

## BEWERTUNG

### Thesen

#### Arbeitskreis I b Bauvertragsrecht

#### 7. Deutscher Baugerichtstag

#### geordnet nach Gliederungspunkten des Arbeitskreises

##### Einige grundsätzliche Ausführungen vorab:

- Es ist ungewöhnlich, dass ein Gesetz gerade erst Anfang Januar in Kraft getreten ist und der Baugerichtstag bereits umfangreiche Thesen besprechen soll, wie dieses Gesetz durch Allgemeine Geschäftsbedingungen außer Kraft gesetzt werden kann.
- Wichtig ist aus unserer Sicht eine ergebnisoffene Diskussion über das neue gesetzliche Bauvertragsrecht und dessen Wirkung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (= VOB/B) als eine Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Nur so wird der Baugerichtstag seinem eigenen Anspruch als fachlich geprägtes und interessenunabhängiges Diskussionsforum gerecht.

##### Vorab einige grundsätzliche Ausführungen zu den so genannten „B-Thesen“:

- Aus unserer Sicht lässt sich mit Blick auf die VOB/B (= „B-Thesen“) das neue gesetzliche Bauvertragsrecht nicht in „Einzelteile“ zerlegen, die dann isoliert betrachtet und im Sinne eines „Rosinenpickens“ befürwortet oder abgelehnt werden:
- Konsequenter wäre, die vom Gesetzgeber getroffenen Regelungen zur nachträglichen Änderung einer vereinbarten Vertragsleistung, deren Vergütung und Durchsetzung **unverändert** in die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (= VOB/B) zu übernehmen.
- Bauherren und Unternehmen hätten so eine **einheitliche Regelung**, die durch den **Einigungsgrundsatz zu mehr Partnerschaft und weniger Streit auf der Baustelle führt** und auf die künftige Rechtsprechung einheitlich angewendet werden könnte.
- *Mögliche Umsetzung (= durch Verweis auf das Gesetz oder ausformuliert):*

*VOB/B § 2a (neu) Leistungsänderung und Vergütung*

*Für eine nachträgliche Leistungsänderung, deren Vergütung und Durchsetzung gelten die §§ 650b bis d des Bürgerlichen Gesetzbuchs (= oder ausformuliert).*

*Es entfallen die bisherigen Klauseln der VOB/B zu nachträglichen Vertragsänderungen (= § 1 Absätze 3 und 4) sowie zu den Vergütungsfolgen (= § 2 Absätze 5 und 6).*

- Eine vom Gesetz abweichende Neuregelung der VOB/B hätte für Bauherren und Unternehmen den Nachteil, dass damit eine **doppelte Rechtsunsicherheit** geschaffen würde: Einerseits, wie die neuen VOB-Klauseln **inhaltlich** zu verstehen sein sollen und andererseits, ob die neuen VOB-Klauseln einer **AGB-rechtlichen Überprüfung** standhalten oder **unwirksam** sind und auf diesem Wege dann durch die gesetzlichen Regelungen ersetzt werden. Dies gilt insbesondere für „Anordnungsrechte“ und deren Vergütungsfolgen.

- Da die Thesen des Baugerichtstags zur VOB/B (= „B-Thesen“) eine unveränderte Gesamtübernahme nicht abbilden, sondern die gesetzlichen Regelungen in „Einzelteile“ zerlegt isoliert betrachten, sind die „B-Thesen“ im Interesse der Ausgewogenheit **insgesamt abzulehnen**.

### zu B. Einleitung (Voit/Retzlaff)

- Zu begrüßen ist, dass *„... die Diskussion noch am Anfang steht und die Meinungen auch im Arbeitskreis noch auseinandergehen...“*
- Dem entsprechend sollte die Einleitung keine Vorfestlegungen treffen.
- Dies gilt insbesondere für die Frage, ob und mit welchem Ergebnis Gerichte überprüfen dürfen, ob im Rahmen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die bestehende VOB/B *„... insgesamt so stark vom Leitbild des gesetzlichen Bauvertragsrechts abweicht, dass diese nicht mehr von der Gesamtprivilegierung erfasst ist“*.
  - Der Gesetzgeber hat diese Prüfungsmöglichkeit nach bisherigem Recht ausdrücklich eingeräumt.<sup>1</sup> Dass diese Prüfungsmöglichkeit künftig entfallen soll, hat der Gesetzgeber zum neuen Bauvertragsrecht nicht bestimmt.
  - Pauschalbewertungen, ohne sich im Einzelnen mit Argumenten für und gegen eine Gesamtausgewogenheit der VOB/B zu befassen, sollten unterbleiben.

