

**KANZLEI AM STEINMARKT**  
Kuchenreuter, Dr. Stangl, Alt • Rechtsanwälte PartGmbH

# **DAS NEUE BAUVERTRAGSRECHT 2018**

**REFORM DES BAUVERTRAGSRECHTS UND  
ÄNDERUNG DER KAUFRECHTLICHE  
MÄNGELHAFTUNG**

**Das neue Bauvertragsrecht 2018**  
**- Reform des Bauvertragsrechts und Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung -**

**INHALTSVERZEICHNIS:**

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
1.1.	Gründe der Neuregelung	6
1.2.	Systematik der Neuregelung	10
1.3.	Inkrafttreten der Neuregelung	11
<b>2.</b>	<b>Werkvertrag, Bauvertrag, Verbraucherbaupvertrag im BGB</b>	<b>13</b>
2.1.	Bauvertrag, Definition und Abgrenzung	13
2.2.	Die Bedeutung der VOB/B	15
<b>3.</b>	<b>Anordnungsrecht, Vergütungsanpassung nach BGB</b>	<b>21</b>
3.1.	Die Neuregelung im Text	21
3.2.	Die bisherige Rechtslage	22
3.3.	Die neue Rechtslage	23
3.3.1.	Anordnungsrecht nach BGB	24
3.3.2.	Vergütungsanpassung nach BGB	31
3.4.	Einstweilige Verfügung	36
3.5.	Vertragsgestaltung	38
<b>4.</b>	<b>Rechnungen nach BGB</b>	<b>39</b>
4.1.	Die Neuregelung im Text	39
4.2.	Die bisherige Rechtslage	41
4.3.	Die neue Rechtslage	42
4.3.1.	Abschlagsrechnung nach BGB	42
4.3.2.	Schlussrechnung nach BGB	44
4.3.3.	Vertragsgestaltung	46
<b>5.</b>	<b>Abnahme und Zustandsfeststellung</b>	<b>48</b>
5.1.	Die Abnahme allgemein	48
5.2.	Die Neuregelung im Text	49
5.3.	Inhalt der Neuregelung	50
5.3.1.	Die bisherige Rechtslage	50
5.3.2.	Die neue Rechtslage	51
5.3.2.1.	Abnahmefiktion	51
5.3.2.2.	Zustandsfeststellung	54
5.3.2.3.	Vertragsgestaltung	56
<b>6.</b>	<b>Kündigungsrechte</b>	<b>58</b>
6.1.	Die Neuregelung im Text	58
6.2.	Die bisherige Rechtslage	59
6.3.	Die neue Rechtslage	60
<b>7.</b>	<b>Regelungen des Verbraucherbaupvertrages</b>	<b>64</b>
7.1.	Verbraucherbaupvertrag, § 650i BGB	64
7.1.1.	Vertragsparteien	64
7.1.2.	Form des Vertrages	65
7.1.3.	Vertragsinhalt	65
7.2.	Baubeschreibungspflicht (§ 650j BGB) + Inhalt des Vertrages (§ 650k BGB)	69
7.2.1.	Form der Baubeschreibung	69
7.2.2.	Inhalt der Information	69
7.2.3.	Inhalt des Vertrages, Auslegung des Vertrages	70
7.2.4.	Angaben zur Bauzeit	71
7.3.	Widerrufsrecht bei Verbraucherbaupverträgen (§ 650l BGB)	71
7.3.1.	Widerrufsfrist	71

7.3.2.	Muster der Widerrufsbelehrung	72
7.3.3.	Ortsunabhängigkeit des Widerrufsrechts	73
7.3.4.	Folgen des Widerrufs	73
7.4.	Abschlagszahlungen und Sicherheit für Fertigstellung	74
7.5.	Erstellung und Herausgabe von Unterlagen (§ 650n BGB)	75
7.6.	Abweichende Vereinbarungen (§ 650o BGB)	76
7.7.	Zusammenfassung	76
<b>8.</b>	<b>Sicherheiten</b>	<b>77</b>
<b>9.</b>	<b>Architekten- und Ingenieurvertrag</b>	<b>79</b>
<b>10.</b>	<b>Bauträgervertrag</b>	<b>82</b>
<b>11.</b>	<b>Anspruch auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten beim Kaufvertrag</b>	<b>84</b>
11.1.	Die Neuregelung im Text	84
11.2.	Inhalt der Neuregelung	86
11.2.1.	Bisherige Rechtslage	86
11.2.2.	Die neue Rechtslage	89
11.3.	Haftungseinschränkungen	92
11.3.1.	Verjährungsfristen	92
11.3.2.	Haftungsausschluss gemäß § 377 HGB	94
11.4.	Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	98
<b>12.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>100</b>
<b>Synopse BGB (Stand 01.06.2016) / BGB (neu ab 01.01.2018)</b>		<b>101</b>
<b>Gesetzestexte</b>		<b>137</b>

## 1. Einleitung

Das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“<sup>1</sup> im Folgenden kurz „Baurechtsreform“ bezeichnet, führt zu grundlegenden Änderungen, insbesondere des Deutschen Werkvertragsrechts im BGB. Das Gesetz wurde am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt verkündet und wird am 01.01.2018 in Kraft treten.

