

Erste Erfahrungen mit dem neuen Bauvertragsrecht

Andreas Krieter
Koenen Bauanwälte
Bielefeld, Deutschland



Schlaglichter zum Umgang der Baupraxis mit einigen Themen des neuen Bauvertragsrechts

1. Vereinbarung der VOB/B nach dem 01.01.2018

Die VOB/B ist trotz ruhmreicher Historie und obwohl sie von staatlichen und halbstaatlichen Stellen mit konzipiert und formuliert wurde, in rechtlicher Hinsicht nur allgemeine Geschäftsbedingungen, also eine Klauselsammlung wie das «Kleingedruckte» auf der Rückseite eines Mobilfunkvertrags.

Als solche gilt sie nicht per se, sondern ihre Geltung muss für jeden einzelnen Vertrag vereinbart werden.

Ferner darf eine allgemeine Geschäftsbedingung nicht zu weit von den gesetzlichen Regelungen abweichen, weshalb das BGB in den §§ 305 ff BGB eine Inhaltskontrolle von AGB anordnet, der grundsätzlich auch die VOB/B unterliegt.

Wird eine AGB vereinbart, die nach dieser Inhaltskontrolle zu weit von den §§ des BGB abweicht, bleibt derjenige, der diese AGB in den Vertrag eingestellt hat, an die für ihn nachteiligen Teile der Klauseln gebunden, sein Vertragspartner kann sich hingegen aus Gesetz und den AGB die für ihn günstigen Regelungen herausuchen.

Im Geschäft mit Verbrauchern sollte die VOB/B daher wegen offenkundigen Abweichens etlicher Regelungen der VOB/B von den §§ des BGB schon seit Jahren keine Rolle mehr spielen.

Nur für die Vereinbarung der VOB/B gegenüber «Nicht-Verbrauchern» ist in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB eine sog. Privilegierung enthalten, nach der die einzelnen Klauseln der VOB/B nicht der Inhaltskontrolle unterliegen, sofern die jeweils gültige VOB/B «ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt» (als Ganzes) vereinbart wird.

Die Privilegierung des § 310 Abs. 1 BGB schützt nur die einzelnen Klauseln aus der VOB/B vor einer isolierten Inhaltskontrolle, beantwortet jedoch nicht die Frage, ob das Gesamtwerk VOB/B -wenn sie unverändert als Ganzes vereinbart wird- mit den gesetzlichen Wertungen des BGB in Übereinstimmung zu bringen ist.

Bei Novellierung des BGB mit Einführung der Regelungen des neuen Bauvertragsrechts ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass diese Privilegierung auch gegenüber dem Rechtsstand ab 1.01.2018 weiter gilt (BT-Drs 18/11437,48), ohne dies jedoch durch eine gesetzliche Regelung verbindlich zu machen.

Weil die VOB/B jahrzehntelang am Maßstab des alten, seit Einführung des BGB bis 31.12.2017 kaum veränderten Werkvertragsrecht entwickelt wurde, gibt es erhebliche Zweifel, ob die bis heute unverändert gebliebene VOB/B, auch wenn sie ohne inhaltliche Abweichungen als Ganzes vereinbart wird, diesen Ansprüchen auch gegenüber den neuen, teilweise grundsätzlich neuen §§ des neuen Bauvertragsrechts gerecht werden kann.

Einige dieser Neuerungen des gesetzlichen Bauvertragsrechts bieten nun allerdings erstmals ebenfalls Lösungen für Themen an, die bisher jahrzehntelang gerade nicht im BGB, sondern nur in der VOB/B behandelt wurden.

Die Novellierung des BGB hat jedoch die Lösungen der VOB/B gerade nicht übernommen, sondern die Aufgaben -etwa zu den Anordnungsrechten des Bestellers- mit einer komplett eigenen Systematik versehen. Die Entscheidung des Gesetzgebers war, die Themen gerade anders als die VOB/B zu lösen. Dass das BGB nun erstmals auch (eigene, andere) Lösungen für Aufgaben und Themen anbietet, die in der VOB/B (anders) geregelt sind, bedeutet also nicht, dass das Gesetz sich der VOB/B angenähert hat.