### zu C. Leistungsänderungsrechte (von Kiedrowski)

- Einer ergebnisoffenen Diskussion widerspricht, wenn mit negativ wertenden Begriffen wie „Nadelöhr“ eine bestimmte Tendenz zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht eingeschlagen wird.
- Zudem sollten Missverständnisse vermieden werden, die sich aus dem Weglassen entscheidender Worte wie „binnen“ im Zusammenhang mit dem gesetzlich vorgesehenen Einigungsversuch „binnen 30 Tagen“ ergeben können.
- Dem Gesetzgeber ohne gesicherte Erkenntnisse zu unterstellen, ein Gesetz erlassen zu haben, dass zum Stillstand der Baustelle führt, ist unangemessen. Der Gesetzgeber wollte durch den Einigungsgrundsatz bewusst das partnerschaftliche Bauen betonen und beiderseits unnötigen und unproduktiven Streit vermeiden. Dies pauschal als fehlenden Weitblick des Gesetzgebers zu bewerten, ist weder sachgerecht, noch ergebnisoffen noch unvoreingenommen.
- Warum Unternehmen ein Interesse daran haben sollten, einen für Bauherren und Unternehmen nachteiligen Stillstand der Baustelle zu verursachen, bleibt offen.

---

<sup>1</sup> Bundestagsdrucksache 16/9787, Seite 18: *„Möglich bleibt ... eine Kontrolle der VOB/B als Ganzes anhand von § 307 Absatz 1 und 2 BGB“*.

## zu Abschnitt II. Grundstruktur des Leistungsänderungsrechts

- In ihrer gegenwärtig vorgeschlagenen Ordnung und Reihenfolge lassen sich die Thesen zum Baugerichtstag nicht sinnvoll besprechen.
- Insbesondere ist es nicht möglich, Argumente für oder gegen eine wesentliche Erweiterung der bisherigen unmittelbaren einseitigen „Anordnungsrechte“ des Bauherrn in der VOB/B zu bewerten (= These 1 B), ohne den im neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht vorgesehenen Einigungsgrundsatz einzubeziehen (= Abschnitt III, Abschnitt IV) und die als Kompensation gesetzlich vorgeschriebenen Vergütungsregelungen zu Gunsten des Unternehmens (= Abschnitt D, Abschnitt E) und den vereinfacht zugänglichen einstweiligen Rechtsschutz (= Abschnitt F).

### zu These 1 B

ABLEHNUNG.

- siehe oben

### zu These 2 A

Grundsätzlich positiv.

Praktisch sinnvoll und rechtspolitisch wünschenswert wäre, die gesetzlich besonders geregelte Zumutbarkeit für eine Änderung des Werkerfolgs auf Fälle einer notwendigen Änderung auszudehnen. Auch bei notwendigen Änderungen kann die Zumutbarkeit für das Unternehmen eine wichtige Rolle spielen (Beispiel: Die Baugrundverhältnisse weichen vom Baugrundgutachten des Bauherrn ab. Das ansonsten unveränderte Bauvorhaben erfordert eine aufwändigere Gründung).

Allerdings

- entspricht die These nicht dem Gesetzeswortlaut und die Gesetzesbegründung verweist für notwendige Änderungen auf die allgemeine gesetzliche Regelung der Unzumutbarkeit.<sup>2</sup> Die Beweislast zur Unzumutbarkeit (= Unternehmen) weicht von § 650b BGB für die Fälle der Zumutbarkeit ab (= Bauherr).<sup>3</sup>

### zu These 3 B

ABLEHNUNG.

- siehe oben

<sup>2</sup> Bundestagsdrucksache 18/8486, Seite 54: „Im Gegensatz zu den Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs soll für Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich sind, kein neues Zumutbarkeitskriterium eingefügt werden. Hier sollen dem Unternehmen nur die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3) zustehen“.