Mit dieser Baurechtsreform werden erstmals spezifische Regelungen zum Bau- und Verbrauchervertrag, zum Architekten- und Ingenieurvertrag sowie zum Bauträgervertrag in das BGB selbst aufgenommen. Die Auswirkungen dieser Reform werden grundlegend sein. Das Werkvertragsrecht, soweit es im BGB geregelt ist, wird teilweise neu justiert. Die Auswirkungen auf die VOB/B sind noch nicht absehbar. Es ist damit zu rechnen, dass auch die VOB/B kurzfristig überarbeitet werden wird.

Fakt ist, dass sich die am Bau Beteiligten auf eine neue Situation einstellen müssen. Bisher bekannte „Spielregeln“ des Werkvertragsrechts werden sich ändern. Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer müssen sich auf die neue Situation einstellen.

Naturgemäß bringen diese Neuregelungen neue Fragestellungen mit sich, die noch nicht abschließend beantwortet werden können. Es wird, wie es bei vielen Reformen der Fall ist, noch Jahre dauern, bis durch die Rechtsprechung einzelne Streitpunkte geklärt werden. Darauf muss sich die Baupraxis einstellen und mit diesen Rahmenbedingungen arbeiten müssen.

Das vorliegende Skript verfolgt das Ziel, den am Bau Beteiligten die Neuregelungen näher zu bringen und den wesentlichen Inhalt der Baurechtsreform zu erläutern. Zudem sollen die Ausführungen die am Bau Beteiligten für die Problem- und Fragestellungen sensibilisieren, die Folge der neuen gesetzlichen Situation sind.

Fakt ist, dass die am Bau Beteiligten sich mit der künftigen Situation befassen müssen, um die „neuen Spielregeln“ zu erlernen und sich der Situation anzupassen. Viele bestehende Muster müssen im Zuge der Baurechtsreform überarbeitet werden, um den neuen gesetzlichen Regelungen zu entsprechen. Bereits kleinere redaktionelle Änderungen des Gesetzgebers, wie beispielsweise die Verschiebung der Bauhandwerkersicherung in § 648a BGB a.F. auf den neuen § 650f BGB, lösen Anpassungsbedarf aus.

Es empfiehlt sich die eigenen Verträge, Verkaufs- und Einkaufsbedingungen und Muster zu prüfen und gegebenenfalls anzupassen.

**Cham, den 15. Januar 2018**

**Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl**  
- **Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**  
- **Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht**

---

<sup>1</sup> BGBl. 2017, Teil I, 969 ff.

**Freizeichnung:**

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

### 1.1. Gründe der Neuregelung

Das bisherige gesetzliche Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB wurde den spezifischen Anforderungen am Bau nicht gerecht. Ziel des Gesetzgebers war es, das BGB durch Aufnahme eines eigenständig geregelten Bauvertrages zu ergänzen. Die gesetzlichen Werkvertragsregelungen waren unpassend oder lückenhaft. Dies erklärt auch die erhebliche Bedeutung der VOB/B, die als „Allgemeine Geschäftsbedingung“ schon seit Jahrzehnten versucht, diese Defizite des Gesetzes auszugleichen. Es gab zwar in der Vergangenheit auch partielle Änderungen des gesetzlichen Werkvertragsrechts, nicht aber eine grundlegende Reform der werkvertraglichen Regelungen<sup>2</sup>.

Nachfolgende Tabelle soll lediglich als Beispiel dazu dienen, welche Unterschiede zwischen dem gesetzlichen Werkvertrag des BGB (a.F.)<sup>3</sup> im Verhältnis zur VOB/B bestanden.

Der BGB-Bauvertrag und der VOB/B-Bauvertrag		
Bereiche (Beispiele)	BGB	VOB/B
<b>Vergütung (Nachträge)</b>	-	- Massenabweichungen - Anordnungen des AG - Bauzeitverzögerung
<b>Abnahme</b>	- Teilabnahme bei gesonderter Vereinbarung - Abnahmefiktion nur bei Fristsetzung	- Teilabnahme bei in sich abgeschlossenen Teilen - Abnahmefiktion bei Fertigstellungsmittlung/ Inbenutzungnahme
<b>Abschlagsrechnung</b>	nachgewiesener Wertzuwachs	nachgewiesene vertragsgemäße Leistung
<b>Fälligkeit der Zahlung</b>	mit Abnahme	- Nach 21 Tagen bei Abschlagsrechnungen - Nach 30 Tagen (im Ausnahmefall 60 Tage) bei Schlussrechnungen
<b>Verjährung</b>	5 Jahre	4 Jahre 5 Jahre Verbraucher

Die kleine Darstellung zeigt auf, dass das gesetzliche Werkvertragsrecht eine Reihe von wichtigen Regelungen nicht ansprach oder unzureichend geregelt hat.

Der Themenkomplex „Nachträge“ wurde nicht geregelt. Das BGB war auf ein „Konsensualprinzip“ ausgerichtet, wonach sich die Baubeteiligten über Änderungen der geschuldeten Leistung einschließlich der damit verbundenen Vergütung einigen. Auftraggeber<sup>4</sup> konnten einseitig ge-

<sup>2</sup> Vgl. beispielsweise die Einführung und Modifizierung des § 648a BGB, vgl. auch die Ausführungen bei Kniffka/Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2016, Einführung vor § 631, Rn. 3 ff.