Demnach hat sich die Frage, ob und wie die VOB/B und ihre in der Vertragspraxis in der Regel anzutreffenden Modifizierungen mit dem BGB in Übereinstimmung bringen lässt, mit dem neuen Bauvertragsrecht nicht etwa erledigt oder auch nur vereinfacht, sondern im Gegenteil komplett neu gestellt.

Um zumindest die Privilegierung des § 310 Abs. 1 BGB nicht zu gefährden, hat etwa der Bund als öffentlicher Auftraggeber die im Vergabehandbuch des Bundes bisher umfangreich vorgesehenen Modifikationen der VOB/B zusammengestrichen.

Die öffentlichen Auftraggeber sind ja auch nach wie vor verpflichtet, die VOB/B zu vereinbaren.

Auch im b2b- Bereich ist festzustellen, dass die verwendeten Vertragsmuster, sofern nach dem 1.01.2018 überhaupt geändert, häufig nach wie vor eine Einbeziehung der VOB/B vorsehen und auch lebhaft versucht wird, die gesetzlichen Regelungen des neuen Bauvertragsrechts und der VOB/B sich wechselseitig ergänzen zu lassen.

Aus Unternehmersicht gilt, dass eine Vereinbarung der VOB/B gegenüber Verbrauchern nach wie vor absolut nicht zu empfehlen ist, quasi auszuschließen ist.

Ein erheblicher Teil des Baugeschehens arbeitet also nach wie vor trotz (oder wegen?!, hierzu sogleich) der neuen gesetzlichen Regelungen einfach mit der VOB/B 2016 weiter, vor allem eben auch alle Auftraggeber der öffentlichen Hand.

Dies bedeutet aus dogmatischer Sicht an sich ein erhebliches Risiko, weil die o.g. Frage der Vereinbarkeit der VOB/B 2016 («als Ganzes» und erst recht die einzelnen Bestimmungen) weder vom Gesetzgeber noch bisher von Gerichten irgendwie geklärt ist.

Für die laufenden und künftigen Bauprozesse bietet dies erheblichen Sprengstoff, die Gerichte könnten hier auf Jahre hinaus für große Unsicherheit in der Vertragspraxis sorgen.

Allerdings ist genauso möglich, dass die Gerichte als «normative Kraft des Faktischen» anerkennen, dass vor und eben auch nach dem 1.01.2018 weite Teile des Baugeschehens mit der VOB/B 2016 arbeiten und dies auch auf gesetzgeberische Entscheidungen zurückgeht:

- So hat der Gesetzgeber ja die Pflicht der öffentlichen Auftraggeber, die VOB/B zu vereinbaren, unangetastet gelassen.
- Auch die Privilegierung in § 310 Abs. 1 BGB ist unverändert bestehen geblieben und soll weiter gelten (BT-Drs 18/11437,48).
- Zudem hat der Gesetzgeber parallel zu der Novellierung des BGB auch endlich wieder verfügt, dass die Landgerichte Spezialekammern für Baustreitigkeiten einrichten. Die Begründung hierfür lässt ebenfalls erkennen, dass der Gesetzgeber ein «Nebeneinander» von gesetzlichem Bauvertragsrecht und VOB/B akzeptiert, bzw. als gegeben voraussetzt:

Der Gesetzgeber wollte nämlich insbesondere die Fälle der Spezialekammer zuweisen, bei denen sich im Zusammenhang mit Bauleistungen die Problematik der Anwendung der "vom regelmäßigen Schuldrecht abweichenden, zum Teil komplizierten Bestimmungen [...] der VOB" stellt (Bundestag-Drs. 14/4722, S. 87; Musielak/Voit/Wittschier, 15. Aufl. 2018, ZPO § 348 Rn. 9).

Dass die Gerichte die VOB/B 2016 bzw. die Bauvertragsparteien deswegen mehr oder weniger in Ruhe lässt, kann nur für die wenigen Fälle, in denen die VOB/B wirklich «ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt als Ganzes» vereinbart wurde, angenommen werden. Denn nur dann dürfen die Gerichte es wegen § 310 Abs. 1 BGB respektieren, dass die VOB «vom regelmäßigen Schuldrecht abweicht», wie es in der Bundestagsdrucksache formuliert wurde.