<sup>3</sup> Siehe § 310 Absatz 1 Satz 2, § 307 Absatz 1 und 2, § 309 Nummer 12 BGB.

**zu These 4 A**

ABLEHNUNG.

Die gesetzlich besonders vorgeschriebene Zumutbarkeit und deren Beweislast (= Bauherr) darf nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geändert werden in die gesetzlich allgemein geregelte Unzumutbarkeit (= § 275 Absatz 2 und Absatz 3 BGB) sowie die dort vorgesehene Beweislast (= Unternehmen).

**zu These 5 A**

ZUSTIMMUNG.

Die Beweislast in Allgemeinen Geschäftsbedingungen darf nicht von der gesetzlich vorgeschriebenen Beweislast abweichen. Von der gesetzlichen Beweislast abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen sind unwirksam.<sup>4</sup>

**zu These 6 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben

**zu These 7 A**

ABLEHNUNG.

Der ursprüngliche Gesetzentwurf sah ein „zeitliches“ Anordnungsrecht des Bauherrn vor, das der Gesetzgeber **nicht** übernommen hat. Es gibt keinen Grund, gegen den Willen des Gesetzgebers und über den Gesetzeswortlaut hinaus dem Bauherrn ein „zeitliches“ Anordnungsrecht einzuräumen.

- Der Bauherr hätte dadurch eine weitere einseitige Gestaltungsmöglichkeit, um – je nach Situation – eine für eigene Zwecke günstige Rechtsfolge herbeizuführen. Das Bauunternehmen hätte keinen Anspruch auf eine „Anordnung“ und müsste – je nach Wahl des Bauherrn – entweder mit den Rechtsfolgen des § 642 BGB leben (= falls Bauherr nicht anordnet) oder das Unternehmen hätte die sich aus § 650c und § 650d BGB ergebenden Rechtsfolgen (= falls Bauherr anordnet).

**zu These 8 A**

ZUSTIMMUNG.

Eine einseitige Übertragung der Planungsverantwortung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauherrn auf das Bauunternehmen muss unwirksam sein.

- Die Planungsverantwortung muss grundsätzlich bei demjenigen Vertragspartner bleiben, der die Planung im Vertrag übernommen hat. Ansonsten wäre das gesetzliche System der §§ 650b bis 650d BGB in Frage gestellt.

**zu These 9 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben

---

<sup>4</sup> Siehe § 310 Absatz 1 Satz 2, § 307 Absatz 1 und 2, § 309 Nummer 12 BGB.

## zu Abschnitt III. Ausschluss des Verhandlungsmodells

### zu These 10 A

ABLEHNUNG.

Formaler Einwand:

Die Einteilung der Thesen in „A“ (= abweichende AGB) und „B“ (= Anpassung VOB/B) wird durchbrochen. Als „A“ These wird eine pauschale rechtliche Bewertung zur VOB/B und deren einseitigen unmittelbaren „Anordnungsrechten“ des Bauherrn aufgestellt, die einer Abstimmung nicht zugänglich ist.

Inhaltlicher Einwand:

Die These widerspricht dem Willen des Gesetzgebers und dem gesetzlich vorgeschriebenen Einigungsversuch über eine Änderung der vertraglich vereinbarten Leistung und deren Vergütung.<sup>5</sup>

- Die Verhandlungsphase ist ein Kernelement des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts. Deren Ausschluss widerspricht dem neuen gesetzlichen Leitbild und den sich daran knüpfenden Rechtsfolgen, einschließlich Vergütungsfolgen zu Gunsten des Unternehmen und einem vereinfacht zugänglichen einstweiligen Rechtsschutz.

### zu These 11 B

ABLEHNUNG.

- siehe oben

### zu These 12 A

ABLEHNUNG.

Formaler Einwand:

Die Einteilung der Thesen in „A“ (= abweichende AGB) und „B“ (= Anpassung VOB/B) wird durchbrochen. Als „A“ These wird eine pauschale rechtliche Bewertung zur VOB/B und deren einseitigen „Anordnungsrechten“ des Bauherrn aufgestellt, die einer Abstimmung nicht zugänglich ist.