<sup>3</sup> = alte Fassung

<sup>4</sup> Nachfolgend wird der Sprachgebrauch der VOB/B bevorzugt, die von Auftraggeber statt Besteller und Auftragnehmer statt Unternehmer spricht. Lediglich beim Kapitel Verbraucherbaupvertrag wird von Unternehmer und Verbraucher gesprochen, da diese Begriffe dort von besonderer Bedeutung sind.

genüber dem Auftragnehmer Änderungen nicht durchsetzen bzw. man musste sich über § 242 BGB (Treu und Glauben) behelfen, um zu sachgemäßen Lösungen zu gelangen. Für die Tatsache, dass am Bau nichts so gebaut wird, wie ursprünglich geplant, hatte das BGB keine entsprechende Antwort.

Beim Themenkomplex „Abnahme“ ließ das gesetzliche Werkvertragsrecht passende Regelungen vermissen. Obwohl die Abnahme „Dreh- und Angelpunkt“ am Bau war und ist, wurde dies im Gegensatz zur VOB/B nur unzureichend geregelt. Selbst Versuche in der Vergangenheit seitens des Gesetzgebers im Wege einer „Fertigstellungsbescheinigung“ nach § 641a BGB wurden nach einem kurzen Intermezzo wieder fallen gelassen, da nicht praxistauglich. Eine fiktive Abnahme wurde nur zögerlich im Gesetz eingefügt und zudem auch unzureichend geregelt. Feststellungen zum Zustand des Bauwerks fehlten gänzlich.

Der Themenkomplex „Abschlagsrechnung“ wurde zwar ebenfalls vom Gesetzgeber nachjustiert, allerdings mit einem etwas schillernden Begriff des „nachgewiesenen Wertzuwachses“. Die Begrifflichkeit lud zu Spekulationen ein.

Der Themenkomplex „Fälligkeit der Zahlung“ entsprach ebenfalls nicht der Realität am Bau. Auftraggeber benötigen eine gewisse Zeitspanne, um Abschlagsrechnungen oder Schlussrechnungen prüfen zu können. Eine Fälligkeit mit Abnahme bzw. Verzug durch zeitnahe Mahnung sind nicht realitätsnah.

Die vorstehend genannten Beispiele zeigen lediglich auf, dass die am Bau Beteiligten mit einem reinen „BGB-Werkvertrag“ am Bau nur eine unzureichende Regelung zur Verfügung hatten, um ein Bauvorhaben abwickeln zu können. Auftraggeber und Auftragnehmer mussten daher entweder eigenständige vertragliche Regelungen vereinbaren oder auf die VOB/B zurückgreifen.

Die Lösung in der Baupraxis, die VOB/B in den Vertrag einzubeziehen, ist und war für die Baubeteiligten rechtlich nicht ohne Risiko. Die VOB/B ist lediglich eine Allgemeine Geschäftsbedingung und kein Gesetz. Damit – trotz der Privilegierung der VOB/B durch § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB – in der Normhierarchie im Verhältnis zum Gesetz untergeordnet. Privilegierung bedeutet, dass die VOB/B im Gegensatz zu anderen AGB im Streitfall nicht dahingehend überprüft wird, ob einzelne Bestimmungen am Maßstab des Gesetzes nach den §§ 307ff. BGB wirksam sind. Diese Privilegierung der VOB/B ist aber an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die oft nicht eingehalten wurden und werden. Dies barg und birgt Probleme.

Dies zeigte sich insbesondere in zwei Bereichen:

- Die VOB/B wurde im unternehmerischen Geschäftsverkehr privilegiert, dies bedeutet vereinfacht ausgedrückt, dass eine isolierte Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB nicht stattfand, wenn die VOB/B gem. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB „ohne inhaltliche Abweichung insgesamt einbezogen ist“. Es entspricht aber der Kautelarpraxis, dass in nahezu sämtlichen Bauverträgen Abweichungen enthalten sind, mit der Konsequenz, dass der Verwender bei Einbeziehung der VOB/B sogar Nachteile erleidet, da häufig die für ihn günstigen Regelungen gem. § 307 BGB unwirksam sind, währenddessen die Regelungen der VOB/B, die ihn benachteiligen, wirksam bleiben.
- Außerhalb des unternehmerischen Verkehrs, also im Verbraucherbereich, war eine Privilegierung der VOB/B nicht gegeben, so dass Auftragnehmer, die die VOB/B in den Werkvertrag gegenüber einem Auftraggeber, der Verbraucher ist, einbezogen haben, sich selbst benach-

teiligten. Sachverhalte, in denen die VOB/B seitens des Verbrauchers als Verwender in den Vertrag einbezogen wurden, waren eher selten.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass einerseits das gesetzliche Werkvertragsrecht unpassend und lückenhaft war und die Option, die VOB/B zu vereinbaren, um die Schwächen auszugleichen, mit rechtlichen Risiken behaftet war und ist. In Teilbereichen (Verbraucher) verbot sich diese Lösung für den Auftragnehmer sogar. Kritisch muss auch eingeräumt werden, dass in vielerlei Hinsicht Zweifel an Regelungen der VOB/B bestehen, was beispielsweise Fragen der Transparenz betrifft<sup>5</sup>.

