedrückt: Die gesetzlichen Bestimmungen müssen so gefasst sein, dass es keine lohnenden Gründe gibt, berechnete Belange und Interessen der jeweils anderen Partei in diesem zentralen Problemfeld des gewerblichen und industriellen Bauens zu torpedieren. Das mit dem Regierungsentwurf vorgeschlagene Regelungskonzept bewirkt genau das Gegenteil, weil in ihm überflüssiger und kontraproduktiver Streit über Verfahrensfragen angelegt ist, der von so mancher Vertragspartei, die sich je nach Bauablauf in einer günstigen "Machtposition" befindet, absehbar dazu benutzt werden wird, den zeitlichen

Druck auf den Vertragspartner zu erhöhen und auf diesem Wege Zugeständnisse zu erzwingen, auf die kein rechtlicher Anspruch besteht und die bei Bereitstellung eines funktionierenden Eilverfahrens zur vorläufig bindenden Streitentscheidung gar nicht erst in Erwägung gezogen würden. Auf solche Weise werden Anreize für die Ausbildung unkooperativer Vertragsstrategien gesetzt, die dem gesetzgeberischen Grundanliegen, die Abwicklung von Bauverträgen im Interesse einer Senkung der Baurisiken und Baukosten strukturell zu befrieden, elementar entgegenstehen.

IV. § 650c BGB-E - Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2

1. Ausgangslage - § 650c Abs. 1, Abs. 2 BGB-E

Der DBGT hat bereits in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf deutlich gemacht, dass er das weitgehend unverändert in § 650c Abs. 1, 2 BGB-E übernommene Modell der Vergütungsanpassung bei geänderten und zusätzlichen Leistungen für zweckentsprechend, gerecht und praktikabel hält (Seite 15 der Stellungnahme vom 20. November 2015). An dieser grundsätzlichen Einschätzung hat sich nichts geändert. Die seinerzeit vom DBGT und der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht neu entwickelten rechtlichen Parameter für die Bemessung der Vergütung für Mehr- oder Minderleistungen sind ein wichtiger Eckpfeiler im Kampf gegen einen mit unkalkulierbaren Risiken und Kosten verbundenen verdeckten Wettbewerb, der seit Jahrzehnten unter dem Regime unklarer und teilweise unbrauchbarer VOB/B-Regelungen (vgl. dazu nur: Kniffka, Ist die VOB/B eine sichere Grundlage für Nachträge?, BauR 2012, Seite 411) die Baupraxis regiert und zu konfrontativ ausgerichteten Vertragspraktiken mit z. T. desaströsen Ergebnissen bei der Umsetzung von Großbauvorhaben geführt hat. Diese Entwicklung sollte gestoppt und gedreht werden hin zu einer von Transparenz und Kooperation getragenen Abwicklung von Nachträgen in Bauvertragsangelegenheiten.

2. § 650c Abs. 4 BGB-E - Privilegierung der VOB/B

a) Durch die nunmehr eingefügte Regelung in § 650c Abs. 4 BGB-E wird diese gesetzgeberische Intention faktisch außer Kraft gesetzt. Indem nämlich die Teilregelungen in § 2 VOB/B zur Preisfortschreibung in b2b-Geschäften der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB entzogen werden, wird die bisherige Praxis eines kostspieligen und intransparenten "Nachtragswettbewerbs" zementiert, weil die öffentliche Hand bei der Vergabe von Bauaufträgen die VOB/B zwingend vereinbaren muss und die private Baubranche jedenfalls im industriellen Baubereich diesem Prinzip folgen wird. Dass die Interessenvertreter der Auftragnehmer und einzelne institutionelle Auftraggeber sich im Gesetzgebungsverfahren dementsprechend positioniert haben, überrascht nicht, weil die Marktteilnehmer sich in der bisher durch die VOB/B-Regelungen (vermeintlich) vorgegebenen Praxis der kalkulatorischen Preisfortschreibung eingerichtet und ausgefeilte Organisationsstrukturen entwickelt haben, um die durch jene Regelungen vorgezeichneten Parameter eines verdeckten Wettbewerbs zu ihrem Vorteil zu nutzen. Das Ziel des Gesetzgebers, die sich aus solchen Strukturen ergebenden Unwägbarkeiten, die im Übrigen in nicht unerheblichem Maße zum Scheitern prominenter Großbauvorhaben beigetragen haben, durch die Implementierung ausgewogener gesetzlicher Leitgedanken für die Ausgestaltung von Anordnungs- und Preisanpassungsregeln einzudämmen und Anreize für kooperative, auf kollaborative Zusammenarbeit ausgelegte Verträge zu setzen, wird durch das jetzt vorgeschlagene Regelungssystem unterlaufen. Statt dessen werden, weil die