Inhaltlicher Einwand:

Der Gesetzgeber hat die bestehenden unmittelbaren Anordnungsrechte und deren Vergütungsfolgen in den Vorschriften über das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht besonders privilegiert.

- Es widerspricht dem neuen gesetzlichen Leitbild, dem Bauherrn ein unmittelbares einseitiges „Anordnungsrecht“ zuzusprechen, ohne einen vorhergehenden gesetzlich vorgeschriebenen Einigungsversuch über dessen Änderungsbegehren und die dafür vom Unternehmen angebotene Vergütung. Die Praxis zeigt, dass die bisherige Klausel der VOB/B, wonach die Vertragspartner sich über die Vergütung einer Leistungsänderung vor deren Ausführung einigen sollen, nicht wirkt und keinen wirksamen Anreiz für Bauherren begründet, diese Einigung herbeizuführen oder daran mitzuwirken.

---

<sup>5</sup> Nur die vollständig und unverändert verwendete VOB/B bleibt nach den Bestimmungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen privilegiert (= § 310 Absatz 1 Satz 3 BGB), mit dem Vorbehalt einer möglichen Gesamtprüfung der Ausgewogenheit, siehe oben zu B

**zu These 13 A**

ABLEHNUNG.

Auch ein unmittelbares einseitiges Anordnungsrecht des Bauherrn für „notwendige“ Änderungen ohne vorangehenden Einigungsversuch widerspricht dem neuen gesetzlichen Leitbild und wäre in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam. Es gilt die gleiche inhaltliche Begründung wie zu These 12 A.

**zu These 14 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben

**zu Abschnitt IV. Inhaltliche Modifikationen des Verhandlungsmodells****zu These 15 A**

UNKLAR. ABLEHNUNG KONKRETER FRISTEN.

Abgelehnt werden vom Bauherrn einseitig bestimmte konkrete Fristen.

Unklar ist, was die These inhaltlich bedeutet.

Ist gemeint, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauherrn vorsehen, sich mit dem Unternehmen für bestimmte Fälle vorab zu einigen, dass der Bauherr eine Änderung einseitig anordnen darf, falls für nachträgliche Änderungsbegehren und deren Vergütung eine Einigung binnen weniger als der gesetzlich vorgeschriebenen 30 Tagen nicht gelingt (= verkürzte Frist für Einigungsversuch)?

- Welches wären diese Fälle und wann würde die (kürzere) Einigungsfrist mit dem Unternehmen konkret vereinbart?
- Stünde in diesen Fällen auch der (erleichtert zugängliche) einstweilige Rechtsschutz vorzeitig zur Verfügung?
- Wann wäre - über die verkürzte Einigungsfrist hinaus - eine „angemessene Angebotsfrist“ mit dem Unternehmen zu vereinbaren und wie lange wäre das Unternehmen an das Angebot gebunden (= „Bindefrist“)?
- Was wäre die Rechtsfolge, wenn das Unternehmen innerhalb der „Angebotsfrist“ kein Angebot vorlegt (= Schadenersatz oder vorzeitiges Anordnungsrecht des Bauherrn)?

Weitere Überlegungen:

- Der gesetzlich vorgeschriebene Einigungsversuch „binnen 30 Tagen“ soll dem Unternehmen erlauben, ein Angebot vorzulegen und dem Bauherrn ermöglichen, das Angebot zu bewerten.
- Den Vorschlag des Bundesrats, die 30 Tage ab Zugang des Angebots beim Bauherrn zu berechnen, hat der Bundestag geändert. Der Fristbeginn wurde vorverlegt auf den Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmen.

**zu These 16 A**

ABLEHNUNG.

Eine Frist, die den Auftragnehmer zur Vorlage des Angebots innerhalb einer bestimmten Frist verpflichtet, widerspricht dem neuen gesetzlichen Leitbild und der dort bestimmten Beweislast. Gesetzlich vorgeschrieben ist, dass die Vertragspartner versuchen, sich „binnen 30 Tagen“ über eine vom Bauherrn begehrte Änderung und deren Vergütung zu einigen. Diese gesetzlich vorgeschriebene Frist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einseitig zu verändern in eine (kürzere) Angebotsfrist für das Unternehmen, ist problematisch. Im Regelfall sind von einer nachträglichen Änderung der vereinbarten Leistung auf Seiten des Unternehmens Lieferanten, Dienstleister und Nachunternehmen betroffen, so dass die gesetzlich vorgeschriebene Frist für einen Einigungsversuch im Regelfall nicht zu lang bemessen ist.