Alternative Lösungsansätze unter Verzicht auf die VOB/B erscheinen noch streitträchtiger. Heikle Bestimmungen im Wege einer Individualvereinbarung zu regeln, sind – wenn sie überhaupt die hohen Anforderungen der Rechtsprechung einhalten – nicht ökonomisch. Den Baubeteiligten verbleibt dann nur die Möglichkeit, eigenständige AGB-Regelungen zu entwickeln, die aber entweder den Bestimmungen der VOB/B nachempfunden werden, ohne den Schutz der Privilegierung der VOB zu genießen oder aber an der strengen Inhaltskontrolle des § 307 BGB scheitern. Selbst wenn die eine oder andere Regelung einer derartigen rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten würde, schafft sie dennoch Streitpotential, da die Beteiligten nicht auf die Literatur und Rechtsprechung zur VOB/B zurückgreifen können. Neue Kreationen in der Vertragsgestaltung neigen daher dazu, von den Baubeteiligten kritisch hinterfragt zu werden und neue Streitthemen zu schaffen.

Im Ergebnis streben die Baubeteiligten eine tragfähige Lösung an. Ziel sollte es sein, Verträge zu schaffen, die Rechtssicherheit bringen. Manchmal ist es besser, mit einer etwas nachteiligen Regelung zu leben, als auf eine vorteilhafte Regelung zu spekulieren, die im Streitfall nicht belastungsfähig ist. Neben diesen eher „klassischen Problemen“ des Werkvertragsrechts, die trotz zahlreicher Initiativen<sup>6</sup> nicht zu einer gesetzlichen Reform geführt haben, kamen zwei weitere Aspekte hinzu, die schließlich zur Baurechtsreform geführt haben.

Ein zusätzliches Ziel war es, den Verbraucherschutz bei Bau- und Dienstleistungen für Bauherrn und Immobilieneigentümer, insbesondere im Bauvertragsrecht zu erweitern<sup>7</sup>.

Ebenfalls als Ziel angestrebt wurde die Regelung des Architekten- bzw. Ingenieurvertrages sowie Bauträgervertrages, der bislang ebenfalls nicht eigenständig geregelt wurde.

Ein weiteres Ziel – über den Kernbereich des Werkvertragsrechtes hinaus - war eine partielle Neuregelung des Kaufrechts bzw. besser gesagt „Korrektur“ der Rechtsprechung des BGH zu „Ein- und Ausbaukosten“ im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Im Gegensatz zum Verbraucher als Käufer hat der Unternehmer als Käufer keinen verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruch gegenüber seinem Verkäufer auf Ein- und Ausbaukosten, die regelmäßig am Bau wirtschaftlich bedeutender waren als das mangelhafte Material selbst.

Nach langer Diskussion und teils starker Kritik wurde die „Baurechtsreform“ am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt verkündet<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Vgl. beispielsweise Kniffka, BauR 2012, 411 ff. zu sprachlichen Ungenauigkeiten betreffend Nachträgen.

<sup>6</sup> Beispielsweise die Empfehlung des 3. Deutschen Baugerichtstags zu Thesen des Arbeitskreises I zum Thema „Empfiehlt sich die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts?“, BauR 2010, 1313 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Koalitionsvertrag der großen Koalition 2013, S. 116

## Zusammenfassung in Leitsätzen

Die Gründe, die den Gesetzgeber zur Reform bewogen haben, können wie folgt zusammengefasst werden:

Gründe der Neuregelung
- Werkvertragsrecht BGB unpassend + lückenhaft in der Baupraxis
- VOB/B als Lösungsansatz in der Vergangenheit risikobehaftet a) Privilegierung VOB/B nur, wenn VOB/B insgesamt vereinbart, ohne jegliche Abweichung b) Privilegierung VOB/B gegenüber Verbraucher nicht gegeben
- Unzureichender Verbraucherschutz; es gibt keinen Verbraucherbaupvertrag
- Architekten- Ingenieurverträge bislang gesetzlich nicht geregelt
- Bauträgervertrag bislang gesetzlich nicht geregelt
- Korrektur der Rechtsprechung des BGH zu Ein- und Ausbaurkosten bei mangelhaftem Material im unternehmerischen Verkehr

<sup>8</sup> Vgl. BGBl. 2017, Teil I, Nr. 23, 969 ff.

## 1.2. Systematik der Neuregelung

Das Werkvertragsrecht des BGB gliederte sich bislang im Titel 9 des BGB „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ von §§ 631 – 651m BGB a.F. lediglich in zwei Untertitel.

Werkvertrag und ähnliche Verträge	
1. Werkvertragsrecht	§§ 631 – 651 BGB
2. Reisevertrag	§§ 651a – 651m BGB

Das neue BGB sieht vor, dass es statt zwei Untertitel nun vier Untertitel gibt. Dabei wird der Untertitel 1 Werkvertragsrecht nochmals untergliedert in 4 Kapitel, nämlich: 1. Allgemeine Vorschriften, 2. Bauvertrag, 3. Verbraucherbauvertrag, 4. Unabdingbarkeit. Neben dem Reisevertrag wurde der Architektenvertrag und Ingenieurvertrag sowie der Bauträgervertrag eigenständig geregelt.