Privilegierung für b2c-Verträge nicht gelten soll, ausgerechnet solche Verträge mit Verbrauchern faktisch den gesetzlichen Bestimmungen zum Anordnungs- und Preisrecht unterworfen, die nicht in gleicher Weise wie großvolumige Bauvorhaben durch die Mechanismen eines "verdeckten Wettbewerbs" geprägt sind und deshalb weit weniger von der Neuordnung eines Preisanpassungsrechts profitieren werden, das in erster Linie auf die Belange des unternehmerischen Geschäftsverkehrs im Baubereich ausgerichtet ist.

b) Die nach § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Privilegierung (nur) der Preisanpassungsvorschriften in § 2 VOB/B ist gesetzestechnisch problematisch und begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Nach § 650c Abs. 4 BGB-E sollen die Bestimmungen zur Berechnung der Vergütungsanpassung schon dann nicht mehr der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterliegen, wenn die VOB/B in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne eine Änderung der Bestimmungen zu den Anordnungsrechten (§§ 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B) und zur Vergütungsanpassung (§ 2 VOB/B) in den Vertrag einbezogen wird. Das hat mit dem bisherigen Privilegierungstatbestand in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB nur noch wenig zu tun. Denn Gegenstand der Privilegierung ist nunmehr - zum Einen - nicht die VOB/B als Ganzes, sondern sind nur einzelne, die Preisanpassung betreffende Klauseln in § 2 VOB/B. Deren Privilegierung hängt - zum Anderen - nicht von der Vereinbarung der VOB/B als Ganzes ohne inhaltliche Änderungen sondern nur davon ab, dass die Bestimmungen der VOB/B zu den Anordnungsrechten (§ 1 Abs. 3, und Abs. 4 VOB/B) und zur Vergütungsanpassung (§ 2 Abs. 3 bis Abs. 8 VOB/B) ohne Änderung vereinbart werden. Das erscheint schon im Ausgangspunkt bedenklich, weil die Privilegierung der Preisanpassungsvorschriften an die unveränderte Vereinbarung der Klauseln zu Anordnungsrechten in § 1 VOB/B geknüpft ist, die ihrerseits mit dem in § 650b Abs. 1, 2 BGB-E verankerten Leitbild für solche Anordnungsrechte und dem dahinter aufscheinenden Verständnis des Gesetzgebers von der rechtsgeschäftlichen Struktur eines Bauvertrages schlechterdings nicht in Einklang zu bringen sind und deshalb einer isolierten AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB kaum standhalten werden.

Der gesetzliche Privilegierungstatbestand in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB enthält eine dynamische Verweisung auf die VOB/B in der "jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung", die nur deshalb als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen werden kann (vgl. dazu: Schmidt, ZfBR 2009, 113ff.), weil es der Kontrolle durch die staatlichen Gerichte unterliegt, ob die VOB/B als Ganzes auch künftig einen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der Interessen enthält und insgesamt eine Klauselkontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB standhält (Begründung der Bundesregierung zum Forderungssicherungsgesetz, BT-Drucks 16/511 S. 32; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks 16/9787 S. 18; vgl. auch Kuffer, NZBau 2009, 73, 78). Andernfalls wäre es dem DVA ohne hinreichende staatliche Legitimation überlassen, durch jede beliebige Gestaltung der VOB/B über die Grenzen einer unangemessenen Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1, 2 BGB und damit über die Wirksamkeit von VOB/B-Klauseln zu befinden.