Ansonsten können die hier aufgelisteten Punkte nichts daran ändern, dass die VOB/B nur eine AGB ist und hierfür bei jedem Einzelfall die gesetzlich (und europarechtlich) vorgeschriebene Inhaltskontrolle der AGB am Maßstab des Gesetzes zu erfolgen hat.

2. Anordnungsrechte des Bestellers und Vergütungsfolgen

Das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers war einer der wesentlichen Vorteile (und auch Unterschiede) der VOB/B gegenüber dem BGB-Werkvertragsrecht. Dieser grundlegende Unterschied ist nun für den «Bauvertrag» im Prinzip aufgehoben worden, wenngleich die Regelungen des § 650b BGB eine deutlich speziellere Regelung enthält, als dies in § 1 Abs.3 und 4 VOB/B i.V.m. den §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B der Fall ist.

Der Anwendungsbereich des § 650b BGB ist in dessen Abs. 1 Satz 1 normiert. Mit dieser Regel kann der Besteller – ergänzt durch zivilprozessuale Spezialregelungen für den Unternehmer bindende Anordnungen (einer Leistungsänderung) durchsetzen. Dies geht dann, wenn es sich um eine

- Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (gemäß § 631 Abs. 2) oder
- eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, handelt (Nr. 2)

Nach dem Wortlaut des § 650b I Nr. 1 BGB kann der Besteller jede Änderung des vereinbarten Werkerfolgs und damit jede Änderung der vom Unternehmer geschuldeten Leistung verlangen. Begrenzt wird dieses einseitige Anordnungsrecht nur insofern, dass der Besteller sich nur dann mit dieser «einseitigen» Anordnung durchsetzen können, wenn die in Rede stehende Änderung für den Unternehmer zumutbar ist, § 650b II Satz 2 BGB.

Während es in den Fällen des Nr. 1 auf die «Zumutbarkeit» (§ 650b I Satz 2) ankommt, wird der Tatbestand des Nr. 2 durch den Begriff der «Notwendigkeit» eingegrenzt, um klarzustellen, dass der Unternehmer ohnehin verpflichtet ist, alles zu tun, um den geschuldeten Werkerfolg herbeizuführen. Gemeint ist damit der Fall, dass der vom Unternehmer bisher verpreiste Leistungsumfang nicht ausreicht, um zu der geschuldeten und damit gebrauchstauglichen Leistung zu gelangen.

Wenn der Anwendungsbereich des § 650b Abs.1 BGB eröffnet ist, ist das in Abs. 1 und 2 im Einzelnen geregelte Verfahren zu beachten.

Dieses Verfahren ist komplex und in zwei Phasen mit insgesamt 4 Stufen aufzuteilen:

1. Phase: Einvernehmen herstellen

Stufe 1: Änderungsbegehren des AG

Stufe 2: Reaktion des AN (legt er Angebot vor?) 30 Tages- Frist für Einigung

2. Phase: Anordnung des AG durchsetzen

Stufe 3: Kann AG einseitig anordnen?, § 650b

Stufe 4: AG kann Anordnung mit einstweiliger Verfügung durch Gerichte umsetzen, § 650 d

In der Stufe1 muss der Besteller seinen Änderungswunsch kommunizieren. Um zu verbindlichen Ergebnissen zu kommen, ist eine normale Formulierung evtl unzureichend, d.h. AG muss von Anfang an formal «Die Änderung der Leistung nach § 650b BGB verlangen».

Er muss darüber hinaus erklären, worin dieser Änderungswunsch konkret besteht.

Auch wird er – um irgendwann zu verbindlichen Ergebnissen zu kommen – bereits jetzt auch erklären müssen, dass und warum welcher der Tatbestände des § 650b Satz 1 (Nr. 1 oder 2) BGB vorliegt.

Nach Zugang des Änderungsbegehrens gilt die gesetzliche Anordnung:

«die Parteien streben eine Einigung an».

In einer Frist von 30 Tagen, die einheitlich für kleine, große, (un)wichtige, auch sehr dringende Änderungen gilt, passiert nach dem Willen des Gesetzgebers nichts weiter, wenn keine Einigung erzielt wird.