Werkvertrag und ähnliche Verträge	
1. Werkvertragsrecht - Allgemeine Vorschriften - Bauvertrag - Verbraucherbauvertrag - Unabdingbarkeit	§§ 631 – 650o BGB §§ 631 – 650 BGB §§ 650a – 650h BGB §§ 650i – 650n BGB § 650o BGB
2. Architektenvertrag und Ingenieurvertrag	§§ 650p – 650t BGB
3. Bauträgervertrag	§§ 650u – 650v BGB
4. Reisevertrag	§§ 651a – 651m BGB

Die Systematik des Gesetzes lässt erkennen, dass entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung das Werkvertragsrecht wesentlich tiefer untergliedert ist als bisher. Folge hiervon ist eine Vielzahl neuer Vorschriften.

Die neue Systematik führt aber dazu, dass traditionelle Standorte wichtiger Vorschriften wie beispielsweise § 648 BGB a.F. bzw. § 648a BGB a.F. verloren gegangen sind und sich nun an anderer Stelle befinden, selbst wenn sich diese inhaltlich nicht oder nur unmaßgeblich geändert haben.

Dies ist nur eine Frage der Gewohnheit, hat aber auch praktische Auswirkungen, da selbst Regelungsbereiche, die an sich identisch geblieben sind, was die Muster der Baubeteiligten betrifft, nun anzupassen sind.

### 1.3. Inkrafttreten der Neuregelung

Die maßgebliche Bestimmung für das Inkrafttreten des neuen gesetzlichen Werkvertragsrechts ist Artikel. 229 § 39 EGBGB:

#### Artikel 229, § 39 EGBGB

*Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren*

*Auf ein Schuldverhältnis, das vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung Anwendung.*

Gemäß der Übergangsvorschrift findet das neue Recht Anwendung, wenn der Bauvertrag ab dem 01.01.2018 geschlossen wurde. Dies bedeutet, dass Angebot und/oder Annahme nach dem 31.12.2017 liegen. Sofern das Angebot vor dem 01.01.2018 dem Vertragspartner zugegangen ist, die Annahme aber erst ab 01.01.2018 oder später erfolgt, ist der Vertrag insgesamt erst in 2018 geschlossen worden. Dies bedeutet, das Schuldverhältnis ist nicht vor dem 1. Januar 2018 entstanden, so dass für den gesamten Vertrag die neuen werkvertraglichen Regelungen gelten.

Liegt sowohl das Angebot als auch die Annahme vor dem 1. Januar 2018, dann findet auf diesen Vertrag noch das alte Werkvertragsrecht des BGB Anwendung.

Nachfolgende Beispiele sollen dies näher erläutern:

#### Beispiel 1: Angebot + Annahme vor 01.01.2018



**= Es gilt altes Werkvertragsrecht/Kaufvertragsrecht**

#### Beispiel 2: Angebot vor 01.01.2018; Annahme nach 01.01.2018



**= Es gilt neues Werkvertragsrecht/Kaufvertragsrecht**

**Beispiel 3: Angebot + Annahme nach 01.01.2018**



**= Es gilt neues Werkvertragsrecht/Kaufvertragsrecht**

Folge für die am Bau Beteiligten wird es sein, dass eine zeitlang eine Zweigleisigkeit besteht. Ältere Verträge vor dem 01.01.2018 müssen noch nach dem alten Recht behandelt werden, die neuen Verträge ab 01.01.2018 nach dem neuen Recht. Die am Bau Beteiligten müssen darauf achten, die richtigen Verhaltensmuster und Regeln auf das entsprechende Vertragsverhältnis anzuwenden.

Diese Übergangsphase wird sich kaum vermeiden lassen.

**Tipp:**

Die Kenntnis der Neuregelung eröffnet die Möglichkeit, über das Datum des Vertragsabschlusses die Geltung der Neuregelung zu „steuern“. Es mag beispielsweise vorteilhaft sein, im Einkauf als Käufer die Bestellung von Material in den Januar 2018 zu verschieben, um in den Genuss der besseren Mängelrechte des Käufers (z. B. Ein- und Ausbaukostenersatz) zu kommen!

**Tipp:**

Parteien, die vor dem 31.12.2017 ein Angebot abgeben und die Geltung des neuen Rechtes für diesen Vertrag vermeiden wollen, ist dringend anzuraten, eine ausdrückliche Annahmefrist zu setzen, die vor dem 31.12.2017 endet. Damit ist gewährleistet, dass eine verspätete Annahme nicht dazu führt, dass dieser Vertrag unbewußt bereits unter die Neuregelung des BGB fällt.

**Zusammenfassung in Leitsätzen**

1. Stichtag für das neue Bauvertragsrecht sind alle Verträge, die ab 01.01.2018 geschlossen werden.
2. Die am Bau Beteiligten leben in der Übergangsphase mit einer Zweigleisigkeit des Rechts, das alte Recht ist weiter für die Verträge vor dem 01.01.2018 anzuwenden, das neue Recht für alle Verträge ab 01.01.2018.

## 2. Werkvertrag, Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag im BGB

Es wurde bereits ausgeführt, dass das bisherige gesetzliche Werkvertragsrecht in den §§ 631ff. BGB keine Differenzierung vorgenommen hat bezüglich einzelner Werkvertragstypen. Weder wurde ein besonderer Bauvertrag oder gar Verbraucherbauvertrag geregelt. Auch Architekten- und Ingenieurverträge oder der Bauträgervertrag wurden bislang keine Bestimmungen innerhalb des Werkvertragsrechts gewidmet. Diese Systematik wurde aufgegeben. An deren Stelle tritt nun eine neue Struktur des Werkvertragsrechts.