Solch eine dynamische Verweisung enthält nun auch § 650c Abs. 4 BGB-E, die allerdings nicht an das § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB zu Grunde liegende Ausgewogenheitspostulat geknüpft ist, sondern einzelne Klausel in § 2 VOB/B auch dann der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB entziehen möchte, wenn die VOB/B im Übrigen nicht als Ganzes

einbezogen wurde und deren Regelungen deshalb gemäß § 310 Abs. 1 Satz 3 VOB/B der isolierten Klauselkontrolle unterliegen würden. Damit wird der Regelungsgehalt der Preisanpassungsregelungen in § 2 VOB/B staatlicher Kontrolle entzogen und es entscheidet in Ermangelung einer kontrollfähig nur auf §§ 1, 2 VOB/B bezogenen Ausgewogenheitsannahme faktisch allein der DVA darüber, was als angemessen bzw. unangemessen iSd § 307 Abs. 1, 2 BGB zu gelten hat. Gegen die Wirksamkeit einer solchen Privilegierungsregelung bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. (Die nach der Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 15 der Stellungnahme des Bundesrates beabsichtigte Ausweitung der Privilegierung auf § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B schafft hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bedenken keine Abhilfe und beseitigt auch nicht den Widerspruch im System.)

3. § 650c Abs. 3 BGB-E

a) § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB-E enthält einen redaktionellen Fehler. Der Gesetzgeber will dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Abschlagszahlung in Höhe von 80 % seines Angebots nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB-E ersichtlich nur für den Fall zubilligen, dass die Vertragsparteien sich nicht anderweitig einigen und keine anderslautende gerichtliche Entscheidung entgegensteht (vgl. S. 64 der Begründung). Dann müsste es richtig heißen: *".....und keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht."* (erledigt durch die Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 20 der Stellungnahme des Bundesrates)

b) Die Regelung in § 650c Abs. 3 BGB-E ist insgesamt verfehlt und sollte ersatzlos gestrichen werden. Sie versucht in der Erkenntnis, das von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zur Sicherung des Liquiditätsflusses entwickelte Regelungssystem weitgehend aufgegeben zu haben, dem Auftragnehmer anderweitig einen rasch durchsetzbaren Anspruch auf abschnittsweise zu zahlende Abschläge auf den erst mit der Abnahme fällig werdenden Werklohn zuzubilligen. Dass dieser Anspruch dem Auftragnehmer pauschal in Höhe von 80 % seines Nachtragsangebots nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB-E zustehen soll, ist ein Auftragnehmerinteressen einseitig begünstigender Missgriff, der die Auftragnehmer geradezu dazu einlädt, durch planvoll überhöhte Nachtragsangebote Abschlagsforderungen zu generieren, welche die gemäß § 632a BGB für vertragsgerecht erbrachte Leistungen tatsächlich zu zahlenden Beträge weit übersteigen. Durch diesen falsch gesetzten Anreiz wird die heute schon zu beklagende Zahl an perspektivisch überhöhten Nachtragsforderungen dramatisch steigen und der Auftraggeber wird in all diesen Fällen mit dem Risiko belastet, die überzahlten Geldbeträge erst nach Fertigstellung der Baumaßnahme in uU aufwendigen Streitigkeiten über die Höhe der Schlussrechnung zurückfordern zu können. Dem ihm dadurch auferlegten Insolvenz- und Bonitätsrisiko kann er gemäß § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB-E anderweitig nur dadurch begegnen, dass er die Höhe des tatsächlich begründeten Mehrvergütungsanspruches gerichtlich feststellen lässt und dieserhalb den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt. Abgesehen davon, dass das gemäß § 650c Abs. 5 BGB-E hierfür vorgesehene Verfahren hierfür kaum geeignet erscheint (dazu unten 4.), werden die Gerichte auf diese Weise mit einer signifikant großen Anzahl von einstweiligen Vergütungsverfahren befasst werden, die den für die Einführung einer "Bauverfügung" im Rahmen des von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht vorgeschlagenen Modells eines austarierten Anordnungs- und Preisanpassungssystems zu erwartenden Aufwand deutlich übersteigen und die Justiz erheblich mit Eilverfahren belasten wird, für die keine Kompetenzressourcen zur Verfügung stehen.