In der nun ab Zugang des Änderungsbegehrens laufenden Stufe2 gilt für den AN in diesen 30 Tagen folgendes:

Nach Vorstellung des Gesetzgebers soll der AN ein (Nachtrags-) Angebot zu dem Änderungsbegehren vorlegen, als Grundlage des angestrebten Einvernehmens.

Wenn er hierzu eine Planung braucht und diese nach dem Hauptvertrag dem AG obliegt, fordert er die Planung an um dann sein Angebot vorzulegen.

Der AN legt kein Angebot vor, wenn er nicht zu der Änderung verpflichtet werden kann, weil diese eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs gem. § 650 b Abs. 1 Nr.1 BGB ist (Ähnlich einer «zusätzlichen Leistung» nach § 1 Nr. 4 VOB/B) und er sich zurecht auf eine Unzumutbarkeit dieser Änderung beruft und dies beweisen kann.

Nur wenn AN ein Angebot vorlegt, greift § 650c Abs.3 BGB, was in der Abrechnung erhebliche Vorteile bietet:

Wenn kein Einvernehmen hergestellt wird und der AG dann gem. § 650b Abs. 2 die Anordnung einseitig erklärt und der AN die Änderung dann ausführt, kann der AN 80 % des in seinem Angebot ausgewiesenen Werklohns schon in die Abschlagsrechnungen einbeziehen, bekommt diese auch bezahlt. (obwohl das Angebot ja gerade nicht vom AG angenommen wurde. Eine Endabrechnung findet dann erst nach Abnahme (Schlussrechnung) statt).

In den 30 Tagen soll eine Einigung herbeigeführt werden, AN kann aber -wegen echter Bedenken zu den o.g. Punkten oder nur weil es ihm passt- die Umsetzung der Änderung min. 30 Tage hinausschieben.

Dies wird oft erheblichen Druck auf den AG ausüben, schnell das erste Angebot des AN zu akzeptieren, zumal ihm ja die 80% gem. § 650c Abs.3 ohnehin erstmal blühen.

Nach Ablauf der 30 Tage oder bei vorher feststehender Nicht-Einigung, kann in der Stufe3 der AG gem. § 650b Abs.2 BGB einseitig anordnen, wenn der AN nicht nachgewiesen hat, dass eine Änderung nach § 650b Abs.1 Nr. 1. BGB ihm nicht zumutbar ist.

Die einseitige Anordnung muss in Textform erfolgen (also: Email reicht).

Wenn der AN die Änderung nun ausführt, richten sich seine Vergütungsansprüche für die Änderung nach § 650c BGB:

Sie wird grundsätzlich nach Marktpreisen berechnet, § 650c Abs. 1 BGB;

Wenn im Vertrag die «Hinterlegung einer Urkalkulation» vereinbart ist, kann er nach seiner freien Wahl den Werklohn alternativ auch daraus kalkulieren (dann gilt: guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis wird für die Änderungsleistungen Marktpreis).

Bauzeitansprüche, v.a. Bauzeitverlängerung wegen Änderungen nach § 650b Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber nicht geregelt.

Es gilt also, dass eine Bauzeitverlängerung eine diesbezügliche Vereinbarung voraussetzt, was für den AN ein Antrieb sein sollte, in der o.g. Stufe 1 eine Einigung herbeizuführen und eine streitige einseitige Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB zu vermeiden.

– **Das Anordnungsrecht besteht nicht zeitlich unbegrenzt.**

Das Anordnungsrecht betrifft die Herstellungsverpflichtung des Auftragnehmers und kann daher nur im Erfüllungsstadium bestehen, das regelmäßig mit der Abnahme endet. Nichts anderes kann für die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht gelten. Auch wenn keine Abnahme festgestellt werden kann, führt dies nicht dazu, dass die Erfüllungsphase unbegrenzt weiterläuft. Vielmehr muss die Herstellungsverpflichtung des Werkunternehmers – jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben – sein Ende finden, wenn der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet ist. War die förmliche Abnahme nach dem Vertrag innerhalb von zwölf Werktagen nach Fertigstellungsanzeige vereinbart, und lässt sich nicht feststellen, dass zu diesem Zeitpunkt noch wesentliche Mängel vorgelegen hätten, endet das Anordnungsrecht mit Ablauf dieser Frist nach: OLG Hamm, Urt. vom 18. Jan. 2019 – I-12 U 54/18 (zu Vertrag auf Grundlage der VOB/B 2016).