**zu These 17 A**

ABLEHNUNG.

Für das Angebot des Unternehmens und dessen Berechnung gelten keine gesetzlichen Vorgaben. Es gilt der – auch verfassungsrechtlich geschützte – Grundsatz der Kalkulationsfreiheit. Der Bauherr darf in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht in das auch verfassungsrechtlich geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Unternehmens eingreifen und dem Unternehmen Vorgaben machen, wie es seinen Angebotspreis kalkuliert.

**zu These 18 A**

ZUSTIMMUNG.

Beide Vertragspartner haben ein Interesse daran, möglichst schnell für Klarheit zu sorgen, was gebaut werden soll. Falls über das Änderungsbegehren des Bauherrn und die Vergütung des Unternehmens keine Einigung gelingt, sind die allgemeinen Rechtsinstitute der missbräuchlichen Rechtsausübung oder der Verwirkung (= § 242 BGB) zu allgemein gehalten, um den Vertragspartnern einen klaren Rahmen zu geben, bis wann der Bauherr seine Möglichkeit zur einseitigen Leistungsbestimmung (= „Anordnung“) nutzen muss.

- Der Bauherr kann nicht erwarten, dass das Unternehmen eine unangemessen lange Zeit nach Scheitern des Einigungsversuchs noch bereit und in der Lage ist, auf eine einseitige Leistungsbestimmung des Bauherrn (= „Anordnung“) die geänderte Leistung zu erbringen.
- Verfügbarkeit und Preise von Lieferanten, Dienstleistern und Nachunternehmen des Unternehmens wären möglicherweise nicht mehr aktuell. Gesetzlich vorgesehene Wahlrechte des Unternehmens hinsichtlich seiner Vergütung (= siehe § 650c BGB) wären durch einen unangemessen langen Zeitablauf möglicherweise entwertet.



**zu These 19 A**

ZUSTIMMUNG.

Es handelt sich aus unserer Sicht um keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern um eine Klarstellung des Gesetzestexts.

- Ein Begehren des Bauherrn, die vereinbarte Leistung nachträglich zu ändern, muss hinreichend konkret gefasst sein.
- Eine Einigung „binnen 30 Tagen“ auch über die Vergütung setzt voraus, dass das Unternehmen in der Lage ist, ein Angebot abzugeben. Dazu braucht das Unternehmen im Regelfall die geänderten Planungsunterlagen des Bauherrn. Dies ist eine Selbstverständlichkeit, die sich bereits aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes ergibt. Klarstellend kann das sicherlich in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmens aufgenommen werden.

**zu Abschnitt V. Einschränkung des Textformgebots****zu These 20 A**

ABLEHNUNG.

Der Gesetzgeber hat die Textform in das neue gesetzliche Bauvertragsrecht aufgenommen, um zu dokumentieren, welche Änderung wann einseitig angeordnet wurde.

- Diese für beide Vertragspartner wichtige Dokumentationsfunktion schafft Rechtsklarheit und wäre zum Nachteil des Unternehmens aufgehoben, wenn der Bauherr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einseitig davon abweichen dürfte.

**zu These 21 A**

ZUSTIMMUNG.

Der Gesetzgeber hat die Textform in das neue gesetzliche Bauvertragsrecht aufgenommen, um damit zu dokumentieren, welche konkrete Änderung wann einseitig angeordnet wurde.

- Wenn der Bauherr von dieser Regelung nachweislich abweicht und die nachträgliche Änderung nur mündlich anordnet, ist der Bauherr nicht schutzwürdig.
- Das Unternehmen kann daher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Vergütungsanspruch vorsehen, falls das Unternehmen die mündliche Anordnung ausführt und keine Bestätigung in Textform anfordert.

