

Rundschreiben 10/2017

Thema: Bauvertragsreform 2018 – neue Vertragstypen – Teil II / Baurecht

1. 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.

1.1. 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
Definition	§ 631 BGB	§ 650a BGB	§ 650i BGB
Parteien	B2C ¹ B2B ²	B2C B2B	B2C
Leistung	Werk	Herstellung Wiederherstellung Beseitigung Umbau eines Bauwerks Außenanlage oder Teils davon	Bau eines neuen Gebäudes Erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden
Normen	§§ 631ff. BGB	§§ 631ff. BGB §§ 650a – h BGB	§§ 631ff. BGB §§ 650a – h BGB §§ 650 i – o BGB

¹ Business-to-Consumer = „Verbraucherverkehr“

² Business-to-Business = „Unternehmerverkehr“

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.³

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.⁴

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.⁵

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.⁶

Die Definition des **neuen „Verbraucherbauvertrags“** gemäß § 650i BGB werden wir noch gesondert darstellen. Dieser neue Vertragstyp bezieht sich auf den noch engeren Begriff des Neubaus eines Gebäudes bzw. erhebliche Umbaumaßnahmen. Diese Gruppe von Verträgen hat zusätzlich erhebliche Informations- und Dokumentationspflichten!

³ Vgl. Referentenentwurf, 56

⁴ Vgl. BGH-Urteil vom 20.12.2012 Az: VII ZR 182/10

⁵ Dies entspricht nicht der früheren Rechtsprechung vgl. BGH-Urteil vom 09.03.2004 X ZR 67/01

⁶ Vgl. BT-Drs. 18/8486, 53

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.

Nachfolgend einige Anwendungsfälle von „Bauleistungen“, die nach der Systematik des neuen Werkvertragsrechts unterschiedlichen Vertragstypen zuzuordnen sind:

Beispiel 1:

Auftraggeber beauftragt Auftragnehmer mit den Schönheitsreparaturen (Malerarbeiten) in einer Wohnung.

= Werkvertrag nach § 631 BGB

Beispiel 2:

Auftraggeber beauftragt Auftragnehmer mit einer Neueindeckung des Daches.

= Bauvertrag nach § 650a BGB

Beispiel 3:

Verbraucher beauftragt den Auftragnehmer mit der schlüsselfertigen Errichtung eines Einfamilienhauses

= Verbraucherbauvertrag nach § 650i BGB

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.

1.2. 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**.

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen⁷, die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB⁸ 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.

⁷ Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

⁸ Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S.1 AGBG

Dieses Privileg beruht darauf, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit ein „**ausgewogenes Regelwerk**“ für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite darstellt.⁹

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.

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.

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. Dabei sollte peinlichst darauf geachtet werden, als Verwender keine Abweichung von der VOB/B zu produzieren, da dann die Folgen noch schwerer abschätzbar sein werden als nach dem bisherigen Recht.

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.

⁹ BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

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.

2. Zusammenfassung

Die Ausführungen belegen, dass es entscheidend sein wird, welcher Vertragstyp im konkreten Fall vereinbart wird. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob man den Regelungen des „einfachen Werkvertragsrechts“, des neuen Bauvertragsrechts oder gar des neuen Verbraucherbauvertragsrechts unterliegt. Besonders entscheidend wird die Frage sein, wie sich die VOB/B entwickeln wird.

Sofern man im unternehmerischen Verkehr tätig ist und eine entsprechende Vertragsdisziplin dahingehend einhält, dass man Abweichungen als Verwender von der VOB/B vermeidet, wird man weiterhin mit der VOB/B gut arbeiten können. Leider ist in der Baupraxis zu beobachten, dass viele Verträge Abweichungen von der VOB/B enthalten, so dass die Auswirkungen erheblich sein können. Im Gegensatz zu früher, muss dann bei Abweichungen der VOB/B deren Bestimmungen an den neuen Bestimmungen des Gesetzes gemessen werden. Das gesetzliche Leitbild hat sich aber erheblich verändert. Damit droht bei Verlust der Privilegierung der VOB/B vielen Bestimmungen der VOB/B die Unwirksamkeit. An deren Stelle treten dann die neuen gesetzlichen Regelungen, die aber in vielen Punkten, wie beispielsweise das Anordnungsrecht des Bestellers, schlichtweg praxisuntauglich sind.

Im nächsten Teil werden wir uns mit dem neuen weiteren Vertragstyp, dem Verbraucherbaupvertrag beschäftigen, der insbesondere diejenigen Leser betrifft, die schlüsselfertige Leistungen anbieten.