3. Einstweilige Verfügung gem. § 650d BGB nach Anordnung gem. § 650b Abs. 2 BGB

- **Die einstweilige prozessuale Klärung nach § 650d BGB steht auch für nach 1.01.2018 geschlossene VOB/B- Verträge zur Verfügung:**

Die Regelung des § 650d BGB findet auch auf Vergütungsanpassungen aufgrund Änderungsanordnungen gemäß den §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 VOB/B Anwendung (so die inzwischen wohl einhellige Auffassung in der Literatur, Sacher/Jansen, NZBau 2019, 20; Retzlaff, BauR 2017, 1781, 1821; Mannteufel, BauR 2019, 334, 336; B/R/H/P-Voit, § 650 b BGB, Rn. 4).

- **Die einstweilige prozessuale Klärung nach § 650d BGB steht auch für Ansprüche aus Bauzeitenänderung zur Verfügung:**

Hat der Auftraggeber die von ihm selbst festgelegte Bauzeit aus von ihm zu vertretenen Gründen verschoben, wird dies zu einer Änderung der Kalkulationsgrundlagen führen und kann dies Änderung nach § 650b Abs. 1 BGB sein, für die die Regelungen zur Anordnung gem. § 650b Abs. 2 BGB und die Vergütungsfolgen nach § 650c BGB gelten, letztlich daher auch die prozessuale Durchsetzung gem. § 650d BGB zur Verfügung stünde.

- **Bundesweit gibt es noch keine einzige veröffentlichte Entscheidung zu § 650d BGB:**

Auf informelle Nachfrage bei den Baukammern einiger größerer Landgerichte sind auch dort nur wenige Anträge nach § 650d anhängig geworden und konnte keine streitige richterliche Entscheidung benannt werden.

Dies liegt vermutlich nicht daran, dass zum 1.01.2018 plötzlich alle Planungen und zu Ende gedacht und alle Leistungsverzeichnisse und Bauzeitenpläne fehlerfrei geworden sind.

Die für den Auftragnehmer auf den ersten Blick attraktive Option, den Auftraggeber 30 Tage auf die Zeit halten zu können (§ 650b Abs. 2 Satz 1 BGB), um einen Nachtrag durchzudrücken, und ansonsten 80% seines Nachtragsangebots in die Abschlagsrechnungen einzustellen (§ 650c Abs. 3 Satz 1 BGB), wird als für den Auftragnehmer riskant bewertet.

Das Prognoserisiko, ob ein Änderungsbegehren des AG eine Anordnung gem. § 650b BGB und die Vergütungsfolgen des § 650c BGB begründen kann, trage der Auftragnehmer. Bei konsequenter Handhabung der 30Tagesfrist des §§ 650b Abs. 2 BGB riskiere er damit, in Verzug zu geraten und gekündigt zu werden (Kimpel, NZBau 2019, 41).

Missachtet der Auftragnehmer eine von ihm rechtsirrtümlich als unwirksam bewertete Änderungsanordnung, baut er «sehenden, aber irrenden Auges» einen u.U. auch abnahmehindernden und/oder seine Kündigung nach § 648a BGB begründenden Mangel. Auch wenn der Auftragnehmer ein Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 BGB nicht als solches (an-) erkennt, und kein Angebot vorlegt, so soll schon diese Nichtvorlage eines Angebots seine Kündigung nach § 648a BGB begründen können.

Diese Risiken müssten eigentlich dazu führen, dass eine vom Gesetzgeber mit § 650d BGB gewünschte schnelle baustellenbegleitende gerichtliche Klärung genau solcher Aspekte attraktiv wird, zumal diese gerade auch für solche abstrakten Rechtsfragen wie «ist das Änderungsbegehren zulässig?» vorgesehen ist (nicht nur für konkrete Zahlungsprozesse).