**zu Abschnitt D. Regelungen zur Vergütung****zu Abschnitt I. Einführung (Langen)**

- Sachlich nicht gerechtfertigt und inakzeptabel ist es, Bauunternehmen pauschal zu diskreditieren und als Spekulanten abzutun.
- Auf Seite 20 unten wird eine Vorfestlegung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht vorgenommen. Wieso ist die gesetzliche Regelung nicht angemessen und für beide Seiten nicht handhabbar?



**zu These 1 A**

ZUSTIMMUNG.

Die Art und Weise der im neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht vorgeschriebenen Vergütungsanpassung (= § 650c Absatz 1) ist Teil des gesetzlichen Leitbilds.

Ergänzende Überlegung:

- Unter „Contra“ steht unzutreffend, dass eine Regelung, die die Preisfortschreibung nach den bisherigen Bestimmungen der VOB/B unterläuft (= § 2 Absatz 5 und Absatz 6), nicht zum gesetzlichen Leitbild gehört. Allerdings stellt die VOB/B (= § 2 Absatz 5 und Absatz 6) kein gesetzliches Leitbild dar, sondern es handelt sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen.
- Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der VOB/B sind keine Konsequenz aus einem „vergaberechtlich gebotenen Preiswettbewerb“, da die nachträgliche Änderung einer im Wettbewerb vergebenen Leistung kein Gegenstand eines vorangehenden Wettbewerbs war.

**zu These 2 A**

ZUSTIMMUNG.

Dem Leitbild des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts und dessen Vergütungsregelungen zu Gunsten des Unternehmens widerspricht die zwingende Preisfortschreibung der VOB/B (= § 2 Absatz 5 und Absatz 6).

**zu These 3 A**

ZUSTIMMUNG.

Dem Leitbild des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts und dessen Vergütungsregelungen widerspricht die zwingende Preisfortschreibung der VOB/B (= § 2 Absatz 5 und Absatz 6).

- Bei Fortschreibung der Urkalkulation gilt zu Gunsten des Unternehmens die gesetzliche Vermutung, dass die Fortschreibung den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn entspricht.
- Dem Bauherrn steht es frei, diese gesetzliche Vermutung zu widerlegen. Diese Widerlegungsmöglichkeit kann dem Bauherrn nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Unternehmens genommen werden.

**zu These 4 A**

Grundsätzlich positiv.

Praktisch sinnvoll und rechtspolitisch wünschenswert wäre, bei Abrechnung der tatsächlich erforderlichen Kosten (= § 650c Absatz 1 BGB) zur Bestimmung der Angemessenheit der Zuschläge auf die zur Fortschreibung der Urkalkulation vorgesehene Vermutungswirkung zurückgreifen zu können (= § 650c Absatz 2).

**Allerdings**

- haben Bauunternehmen gemäß dem neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht ein Wahlrecht, je Nachtrag entweder unmittelbar die tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn gelten zu machen oder die Urkalkulation fortzuschreiben mit der gesetzlichen Vermutung, dass dies den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn entspricht.
- Bislang nicht vorgesehen ist, die beiden Methoden zu vermischen.

**zu These 5 A****ZUSTIMMUNG.**

Es entspricht dem berechtigten Interesse beider Vertragspartner, die Vermutungswirkung einer fortgeschriebenen Urkalkulation (= § 650c Absatz 2 BGB) nicht bereits bei jeder geringfügigen Abweichung entfallen zu lassen.

**zu These 6 B / A****ABLEHNUNG.**

Es handelt sich um keine „B-These“ (= betreffend die VOB/B), sondern um eine „A-These“ (= AGB-Recht). Die These ist unklar formuliert. In wessen Allgemeinen Geschäftsbedingungen soll die Höhe „angemessener“ Zuschläge bestimmt werden?

- Aus unserer Sicht kämen allenfalls Allgemeine Geschäftsbedingungen des Unternehmens in Betracht.
- Dort bestimmte Sätze für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn anzugeben, wäre kartell- und wettbewerbsrechtlich problematisch und hätte keine Bindungswirkung für die Frage, ob die Höhe im Einzelfall tatsächlich „angemessen“ ist.