### 2.1. Bauvertrag, Definition und Abgrenzung

Nach der alten Rechtslage wurden unter dem Vertragstyp „Werkvertrag“ sämtliche Rechtsverhältnisse gefasst, bei der sich eine Vertragspartei zur Herstellung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bzw. einer geistigen Leistung verpflichtet. Es gibt nach wie vor einen Werkvertrag, aber zusätzlich Sonderregelungen für den Bauvertrag und den Verbraucherbauvertrag.

Nachfolgende Übersicht soll die verschiedenen Vertragstypen, die es künftig gibt, näher beschreiben und abgrenzen:

Vertragstyp	Werkvertrag	Bauvertrag	Verbraucherbauvertrag
<b>Definition</b>	§ 631 BGB	§ 650a BGB	§ 650i BGB
<b>Parteien</b>	B2C B2B	B2C B2B	B2C
<b>Leistung</b>	Werk	Herstellung Wiederherstellung Beseitigung Umbau eines Bauwerks Außenanlage oder Teils davon	Bau eines neuen Gebäudes Erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden
<b>Normen</b>	§§ 631ff. BGB	§§ 631ff. BGB §§ 650a – h BGB	§§ 631ff. BGB §§ 650a – h BGB §§ 650 i – o BGB

Bereits der vorstehenden Tabelle kann entnommen werden, dass es für die Einordnung des Vertragstyps und den anzuwendenden Normen einerseits darauf ankommt, welche Parteien beteiligt sind bzw. was die geschuldete Leistung des Vertrages ist.

Dabei ist festzustellen, dass von dem allgemeinen „Werk“, der den Werkvertrag kennzeichnet, als Unterfall das „Bauwerk“ für den Bauvertrag geregelt ist. Beim weiteren Unterfall des Verbraucherbauvertrages muss sich die Leistung nicht nur auf ein Bauwerk sondern – noch enger – auf ein „Gebäude“ beziehen.

Die Definition des Bauvertrages in § 650a BGB lautet:

**§ 650a BGB – 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.

Der Gesetzgeber verweist für den Begriff des „Bauwerks“ auf die Rechtsprechung zu § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F., für die „Außenanlage“ auf § 648a BGB a.F.<sup>9</sup>

Nach der Rechtsprechung wird unter einem Bauwerk, ohne dass es auf die sachenrechtliche Zuordnung ankommt, eine „unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“ verstanden.

Dieser Definition kann entnommen werden, dass der Begriff des „Bauwerks“ weiter geht als der Begriff des „Gebäudes“, der den Verbraucherbauvertrag kennzeichnet.<sup>10</sup>

Die Definition des § 650a Abs. 1 BGB erweitert den Begriff des Bauvertrags insoweit, als nicht nur die Herstellung oder Wiederherstellung eines Bauwerks kennzeichnend ist, sondern auch dessen Beseitigung. Damit unterliegen auch Abbrucharbeiten dem Begriff des Bauvertrags.<sup>11</sup>

Die bloße Instandhaltung eines Bauwerks soll nur dann den Regeln des Bauvertrags unterliegen, wenn die Maßnahme für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Unter Instandhaltung seien Arbeiten zu verstehen, die der Erhaltung des „Soll-Zustandes des Bauwerks“ dienen, vgl. § 1 VOB/A; § 2 Abs. 9 HOAI.

Unter den Bauvertrag sollen Pflege, Wartungs- und Inspektionsleistungen fallen, die der Erhaltung und/oder der Funktionsfähigkeit des Bauwerks dienen. Erfasst werden demnach Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen.<sup>12</sup>

Sofern die Voraussetzungen des § 650a BGB nicht erfüllt sind, liegt allenfalls ein Werkvertrag im Sinne des § 631ff. BGB vor, ohne dass die Sondervorschriften der §§ 650b ff. BGB anzuwenden sind.

Bereits jetzt ist absehbar, dass eine klare Zuordnung einzelner Leistungen zu den nun vorgegebenen Vertragstypen im Einzelfall schwierig sein kann. Fraglich ist auch, was geschieht, wenn aus einer ursprünglichen kleineren Maßnahme, die dem Werkvertrag unterliegt im Laufe des Bauvertrages durch zusätzliche Anordnungen eine qualitative Änderung erfolgt, die den Vertrag nun als Bauvertrag im Sinne des § 650a BGB erscheinen lässt.

Dies sind letztlich Fragen, mit denen sich die Rechtsprechung künftig befassen muss.

<sup>9</sup> Vgl. Referentenentwurf, 56

<sup>10</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 20.12.2012 Az: VII ZR 182/10

<sup>11</sup> Dies entspricht nicht der früheren Rechtsprechung vgl. BGH-Urteil vom 09.03.2004 X ZR 67/01

<sup>12</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8486, 53

## **2.2. Die Bedeutung der VOB/B**

Die neue Regelung des Werkvertragsrechts ändert nach diesseitiger Auffassung wenig an der Bedeutung der VOB/B.

Bei der VOB/B handelt es sich **nicht um ein Gesetz**, sondern um **standardisierte Vertragsbedingungen**, also eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** (= AGB), die ihre Rechte und Pflichten der am Bauvertrag Beteiligten regelt. Da die VOB/B kein Gesetz ist, muss sie als AGB in den Vertrag einbezogen werden.