Trotz der ansonsten ausgeprägten Streitkultur gerade im Bereich der «Nachträge» wenden sich offenbar die Bauvertragsparteien bei der Regulierung von vermeintlichen oder tatsächlichen Leistungsänderungen und deren Vergütungsfolgen von einer Anwendung des § 650d BGB ab:

«Es gibt noch keine einzige veröffentlichte Entscheidung zu § 650d BGB.»
Hierzu kommen verschiedene Ursachen in Frage:

1. § 650d BGB verweist auf die allgemeinen Regelungen zum einstweiligen Rechtsschutz der ZPO. Diese sind aber zum einen bisher «baurechtsfremd» und zum anderen auf einzelne abgrenzbare Streitgegenstände ausgelegt. Die einstweilige Verfügung gem. ZPO ist für derartige «Vorabentscheidungen» nicht konzipiert. Zwar wird es wohl zunächst schnelle erste Entscheidungen geben können. Das Verfahren ist aber auf zwei Instanzen und vor allem ein folgendes Hauptsacheverfahren zum Streitgegenstand der einstweiligen Verfügungen mit ebenfalls wieder min. zwei Instanzen ausgelegt. Der Prozess und seine Vollstreckung werden absurd lang. Wenn es mehr als eine streitige einseitige Anordnung gem. § 650b Abs. 2, 650d BGB gibt, werden die Verfahren sich gegenseitig überholen und widersprechen, letztlich sogar noch mit den Verfahren wegen der Schlussrechnung. Zudem gibt es für den im Verfahren nach § 650d BGB obsiegenden Baubeteiligten das Schadenersatzrisiko des § 945 ZPO.

2. Die Formulierung des Gesetzes führt nicht dazu, dass in einem Verfahren nach § 650d BGB, welches *auf Zahlung* (etwa der 80%- Pauschale des § 650 c Abs. 1 BGB) gerichtet ist, auftraggeberseits gegen diesen Anspruch nicht auch andere Positionen eingebracht werden können, etwa Mängel auch an anderen als den unmittelbar von der Änderung betroffenen Bauteilen:

Ein Mehrvergütungsanspruch infolge einer Vertragsänderung ist regelmäßig kein eigenständiger Anspruch, sondern nur ein unselbstständiger Rechnungsposten der Gesamterwerklöhnerforderung, auf die ein Abschlag verlangt wird. Daraus folgt, dass eine Zwischensaldierung in der Weise erforderlich ist, dass die insgesamt erbrachten Leistungen abzurechnen und hiervon die bereits erbrachten Zahlungen abzuziehen sind.

Es genügt daher nicht, dass der Unternehmer

- darlegt und glaubhaft macht, dass eine wirksame Anordnung gem. § 650b BGB, § 650b Absatz I 1 BGB, § 650b Absatz 1 Nummer 1 oder § 650b Absatz 1 Nummer 2 BGB vorliegt,
- die betreffenden Leistungen mangelfrei ausgeführt sind (genauer: Kürzung um einen angemessenen Betrag, vgl. § 632a Abs. 1 S. 2, 4 BGB)
- und eine gem. § 650 c BGB § 650C Absatz I oder § 650C Absatz II BGB berechnete Mehrvergütung oder die 80 %-Pauschale gem. § 650 c BGB, § 650C Absatz III 1 BGB in Ansatz gebracht werden kann.

Darüber hinaus steht dem Unternehmer die Abschlagsforderung nur zu,

- wenn auch die sonstigen Leistungen in dem insgesamt abgerechneten Umfang mangelfrei (vgl. § 632a Abs. 1 S. 2, 4 BGB) erbracht sind, wofür er die Last der Darlegung und Glaubhaftmachung trägt.

3. Andere als auf Zahlung gerichtete Anträge nach § 650d BGB, etwa auf die Feststellung, dass eine Anordnung nach § 650b Abs.2 BGB (un)wirksam ist, unterliegen dieser zuletzt genannten Hürde zwar nicht, sind jedoch offenbar für die Baupraxis uninteressant.
4. Der Auftragnehmer kann auch für seine Ansprüche aus § 650c BGB Sicherheit nach § 650f BGB verlangen (Kniffka/Jansen, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, umstritten).
5. Das Gesetz sieht eine Klärung der Vergütungsfolgen der §§ 650b, 650c BGB im Rahmen der Schlussrechnung vor, § 650c Abs.3 Satz 2, 3 BGB. Die Aussicht auf eine -auch nach einer ja nur vorläufigen Klärung in einem Verfahren nach § 650d BGB ohnehin notwendige- nachgelagerte Klärung mag den Baubeteiligten in Einzelfällen in Anbetracht der unter 1.-3.- geschilderten Unattraktivität des § 650d BGB und der Option des Sicherungsverlangens nach 4. (§ 650f BGB) ausreichen.