**zu These 7 A****ZUSTIMMUNG.**

Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauherrn können eine Fortschreibung der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation (= § 650c Absatz 2 BGB) nicht ausschließen.

**Ergänzende Überlegung**

- Sonst könnte das Unternehmen seine Rechte gemäß dem neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht nicht wirksam wahrnehmen.

**zu These 8 A****ZUSTIMMUNG.**

Nur falls ein Anspruch auf Hinterlegung der Urkalkulation besteht, kann das Unternehmen sein Recht gemäß dem neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht wahrnehmen, diese Urkalkulation fortzuschreiben (= § 650c Absatz 2 BGB).

**zu These 9 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben

**zu These 10 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben

Ergänzende Überlegung:

- Übernahme des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts in die VOB/B.

**zu These 11 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben

**zu These 12 A**

ZUSTIMMUNG.

Die Klarstellung ist zu begrüßen. Zwar kann das Unternehmen bei eigener Planungsverantwortung keine Vergütung beanspruchen, um eigene Planungsfehler zu korrigieren. Nicht erfasst sind jedoch Umstände, auf die das Unternehmen keinen Einfluss hat (= etwa wenn sich das vom Bauherrn beizubringende Baugrundgutachten nachträglich als unrichtig erweist) sowie Kosten, die bei ordnungsgemäßer Planung zusätzlich angefallen wären („Sowieso-Kosten“).

- Zutreffend ist daher, dass das Unternehmen nur dann keine Vergütung für eine notwendige Planänderung beanspruchen darf, soweit das Vergütungsrisiko für die Planung übernommen wurde.
- Dies ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts, so dass es sich aus unserer Sicht um keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt.

**zu These 13 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben

**zu Abschnitt E. Die 80-Prozent-Regelung des § 650c Absatz 3 BGB****zu Abschnitt I. Einführung (Langen)****zu These 1 A**

ZUSTIMMUNG.

Wie bei der Bauhandwerkersicherung (= § 650f BGB) handelt es sich bei der Möglichkeit des Unternehmens, Abschlagsforderungen auf eine nachträglich geänderte Leistung pauschal auf Grundlage eines Vergütungsangebots zu berechnen (= § 650c Absatz 3 BGB), um eine gesetzliche Regelung, die ergänzend anzuwenden ist.

**zu These 2 A**

ZUSTIMMUNG.

Die 80-Prozent-Regelung gehört zum Leitbild des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts und kann nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauherrn abbedungen werden.

**zu These 3 A**

ABLEHNUNG.

Auch der Einigungsversuch binnen 30 Tagen gehört zum Leitbild des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts.

- Es widerspricht dem neuen gesetzlichen Leitbild, Vergütungsrechte des Unternehmens der Gestaltungsmacht des Bauherrn zu unterstellen (= „gewünschtes Vergütungsangebot“) oder die gesetzlich vorgeschriebene Bezugsgröße zu ändern (= 80 % der Abschlagsrechnung anstatt nach Baufortschritt 80% auf die zur Einigung angebotene Vergütung).

**zu These 4 A**

ZUSTIMMUNG.

Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauherrn dürfen die im neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht vorgeschriebene Höhe der 80-Prozent-Regelung nicht abweichend bestimmen.

**zu These 5 A**

ZUSTIMMUNG.

Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauherrn oder des Unternehmens dürfen die gesetzlich vorgeschriebene Höhe der Verzinsung eines Rückzahlungsanspruchs nicht zu Lasten des Vertragspartners ändern.

**zu These 6 A**

ABLEHNUNG.

Nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts soll Unternehmen Liquidität verschafft werden. Diesem Ziel widerspricht es, den Bürgschaftsrahmen durch die Forderung von Sicherheiten zu belasten.

Ergänzende Überlegungen:

- Zudem besteht kein Sicherungsbedürfnis des Bauherrn. Das Unternehmen hat die abgerechnete Leistung bereits auf eigene Kosten erbracht. Wieso sollte das Unternehmen für seine Vergütung betreffend eine bereits auf eigene Kosten erbrachte Leistung zusätzlich noch eine Sicherheit stellen?
- Der Bauherr hat bereits die Leistung erhalten. Es handelt sich um eine Abschlagsforderung für eine bereits auf eigene Kosten erbrachte Leistung und KEINE – möglicherweise abzusichernde – Vorauszahlung des Bauherrn.