Grundsätzlich sind die Parteien frei in der Entscheidung, ob sie die VOB/B zur Grundlage des Werkvertrages machen, d. h. diese einbeziehen. Hiervon gibt es aber wichtige Ausnahmen:

- VOB/A verpflichtet in den Abschnitten 1 und 2, die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens ihren Verträgen die VOB/B zu Grunde zu legen.
- Die VOB/B verpflichtet Auftragnehmer, die Nachunternehmer einsetzen wollen, nach § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B, die VOB/B zu vereinbaren.
- Auftraggeber, die Fördermittel erhalten, können dazu verpflichtet sein (z. B. Mittelstandsrichtlinien eines Bundeslandes), die VOB/B einzubeziehen.

### **MERKE:**

Trotz Pflicht zur Anwendung der VOB/B wird diese nicht Vertragsgrundlage, wenn der Auftraggeber es entgegen der genannten Vorschriften versäumt hat, die VOB/B einzubeziehen.

Ist die VOB/B wirksam in einen Werkvertrag einbezogen, verdrängen/ergänzen ihre Regelungen die werkvertraglichen Normen.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass die gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts bzw. des Bauvertragsrechts gänzlich überflüssig wären und nur die VOB/B alleine gilt.

Die rechtlichen Spielregeln für das Bauvorhaben ergeben sich quasi in einer „Zusammenschau“ des BGB und der VOB/B.

Ein VOB-Vertrag bedeutet: **BGB + VOB/B**.

Die Reform des Werkvertragsrechts hat Auswirkungen auf die VOB/B. Während es ursprünglich nur eine Kombination Werkvertrag i. V. m. VOB/B gab, sind nun verschiedene Kombinationen möglich.

Vorschriften	Bezeichnung
§ 631 BGB + VOB/B	Werkvertrag
§ 650a BGB + VOB/B	Bauvertrag
§ 650i BGB + VOB/B	Verbraucherbauvertrag <sup>13</sup>

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>14</sup>, die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB<sup>15</sup> in den Bauvertrag mit einbezogen werden müssen, da es sich nicht um ein Gesetz handelt!

**MERKE:**

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern nur eine Allgemeine Geschäftsbedingung.

Die neue Regelung des Werkvertragsrechts ändert nichts an der Privilegierung der VOB/B.

Bei der „**Privilegierungsproblematik**“ geht es um die Folgefrage, ob die VOB/B, sofern sie vereinbart wurde, in vollem Umfang wirksam ist.

Die VOB/B ist eine standardisierte Vertragsbedingung, die vom **Gesetz und Rechtsprechung privilegiert** ist. Grundsätzlich werden alle AGB`s, d. h. an sich auch die VOB/B, an den strengen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB gemessen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dass ein Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seinen Vertragspartner nicht durch vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Vertragspartner kaum zur Kenntnis nehmen kann, übervorteilt. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden quasi auf den „Prüfstand“ des Gesetzes gestellt. Sie werden dahingehend überprüft, ob sie derartige „unangemessene Übervorteilungen“ enthalten. Dabei gibt es ein konkretes Prüfschema, welches das BGB vorgibt.

In § 307 Abs. 2 BGB gibt es eine Generalklausel, die Klauseln danach überprüft, ob der Verwender seinen Vertragspartner unangemessen benachteiligt.

In §§ 308, 309 BGB gibt es zudem Kataloge von einzelnen Kriterien an denen Klauseln in AGB`s zu messen sind.

Eine Reihe von Bestimmungen der VOB/B verstoßen bei einer „isolierten Inhaltskontrolle“, d.h. bei Prüfung jeder einzelnen Klausel der VOB/B, gegen eine Reihe von Vorschriften nach den §§ 305 ff. BGB, so dass ein Teil der Regelungen gegenüber dem Vertragspartner unwirksam wären.

Die VOB/B wurde bislang vom Gesetzgeber privilegiert, d. h. von einer Kontrolle ausgenommen, wenn die VOB/B „**als Ganzes**“ vereinbart wurde.

Dieses Privileg beruht darauf, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit ein „**ausgewogenes Regelwerk**“ für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite darstellt.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> AN ist Einbeziehung der VOB/B als Verwender nicht zu empfehlen.

<sup>14</sup> Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

<sup>15</sup> Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S.1 ABGG

**MERKE:**

Wird die VOB/B nicht als Ganzes (insgesamt) vereinbart, so muss jede einzelne VOB/B-Klausel gesondert darauf überprüft werden, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen des AGB-Rechts entspricht.

Die neuen und unbestimmten Rechtsbegriffe und die veränderten Leitbilder des Gesetzes erlauben keine sichere Einschätzung der künftigen Rechtsprechung und einer AGB-Festigkeit eventueller vorformulierter Klauseln.

<b>VOB/B</b>	
<b>ohne Abweichung (insgesamt)</b>	<b>mit Abweichung</b>
Privilegierung	Verlust Privilegierung
Geltung VOB/B + daneben anwendbare BGB-Vorschriften	Unwirksamkeit einzelner VOB/B-Vorschriften zu Lasten Verwender + BGB-Vorschriften schließen die Lücke
Rechtssicherheit	Rechtsunsicherheit

Im unternehmerischen Verkehr (B2B) dürfte es daher nach wie vor sinnvoll sein die VOB/B in den Vertrag einzubeziehen, da diesbezüglich eine gefestigte Rechtsprechung existiert. Die am Bau beteiligten haben auch Erfahrung bei der Verwendung der VOB/B.