4. Erste Judikate zum neuen Bauvertragsrecht

4.1.

Es sind nur Entscheidungen zur rein gerichtlichen Zuständigkeitsverteilung veröffentlicht

Allein eine im Rahmen der Gesetzesnovellierung zur Einführung des neuen Bauvertragsrechts in das Gerichtsverfassungsgesetz aufgenommene Vorschrift, mit der die Landgerichte verpflichtet wurden, spezialisierte Baukammern einzurichten, hat zu veröffentlichten Entscheidungen geführt.

Hierbei handelt es sich also um rein gerichtliche Streitigkeiten zwischen zwei Kammern eines Landgerichts, die beide die jeweils andere für zuständig hielten.

Immerhin haben diese Streitigkeiten nun zu Entscheidungen geführt, aus denen sich ableiten lässt, dass

- ein Vertrag über die reine Aufstellung von technischen Anlagen (hier: in Übersee-containern eingebaute Batteriespeicher) in einem zwar in der Nutzung, aber baulich kaum veränderten Gebäude ein Vertrag über Herstellung oder Umbau eines Bauwerks und damit ein Bauvertrag nach § 650a BGB sein kann (OLG FFM, Beschluss v. 19.12.2018, 11 SV 114/18);
- der Anschluss einer von einem anderen Unternehmen errichteten Photovoltaikanlage an das Stromnetz kein Bauvertrag nach § 650a BGB ist, insb. ein solcher isolierter Auftrag nicht als nur gesondert vergebenes Teilgewerk des Bauwerks «Herstellung einer funktionierenden PV-Anlage» angesehen werden muss (KG Berlin Beschluss v. 01.07.2019, 2 AR 26/19);
- auch nach dem neuen Bauvertragsrecht ein Kaufvertrag über eine neue Eigentumswohnung i.d.R. auch ein Werkvertrag und damit nach neuem Recht auch ein Bauvertrag nach § 650a BGB ist, (KG Berlin, Beschluss v. 22.03.2018, 2 AR 11/18)

4.2.

Es gibt bundesweit noch nicht einmal eine einzige veröffentlichte Entscheidung zu § 650d BGB und nach informeller Nachfrage bei den Baukammern einiger größerer Landgerichte sind dort auch nur wenige Anträge nach § 650d anhängig geworden.

Fehlen also schon Entscheidungen in dem «vorgezogenen» Eil-Verfahren nach § 650d BGB, so gibt es auch noch keine veröffentlichten Entscheidungen in sog Hauptsacheverfahren, weder zu den üblicherweise Streitintensiven Rechtsfragen rund um «Nachträge» nach § 650b, 650c BGB, noch zu den sonstigen vom neuen Bauvertragsrecht in den § 650a- § 650v BGB (und anderen §§)neu getroffenen Regelungen.

Die Verfahrenslaufzeiten an den Gerichten werden hierzu einen entscheidenden Beitrag geleistet haben, dennoch nicht allein. Nach nun zwei Jahren Regime des neuen Rechts könnten zumindest erstinstanzliche Entscheidungen (auch veröffentlicht) vorliegen.

In Gesprächen mit Mitgliedern der Baukammern an einigen Landgerichten wurde geäußert, dass auch außerhalb des § 650d BGB schon die Anzahl der Verfahren zum neuen Bauvertragsrecht noch sehr gering ist, oder auch gar keins erinnert wurde.

Falls sich die Bauvertragsparteien als «rechtssuchendes Publikum» nicht nur von einer Anwendung, geschweige denn Ausreizung des § 650d BGB abwenden, sondern aus Respekt vor den vielen ungeklärten Rechtsfragen sogar Prozesse nach dem sonstigen gesetzlichen Bauvertragsrecht zu vermeiden suchen, so wäre diese Art der Streitvermeidung ein allerdings zweifelhafter Erfolg des neuen Rechts.