**zu These 7 A**

ABLEHNUNG.

Nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts soll der Liquiditätsfluss sichergestellt werden. Dem widerspräche, die Bezahlung einer vom Unternehmen bereits auf eigene Kosten erbrachten Leistung durch eine Sicherheit für die Vergütung zu ersetzen.

- Im Übrigen hat das Unternehmen sowieso einen gesetzlich bereits geregelten Anspruch auf Sicherheit (= § 650f BGB).

**zu These 8 A**

ABLEHNUNG.

Eine solche Beschränkung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauherrn widerspricht dem Wortlaut, der Beweislast sowie dem Sinn und Zweck des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts.

- Hat der Bauherr Einwände gegen die vom Bauunternehmen abgerechnete Abschlagsforderung, müsste der Bauherr einstweiligen Rechtsschutz beantragen (= § 650d BGB).
- Das Unternehmen hat bereits auf eigene Kosten die abgerechnete Leistung erbracht. Wenn der Bauherr dann nicht die abgerechnete Abschlagsforderung begleicht, muss das Unternehmen das Recht haben, die Leistung einzustellen, bis das Gericht über das Begehren des Bauherrn entscheidet.
- Leistungsverweigerungsrechte auszuschließen oder einzuschränken, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Siehe § 310 Absatz 1 Satz 2, § 307 Absatz 1 und 2, § 309 Nummer 2 a BGB.

**zu These 9 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben

**zu Abschnitt F. Anpassungsbedarf der VOB/B  
im Hinblick auf die Rechtsschutzregelung in § 650d BGB****zu Abschnitt I. Einführung (Joussen)****zu These 1 A**

Grundsätzlich positiv.

Praktisch sinnvoll und rechtspolitisch wünschenswert wäre, den erleichtert zugänglichen einstweiligen Rechtsschutz auch auf die VOB/B zu erstrecken.

Allerdings

- bestimmt das neue gesetzliche Bauvertragsrecht dem Wortlaut nach konkret, welche Fälle der vereinfacht zugängliche einstweilige Rechtsschutz erfasst (= § 650b und § 650c BGB). Falls die VOB/B nicht die im neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht bestimmten Fälle übernimmt (= § 650b und § 650c), wäre auch der vereinfacht zugängliche einstweilige Rechtsschutz zumindest dem Wortlaut nach nicht anwendbar.

**zu These 2 A**

- ABLEHNUNG.

Der Gesetzgeber hatte gerade die Leistungsverfügung vor Augen. Dies ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung.

Allerdings

- kommt es darauf an, welcher Vertragspartner welche Fragen im vereinfacht zugänglichen einstweiligen Rechtsschutz klären darf und ob dabei eine feststellende Verfügung beantragt wird (beispielsweise, ob ein Änderungsbegehren des Bauherrn dem Unternehmen zumutbar ist / ob ein Zahlungsanspruch des Unternehmens nicht gegeben ist oder nicht in der vom Unternehmen geltend gemachten Höhe).

**zu These 3 A**

ABLEHNUNG.

Es soll allein über die Folgen der Änderung der Leistung entschieden werden. Genau das wollte der Gesetzgeber.

**zu These 4 A**

ABLEHNUNG.

Wortlaut sowie Sinn und Zweck des vereinfacht zugänglichen einstweiligen Rechtsschutzes (= § 650d BGB) erfassen nicht die Bauhandwerkersicherung (= § 650f BGB).

**zu These 5 A**

ABLEHNUNG.

Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauherrn dürfen den gesetzlich vorgeschriebenen erleichterten Zugang zum einstweiligen Rechtsschutz nicht erschweren. Dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts widerspricht, die gesetzlich vorgesehenen Rechte des Unternehmens und damit dessen Liquidität einzuschränken, insbesondere durch einen – ohnehin immer gesetzlich gegebenen – Anspruch auf eine vom Unternehmen zu bezahlende Bauhandwerkersicherung (= § 650f BGB).

**zu These 6 B**

ABLEHNUNG.

- siehe oben