Der Verwender der VOB/B muss allerdings beachten, die VOB/B insgesamt in den Vertrag in der aktuellen Fassung einzubeziehen, um nicht die Privilegierung der VOB zu verlieren und einer isolierten Inhaltskontrolle ausgesetzt zu sein, vgl. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB.

**Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen**

Nach § 310 Abs. 1 S. 3 BGB nur dann keine Inhaltskontrolle einzelner Klauseln der VOB/B nach § 307 BGB, wenn die VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist (Privilegierung).

**„§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB**

*(...) finden § 307 Absatz 1 und 2 sowie § 308 Nummer 1a und 1b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.“*

<sup>16</sup> BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

### Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

AGB Inhaltskontrolle erfolgt künftig auf der Basis eines neuen gesetzlichen Leitbildes. Die VOB/B wird nun anhand einer Vielzahl neuer Vorschriften des BGB gemessen.

#### „§ 307 BGB

*(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. <sup>2</sup>Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.*

*(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (...)*"

### Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

Abweichung von der VOB/B



Verlust der Privilegierung der VOB/B

Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB

Risiko und Rechtsunsicherheit

### Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

Beispiel möglicher Risiken:

- Es besteht das Risiko, dass die Regelungen in § 1 Abs. 3, 4 VOB/B zum sofortigen Anordnungsrecht des AG den neuen Grundgedanken des „Einigungsmodells“ aus § 650b BGB nicht mehr standhalten, also nur individuell oder über die VOB/B, wenn insgesamt vereinbart, wirksam vereinbart werden können.

#### **Folge:**

AG muss immer 30 Tage warten, um verbindliche Anordnung treffen zu können.

Berechnung nach tatsächlichen Kosten, nicht aus Kalkulation

- Kritische Prüfung des Verwenders der VOB/B, ob die beabsichtigten Abweichungen es wirklich „wert sind“, die Privilegierung der VOB/B aufzugeben und die AGB-Inhaltskontrolle mit der damit verbundenen Rechtsunsicherheit zu eröffnen.

Das Risiko, bei der Vertragsgestaltung Abweichungen von der VOB/B zu verursachen, ist sehr groß!

Bereits sprachliche Abweichungen von der VOB/B können ausreichen, wenn sie Unklarheiten im Sinne einer Abweichung von der VOB/B zulassen.

Klassische Abweichungsfehler:

- Nachtragserschwerungen (§ 2 VOB/B)
  - Nachträge stets vorab schriftlich ankündigen
  - Nachtrag abhängig von schriftlicher Genehmigung des AG
- Abnahmeerschwerungen (§ 12 VOB/B)
  - Teilabnahmen sind ausgeschlossen, § 12 Abs. 2 VOB/B
  - Fiktive Abnahmen nach § 12 Abs. 5 VOB/B sind ausgeschlossen
- Mangeldurchsetzung erleichtern (§ 4 Abs. 7 VOB/B)
  - Ersatzvornahme bedarf vor Abnahme keiner Kündigung
- Öffnungsklauseln (§ 13 Abs. 4 VOB/B) strittig!
  - Gewährleistungsfrist beträgt 5 Jahre

**Tipp:**

Es empfiehlt sich nach wie vor die VOB/B im unternehmerischen Verkehr einzubeziehen, da die Reform eine Reihe von offenen Fragestellungen aufwirft, die erst in den nächsten Jahren geklärt werden.

Fraglich ist allerdings das Verhältnis der neuen gesetzlichen Regelungen zur VOB/B. Da ein VOB/B-Vertrag ergänzend gilt und das Gesetz insoweit modifiziert wird, stellt sich die Frage, welche Regelungen des Gesetzes durch die VOB/B überlagert bzw. ersetzt werden und welche Regelungen des gesetzlichen Werkvertragsrechts bzw. Bauvertragsrechts bzw. Verbraucherbauvertragsrechts neben der VOB/B Anwendung finden und diese beeinflussen.

Es ist damit zu rechnen, dass in Folge der Reform auch die VOB/B kurzfristig überarbeitet und den neuen Regelungen angepasst wird.

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit hat am 18.05.2017 darauf hingewiesen, dass im Bundeshochbau weiterhin die VOB/B als vertragliche Grundlage zu vereinbaren ist.

Die Rechtslage ist nach Auffassung des Ministeriums insofern unverändert, als das die VOB/B, falls sie ohne inhaltliche Änderung insgesamt vereinbart wird, auch weiterhin nicht am BGB gemessen wird.

Das Ministerium beabsichtigt derzeit das Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB), insbesondere die zusätzlichen Vertragsbedingungen, auf ihre VOB/B-Konformität zu überprüfen. Es wird angestrebt etwaige Änderungen der VHB rechtzeitig vor Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung durch gesonderten Erlass einzuführen.

**HINWEIS:**

Es bleibt abzuwarten, ob die VOB/B kurzfristig überarbeitet wird. Es wird zu klären sein, wie das Verhältnis des gesetzlichen Werkvertragsrechts, Bauvertragsrechts bzw. Verbraucherbauvertragsrechts sich zur VOB/B entwickeln wird.