4. § 650c Abs. 5 BGB-E

Das gemäß § 650c Abs. 5 BGB-E vorgesehene Modell, gerichtliche Eilentscheidungen durch einen erleichterten Zugang zu einstweiligen Verfügungen zu ermöglichen, ist jedenfalls in der derzeit vorgesehen Form unbrauchbar. Auf die Ausführungen hierzu unter II. 3. wird verwiesen.

V. § 650p BGB-E - Anwendbare Vorschriften

Der Deutsche Baugerichtstag hat in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 20. November 2015 darauf hingewiesen, dass die Anordnungsrechte gemäß § 650b BGB-E auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag gelten sollten (dort Seite 25). Dementsprechend ist es zu begrüßen, dass § 650p Abs. 1 BGB-E nun auch auf § 650b BGB-E Bezug nimmt.

§ 650p Abs. 2 BGB-E erkennt zutreffend, dass die Zubilligung eines Anordnungsrechts zwingend zu einer Anpassung Honorars an änderungsbedingten Mehr- oder Minderaufwand führen muss, die mit Blick auf die Besonderheiten des durch die HOAI reglementierten Preisrechts nicht ohne weiteres durch eine Verweisung auf die Preisanpassungsregeln in § 650c BGB-E bewerkstelligt werden kann. Statt dessen soll die Anpassung des Honorars für preisgebundene Architekten- und Ingenieurleistungen in erster Linie den Entgeltberechnungsregeln der HOAI überlassen werden. Das erscheint problematisch, weil die HOAI keine taugliche Anspruchsgrundlage für einen dahingehenden Mehrvergütungsanspruch enthält. Der in der Begründung des Entwurfs in Bezug genommene § 10 HOAI dürfte insoweit keine Anwendung finden, weil die dortigen Vorschriften keine Anspruchsgrundlage im eigentlichen Sinne enthalten und im Übrigen im Wege eines sog. „Doppelvereinbarungsmodells“ in beiden Varianten eine Einigung der Parteien voraussetzen, mithin gerade nicht von einer einseitigen Anordnung des Bestellers ausgehen. Tatsächlich geht es um die abseits § 10 HOAI zu gewährende Bezahlung *wiederholt erbrachter Grundleistungen*, für die bisher weder das Gesetz noch die HOAI belastbare Regelungen enthalten (vgl. zum Ganzen: Koeble in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 11. Aufl., § 10 Rdn. 11ff.). Solche Regelungen werden insbesondere nicht dadurch entbehrlich, dass § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB-E die Bemessung der Mehr- oder Mindervergütung für anordnungsbedingt geänderten Aufwand *„im Übrigen“* für frei vereinbar erklärt. betroffen hiervon sind nur solche Leistungen, die nicht dem Anwendungsbereich der HOAI unterliegen oder bereits nach den dortigen Vorschriften frei vereinbart werden können. Um derartige nicht preisgebundene Leistungen wird es sich bei dem infolge einer einseitigen Änderungsanordnung des Bestellers zu erbringenden Mehraufwand in der Regel nicht handeln. In Erwägung all dessen rät der Deutsche Baugerichtstag dringend, eigenständige Preisanpassungsregeln für den Architekten- und Ingenieurvertrag zu entwickeln, die sowohl den hierfür maßgeblichen Grundgedanken des § 650c Abs. 1, 2 BGB-E als auch den Besonderheiten des bindenden Preisrechts in angemessener Weise Rechnung tragen.